







# **TEMAS LABORALES**

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

**86**

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
[www.juntadeandalucia.es/empleo/carl](http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl)  
Dirección y Administración  
Avda. República Argentina  
núm. 25, 1.ª planta  
41011 Sevilla



## CONSEJO DE REDACCIÓN

### PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

### VOCALES

AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR	Viceconsejero de Empleo
JAVIER AGUADO HINOJAL	Secretario General Técnico
FCO. JAVIER GUERRERO BENÍTEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### COMITÉ DE REDACCIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA	MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Y BRAVO FERRER
JESÚS CRUZ VILLALÓN	SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

### SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo

Suscripciones y distribución:

Editorial Comares, Polígono Juncaril, C/. Baza, parcela 208, 18220 Granada  
Tel.: 958 46 53 82 • Fax: 958 46 53 83 • <http://www.comares.com>  
[mazuecos@comares.com](mailto:mazuecos@comares.com)

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES  
CONSEJERÍA DE EMPLEO  
JUNTA DE ANDALUCÍA

DISEÑO: Manuel Jesús Jiménez López  
DEPOSITO LEGAL: SE-1.077/96  
I.S.S.N.: 0213-0750  
Imprime: EDITORIAL COMARES



**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**N.º 86/2006**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

- El acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social ..... 11  
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ
- Las vías para remediar la nulidad de las actuaciones procesales en el  
orden social de la jurisdicción ..... 43  
RODRIGO TASCÓN LÓPEZ
- Responsabilidades de Seguridad Social en las situaciones de descen-  
tralización productiva ..... 69  
RAQUEL SERRANO OLIVARES  
DANIEL MARTÍNEZ FONS
- La controvertida reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiem-  
po de trabajo ..... 97  
CARMEN FERRADANS CARAMÉS

**2. MERCADO DE TRABAJO**

- Eficacia de las políticas activas de empleo femenino de ámbito estatal . 135  
JOSÉ MARÍA CARIDAD Y OCERÍN  
PILAR NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS  
GENOVEVA MILLÁN VÁZQUEZ DE LA TORRE
- Los trabajadores extranjeros impulsan el mercado de trabajo. Informe  
de coyuntura sobre el mercado de trabajo durante el primer trimestre  
de 2006 ..... 171  
SANTOS RUESGA BENITO  
CARLOS RESA NESTARES  
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO



### 3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

#### PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

- Efecto de la reducción de plantilla sobre un delegado de personal . . . . . 201  
MARÍA DEL JUNCO CACHERO

#### RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

- La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública . . . . . 211  
ANTONIO VALVERDE ASENCIO

#### PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

- Sobre el período de carencia para obtener una pensión del extinto seguro de vejez e invalidez . . . . . 231  
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS y MANUEL GARCÍA DE LA VEGA

#### DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

- Plazo de prescripción para reclamar el recargo de prestaciones: el intento de afianzar un criterio interpretativo unívoco . . . . . 243  
JOSÉ M.<sup>a</sup> MORENO PÉREZ

### 4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

- ORDEN de 20 de marzo de 2006, por la que se convoca la concesión de subvenciones a las Universidades públicas andaluzas para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de los riesgos laborales para el año 2006  
BOJA núm. 70, de 12 de abril de 2006 . . . . . 266

- ORDEN de 20 de marzo de 2006, por la que se convoca la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de los riesgos laborales para el año 2006  
BOJA núm. 70, de 12 de abril de 2006 . . . . . 269

- ORDEN de 8 de mayo de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) del sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales  
BOJA núm. 106, de 5 de junio de 2006 . . . . . 272



Índice

7

ORDEN de 8 de mayo de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales

BOJA núm. 106, de 5 de junio de 2006 ..... 290

ORDEN de 19 de mayo de 2006, por la que se modifica la Orden de 25 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por la contratación de personas para cuidado de un familiar

BOJA núm. 111, de 12 de junio de 2006 ..... 308

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 (<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>), en la sección específica dedicada a la Revista «Temas Laborales».





1

---

# Estudios







## EL ACUERDO SOBRE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

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

### EXTRACTO

Desde la llegada del Gobierno socialista se viene hablando de la necesidad de una reforma de cierto calado de la Seguridad Social, que profundizara en las líneas generales del Pacto de Toledo. Parecería que con el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social se va a dar satisfacción a este deseo; pero no es así: si bien el Acuerdo es ambicioso en sus objetivos y pergeña una serie de modificaciones de enorme relevancia, lo cierto es que en la puesta en práctica de las medidas concretas el Acuerdo es bastante tímido. No se fijan con detalle las modificaciones, sino que en la práctica todo o casi todo se deja a un posterior desarrollo. No se trata de un Acuerdo que se dedique a una parte concreta del sistema de Seguridad Social, sino que muy al contrario tiene un marcado carácter transversal, afectando a la práctica totalidad del ámbito material de protección del Sistema.

Las novedades en jubilación son un incremento de la contribución para poder acceder a la prestación, que se presenta disfrazada bajo la supresión del «día cuota» y se incentiva la permanencia en el trabajo tras los 65 años por la vía de incrementar la cuantía de la pensión. También se modifican los requisitos de la jubilación parcial para acercarla a la jubilación anticipada; la parcial también puede ser anticipada, habiéndose detectado que se está incrementando el acceso a la jubilación parcial al ser sus requisitos más simples.

En la incapacidad permanente se configura un nuevo sistema de cálculo de la cuantía de la pensión en caso de riesgos comunes, facilitando que tenga incidencia en el mismo el número de años cotizados, incrementando la contributividad del sistema; se facilita el acceso de los más jóvenes a esta prestación reduciendo el período de carencia y se establece un nuevo sistema de cálculo de la Gran Invalidez.

Probablemente la novedad más importante reside en la pensión de viudedad, donde se reconoce su disfrute a las parejas de hecho, si bien con requisitos más estrictos que para la relación matrimonial, lo que demuestra una evidente desconfianza hacia este tipo de situaciones. Además, se prevé una alteración de gran profundidad en esta prestación que vuelve a configurarse como renta de sustitución, exigiéndose para acceder a la misma demostrar la dependencia económica del causante.

Finalmente se prevé una reestructuración del Sistema, integrando los trabajadores del Régimen agrario en el General o en el de autónomos, fijando incluso una fecha máxima a 1 de enero de 2009. El mismo objetivo, pero sin fijar plazos se persigue con los empleados del hogar familiar.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ASPECTOS FINANCIEROS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
3. MODIFICACIONES DE LA ACCIÓN PROTECTORA: PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS
4. MODIFICACIONES DE LA ACCIÓN PROTECTORA: PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS. INCAPACIDAD PERMANENTE
  - 4.2. Prestaciones de muerte y supervivencia
  - 4.3. Prestación de incapacidad temporal
5. MODIFICACIONES DE LA ACCIÓN PROTECTORA: LA JUBILACIÓN
  - 5.1. Jubilación ordinaria: el incremento del período de carencia
  - 5.2. Jubilación parcial: nuevos requisitos
  - 5.3. Jubilación anticipada
  - 5.4. Incentivos a la prolongación voluntaria de la vida laboral
  - 5.5. Otras medias relacionadas con la jubilación
6. ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. EN ESPECIAL LAS REPERCUSIONES SOBRE EL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO

## 1. INTRODUCCIÓN

Nadie puede ignorar que la regulación de Seguridad Social sufre desde hace años un continuo proceso de modificación, sucesivas oleadas que han ido alterando de manera importante su contenido normativo<sup>1</sup>. En el marco de este proceso, el pasado trece de julio se firmó el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social dirigido a introducir en un futuro, quizás inmediato, nuevas alteraciones. Ciertamente la denominación del mismo no anima a adivinar a priori la importancia de las medidas que en el se dibujan, pero debe reconocerse que el conjunto de modificaciones que prevé este acuerdo es de enorme calado, sobre todo si finalmente se llevan a cabo.

En cuanto a la naturaleza de este Acuerdo, se trata de un fruto del dialogo social establecido entre los interlocutores sociales y el Gobierno. Consecuentemente no estamos ante el resultado de la negociación colectiva. Esto implica la falta de eficacia normativa del Acuerdo, de modo que carece de cualquier fuerza obligatoria, siendo un mero pacto entre caballeros. No contiene este Acuerdo disposiciones que vinculen exclusivamente a representantes de trabajadores y empresarios, por lo que el Acuerdo en su totalidad carece de eficacia jurídica<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Si nos centramos solamente en el TRLGSS, con un rápido vistazo puede detectarse que desde su aprobación en 1994, se han realizado al menos 242 intervenciones que han modificado una enorme cantidad de preceptos de dicha norma legal; lo cual no está nada mal para una norma que apenas supera los 14 años de vigencia. Bien puede decirse que dentro del ámbito social del Derecho, es la norma que más alteraciones (al menos en número total) ha podido sufrir.

<sup>2</sup> Sobre esta cuestión *vid.* M.N. MORENO VIDA, «La naturaleza jurídica de los pactos sociales», páginas 75 y ss.; o J. GORELLI HERNÁNDEZ, «La fuerza de obligar de los pactos concertados», páginas 85 y ss. Ambos trabajos en AA.VV., Antonio Ojeda Avilés, *La concertación social tras la crisis*, Ariel, Barcelona 1990.

Entre las principales características de este Acuerdo es que no se establece expresamente la literalidad de cuales van a ser las alteraciones normativas futuras (a diferencia, por ejemplo, del reciente Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo). Tan sólo fija cuales van a ser las líneas generales de intervención normativa en el Sistema de Seguridad Social, pero no se concreta el texto de las modificaciones; hay así una importante indefinición del resultado. De entrada, esto supone que no hay un fruto normativo inmediato, sino que deberá esperarse al desarrollo de las líneas establecidas en el Acuerdo. Ello se explica, a mi juicio, por dos motivos: en primer lugar, por las dificultades técnicas que implica una modificación de la regulación que afecta no sólo a la práctica totalidad del conjunto de prestaciones, sino también a la financiación del Sistema; más aún, a la estructura del mismo, pues incluso el Acuerdo va a suponer la desaparición del Régimen Especial de Trabajadores Agrarios y su integración en otros Regímenes de Seguridad Social; situación esta última de enorme dificultad normativa. De otro lado, el conjunto de normas que sería afectado es tan importante cuantitativamente, que el texto del Acuerdo debiera ser mucho mayor; dicho de otra manera, que difícilmente va a poder ofrecerse una única norma legal de modificación de la regulación actual, sino que estas se irán produciendo sucesivamente. En definitiva, este Acuerdo supone fijar cuales van a ser las líneas generales de modificación del Sistema, a las que tendrá que atenerse el legislador.

En este sentido se ha previsto expresamente una Comisión de Seguimiento (apartado VII del Acuerdo) para continuar el Diálogo Social que conduzca al desarrollo legal y reglamentario del Acuerdo. Es decir, el Acuerdo fija las líneas a las que debe atenerse la labor normativa, que será seguida por los interlocutores sociales a través de la citada Comisión, que será la encargada de negociar la redacción de las futuras alteraciones de la regulación laboral. También se establece la obligatoriedad para el Gobierno de informar con la debida antelación a los firmantes del Acuerdo sobre los Anteproyectos de Presupuestos anuales de la Seguridad Social, los Presupuestos liquidados y de elaborar informes bianuales sobre las perspectivas de futuro del Sistema. Específicamente en el plazo de dos años desde la firma del Acuerdo, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, deberá elaborar un informe sobre la evolución de la contribución y de las prestaciones del sistema; es decir, sobre como han ido produciéndose las modificaciones previstas en el Acuerdo. En conclusión, si el proceso de dialogo social continúa abierto, esto significa que este Acuerdo será desarrollado por posteriores Acuerdos en sede de la Comisión de Seguimiento, que darán lugar a una posterior regulación que modificará el ordenamiento de Seguridad Social.

En definitiva, si los lectores esperaban en el Acuerdo un nuevo texto normativo que en un futuro cercano fuese aprobado, se van a sentir desilu-

sionados. Ahora bien, el Acuerdo es francamente ambicioso en los objetivos que persigue; por lo que, a buen seguro, no va a decepcionar a los investigadores y comentaristas del Derecho Social: las modificaciones que se bosquejan en el mismo son de tal calado y tan numerosas que van a tenernos ocupados durante un amplio período de tiempo. Tanto es así, que aún no ha dado ningún fruto normativo y ya están ustedes leyendo (ahora mismo) interpretaciones sobre las repercusiones del Acuerdo.

Ciertamente en el Acuerdo se establecen diferentes grados de precisión en cuanto a las reformas normativas que deben acometerse. Por ejemplo, en materia de incapacidad temporal se señala que en caso de extinción del contrato durante el disfrute de la prestación de incapacidad temporal originada por riesgos profesionales, deberá seguir percibiéndose esta prestación, sin que se descuente de la futura prestación (si es que se tiene derecho) de desempleo. No se establece la redacción concreta del precepto (en este caso se trata de una modificación del art. 222 TRLGSS), pero sí se configura adecuadamente el contenido normativo de la modificación. Sin embargo, en la misma materia de incapacidad temporal se añade que se «procederá al análisis de la regulación jurídica de la prestación (...), con la finalidad de definir con mayor precisión las funciones de los Servicios de Salud y de las Entidades que gestionan la prestación económica (...), a fin de evitar que, debido a diagnósticos diferentes de unos y otras, puedan producirse situaciones de desprotección de los trabajadores». En este caso no hay precisión sobre cuál debe ser el sentido de la futura modificación normativa, tan sólo se especifica que se va a estudiar la situación de la gestión de esta prestación, pues intervienen diferentes entidades gestoras (entidades gestoras de asistencia sanitaria, INSS y Mutuas), con el objetivo de evitar situaciones de desprotección de los beneficiarios. En otros casos la vaguedad o incluso ambigüedad de lo acordado llega a ser mucho mayor; por ejemplo, el Apartado VI sobre sostenibilidad y adaptación del Sistema se limita a señalar que las partes se comprometen «a proponer la adopción de medidas necesarias para garantizar en todo momento la sostenibilidad del sistema, su mejora y adaptación a la realidad social existente». No hay, por tanto, la más mínima delimitación de las medidas que deberán adoptarse, simplemente que en estas materias, las partes, algo harán en el futuro. Otro ejemplo de esta tendencia lo encontramos en la pensión de viudedad, pues el Acuerdo se remite a la Comisión no Permanente de valoración del Pacto de Toledo para que reformule la pensión de viudedad; sin que se establezcan en concreto cuales deben ser las líneas de desarrollo de esta reformulación.

A la luz del Acuerdo se prevé, por tanto, un proceso de modificaciones sucesivas de la regulación de Seguridad Social, que abarca aspectos financieros, prestacionales y la propia estructura del Sistema. En este sentido no se prevé plazo alguno de producción de estos cambios, no se fija (salvo ex-



cepciones)<sup>3</sup>, por tanto, un margen de tiempo concreto para cumplir los objetivos fijados en el Acuerdo. El proceso, parece, será largo; pues del mismo Acuerdo se deduce como hay determinadas cuestiones que no están maduras del todo, o que requerirán de un enorme cuidado desde el punto de vista de la técnica normativa.

## 2. ASPECTOS FINANCIEROS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Una de las cuestiones que más ha preocupado en la evolución del Sistema en los últimos decenios ha sido el mantenimiento del mismo ante los problemas de carácter financiero que ha atravesado. En la actualidad, tras una etapa de crecimiento económico, se han superado buena parte de estos problemas; pero justamente es en estos momentos cuando más efectivos resultan los ajustes financieros; de ahí que no sea extraño que el Acuerdo comience haciendo una serie de consideraciones sobre la necesidad de ajustar ingresos y gastos para asegurar el futuro de la Seguridad Social. Y he dicho consideraciones, pues el Acuerdo no plantea novedades en esta materia, o cuando las plantea no establece más que deseos u objetivos a alcanzar, sin especificar cuales van a ser los mecanismos, los medios, los instrumentos o los plazos para alcanzarlos.

Así, se reitera por el Gobierno el compromiso adquirido normativamente a través de la Disposición Transitoria 14.<sup>a</sup> TRLGSS de financiar los complementos a mínimos a través de los impuestos generales. Evidentemente no es una novedad, pues tal como señala el propio Acuerdo se encuentra establecida en nuestro ordenamiento a través de la citada Disposición<sup>4</sup>. No hacía falta, desde luego, acordar algo que ya forma parte de nuestro ordenamiento desde hace cinco años<sup>5</sup>. Lo que sí es una novedad en este proceso

<sup>3</sup> *Vid.*, por ejemplo, la propuesta de integración del REA (trabajadores subordinados) en el Régimen General, prevista expresamente para el 1 de enero de 2009.

<sup>4</sup> Introducida en nuestro ordenamiento a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31 de diciembre).

<sup>5</sup> Recordemos que la citada Disp. Trans. 14.<sup>a</sup> debe conectarse con el art. 86.2 TRLGSS, precepto que a efectos de financiación considera a los complementos a mínimos como prestación no contributiva, y que debe financiarse a través de las aportaciones del Estado a los presupuestos de la Seguridad Social; es decir, no pueden financiarse con recursos propios del Sistema de Seguridad Social. Sin embargo, la Disp. Trans. 14.<sup>a</sup> establece que esa financiación a través de las aportaciones del Estado (es decir, a través de impuestos), se hará de manera paulatina en un plazo que no superarán los doce años a partir del 1 de enero de 2002; mientras tanto, se financiarán a través de los recursos del Sistema.

es que el Acuerdo establece que los incrementos que se produzcan de los complementos a mínimos «se financiarán a través de la imposición general». Con ello el Gobierno está asumiendo una aceleración del proceso de financiación de tales complementos a través de los impuestos generales, pues los incrementos anuales que se produzcan en tales complementos deberán financiarse por esta vía y no con los recursos del Sistema.

El Acuerdo propone la revisión de las tarifas de primas de cotización por contingencias profesionales. Se trata de revisar y actualizar dichas tarifas a la realidad productiva actual<sup>6</sup>. No obstante, debe señalarse la parquedad del Acuerdo, pues no se establece el procedimiento, ni plazo alguno para alcanzar tal revisión.

También desde el punto de vista de la cotización a la Seguridad Social se incluye un apartado I.3 que tras un amplio circunloquio sobre lo necesario de mantener una relación equilibrada entre ingresos y gastos, productividad y costes en Seguridad Social, establece que las bases máximas de cotización van a evolucionar de conformidad al IPC. Con ello se pretende incrementar el esfuerzo contributivo de los salarios más altos, pues en los últimos años al no crecer las bases máximas de conformidad al IPC sino a la inflación prevista (no la real), dichas bases han crecido menos que el IPC. Dicho de otra manera, que los salarios más altos han aportado proporcionalmente menos a los recursos del sistema a lo largo del período inmediatamente anterior. Se trata, por tanto, de reequilibrar la situación y de que este efecto no siga ocurriendo.

A los efectos de incrementar la contributividad de cara al acceso a las pensiones de los autónomos, se va a mantener una base mínima de cotización más alta para aquellos autónomos que, cumpliendo 50 años, hayan cotizado al cumplimiento de dicha edad menos de cinco años<sup>7</sup>. Se trata, de encarecer el acceso a la pensión de jubilación para estos autónomos, estableciendo una situación más equilibrada entre lo aportado al Sistema y la futura pensión que van a percibir.

Para terminar se acuerda luchar contra la morosidad y el fraude, para lo que será necesario la colaboración de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Se fija el objetivo, bastante importante, de reducir la morosidad al 1% en el plazo de esta primera década del Siglo.

<sup>6</sup> En la actualidad se regula en el RD 2930/1979, de 29 de diciembre (BOE de 8 de enero de 1980).

<sup>7</sup> Para la cotización durante el año 2006 *vid.* el art. 14.5 de la Orden TAS/29/2006, de 18 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 30/2001, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006.



### 3. MODIFICACIONES DE LA ACCIÓN PROTECTORA: PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

En este apartado se establecen simplemente algunas mejoras puntuales de la acción protectora no contributiva; es decir, no se trata de plantear una reforma en profundidad de las prestaciones no contributivas, o de ampliar la acción protectora en este ámbito (por ejemplo planteando una prestación no contributiva de muerte y supervivencia)<sup>8</sup>. El Acuerdo se limita tan sólo a reforzar los complementos de mínimos en dos supuestos concretos de perceptores de pensiones menores de 60 años: en el caso de las pensiones de incapacidad permanente total cualificada (se avanza en el reconocimiento de la garantía de mínimos entre los 55 años y los 60, pues hasta este momento tan sólo se reconoce para los menores de 64 años), y en el supuesto de viudedad con discapacidad igual o superior al 65%, supuesto que se asimilará a la existencia de cargas familiares.

De otro lado, se plantea la mejora de las deducciones por hijo a cargo en materia de IRPF, para incrementar de esta manera la protección a las familias con menos ingresos<sup>9</sup>. Se constata así como la protección familiar no es precisamente exclusiva de la Seguridad Social, pudiendo intervenir otras ramas del ordenamiento jurídico para conseguir alcanzar esta finalidad. Desde nuestro punto de vista no es criticable que la protección familiar se otorgue a través de mecanismos diferentes de la Seguridad Social, pues cada rama del ordenamiento puede aportar diferentes aspectos a dicha protección; lo que si es criticable es que el Ministerio de Hacienda se convierta en dispensador de prestaciones familiares<sup>10</sup>.

### 4. MODIFICACIONES DE LA ACCIÓN PROTECTORA: PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS

Se integran aquí el grueso de las principales modificaciones que aporta el Acuerdo, procediendo a aprobarse un conjunto de medidas que van a afec-

<sup>8</sup> Si bien, el Acuerdo establece la necesidad de reformular la pensión de viudedad dentro del proceso de dialogo social, lo cual podría llevar en el futuro a una pensión de viudedad de carácter mucho más asistencial.

<sup>9</sup> *Vid.* art. 83 del RD-Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (BOE de 10 de marzo).

<sup>10</sup> En este sentido crítico J. GORELLI HERNÁNDEZ, «Seguridad Social y protección familiar», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 59, página 35. No olvidemos que el antes mencionado art. 83 del RD-Legislativo 3/2004 establece no sólo la minoración de la cuota diferencial del IRPF para las madres con hijos menores de tres años, sino que permite que esta deducción pueda solicitarse de manera anticipada, de modo que la Agencia Tributaria conceda la cuantía oportuna a la madre (art. 83.3 RD-Ley 3/2004).

tar a la totalidad de las pensiones del Sistema de Seguridad Social, así como a la prestación de incapacidad temporal (IT).

De entre las diferentes prestaciones a las que el Acuerdo dedica atención, destaca la pensión de jubilación, a la cual se dedica no sólo el apartado III.1, sino la totalidad del apartado IV (Medidas en torno a la edad de jubilación y a la prolongación de la vida laboral). Hemos de advertir que con el fin de realizar un análisis más armonioso del Acuerdo, nos parece más conveniente proceder a analizar de manera unitaria todo lo relativo a la pensión de jubilación, por lo que vamos a dedicarle a esta cuestión en exclusiva el siguiente epígrafe de este trabajo.

#### 4.1. Incapacidad permanente

De entrada se va a mejorar las posibilidades de acceso de los trabajadores más jóvenes a la pensión de incapacidad permanente, alterando la regulación relativa al período de carencia. En la actualidad el art. 138.2 TRLGSS establece que los menores de veintiséis años, se exigirá la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió dieciséis años y el hecho causante. Para los mayores de dicha edad se exige la cuarta parte del tiempo transcurrido entre el día que cumplieron veinte años y el día del hecho causante (con un mínimo de cinco años). Con esta regulación el acceso a la pensión de invalidez es más difícil para los más jóvenes, pues se les exige comparativamente un mayor porcentaje de período cotizado, además, durante un período de su vida (cuando acceden como jóvenes al mercado de trabajo) en el que las estadísticas demuestran que es mucho más difícil que encuentren empleo; o se exige un período de cotización tremendamente elevado a jóvenes que acceden a su primer empleo justamente en un momento muy cercano a la edad de veintiséis años. Pensemos simplemente en un joven con titulación universitaria que accede al trabajo tras finalizar sus estudios universitarios con poco más de veinte años: se le va a exigir un período de carencia de 3-4 años cuando en realidad no habrá trabajado sino un período de tiempo muy pequeño.

El acuerdo fija una regla diferente: a los menores de treinta y un años se les va a exigir un tercio del tiempo comprendido entre la fecha de cumplimiento de dieciséis años y el hecho causante. Se verán así beneficiados los menores de veintiséis, pues ven reducido el período de carencia que se les exigía (de la mitad del tiempo a sólo un tercio)<sup>11</sup>. Podría pensarse que

<sup>11</sup> Por ejemplo, a un trabajador de 25 años se le va a exigir (caso de accidentarse el mismo día de su cumpleaños) que haya cotizado un período de tiempo equivalente a la mitad de nueve años (1.642 días). Con la regla del Acuerdo se le exigirá sólo un tercio de esos mismos nueve años (1.095 días)

paradójicamente se perjudica a los trabajadores comprendidos entre veintiséis y treinta y uno: pasan a la exigencia de cotizar una tercera parte del período de referencia y no una cuarta parte de dicho período, tal como establece la regulación actual, con lo que se amplía la exigencia de cotización; de otro lado, el período de referencia se amplía para este colectivo: no es ya el comprendido entre el día que cumplieron veinte años y el hecho causante, sino entre la fecha en que cumplieron dieciséis años y el día del hecho causante; se amplía, por tanto en cuatro años el período de referencia, que al aplicarse el tercio al que acabamos de referirnos se incrementará la cotización exigida. No obstante, se trata de un planteamiento erróneo: recordemos que con la regulación actual a los mayores de 26 años se les exige como período de cotización un plazo equivalente a la cuarta parte del tiempo transcurrido entre el día que cumplen 20 años y el día del hecho causante, pero con un mínimo de cinco años cotizados; es decir, este último requisito dificulta enormemente el acceso a la pensión de incapacidad permanente a los mayores de 26 años que no tengan una edad excesiva. En definitiva, con la regulación que establece el acuerdo, también se simplifica el período de cotización para los que estén comprendidos entre 26 y 31 años<sup>12</sup>.

A tenor del Acuerdo ha de procederse a alterar las reglas de cálculo de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente común<sup>13</sup>: se determinará aplicando a la base reguladora legalmente establecida en la actualidad, el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización a tenor de lo establecido en el art. 163 LGSS (precepto que regula los porcentajes a aplicar en caso de pensión de jubilación). A estos efectos se considerará cotizados los años que al beneficiario le resten para cumplir la edad ordinaria de jubilación. A dicho resultado le será aplicado el porcentaje establecido en función del grado de incapacidad permanente reconocido.

Se intenta asimilar el cálculo de la pensión de incapacidad permanente a la pensión de jubilación; es decir, se va a tener en cuenta no sólo la base reguladora establecida, sino el número de años cotizados a la Seguridad So-

<sup>12</sup> Pongamos un simple ejemplo: con la regulación hoy vigente, si un trabajador se accidenta el día de su trigésimo cumpleaños, se le exigirá una cotización equivalente a la cuarta parte de diez años (912 días de cotización); pero con el mínimo de cinco años el período de carencia para estas personas asciende en la actualidad hasta los 1825. Con la propuesta del Acuerdo, en el mismo caso se va a exigir una tercera parte de catorce años (1.703 días). Por tanto, en realidad se está reduciendo el período de carencia, al desaparecer la exigencia de un mínimo de 5 años de cotización.

<sup>13</sup> En la actualidad dichas reglas se recogen fundamentalmente en el art. 140 del TRLGSS, a tenor del cual será el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores al hecho causante. Al resultado le será de aplicación el porcentaje establecido en la regulación vigente en función del grado de invalidez.

cial a los efectos de esta pensión, de modo que a mayor período de cotización, más alta será la cuantía de la pensión de incapacidad permanente. Esto supone poner en mejor posición a los que mayor esfuerzo contributivo hayan realizado; de ahí que se pretenda la aplicación de los porcentajes establecidos en el art. 163 TRLGSS, con la corrección lógica de considerar cotizado ficticiamente todo el período de tiempo que va entre el día del hecho causante y el día en que se cumpla la edad ordinaria de jubilación. En definitiva, con este planteamiento se pretende evitar que la pensión de incapacidad permanente se convierta en un recurso, fácil, para aquellos que tengan una pensión de jubilación de escasa cuantía.

Desde mi punto de vista esto va a suponer la reducción de la cuantía de las pensiones de incapacidad permanente, probablemente no con carácter general, pero sí en una buena parte de los supuestos. Justamente por este motivo se incluye en el Acuerdo que junto a esta nueva forma de cálculo de la pensión de incapacidad permanente, la futura modificación del ordenamiento ha de venir acompañada por el establecimiento de una cuantía mínima de la incapacidad permanente total, evitándose así que se paguen cuantías excesivamente reducidas en este caso.

Hemos de tener en cuenta que esta nueva fórmula de cálculo de la cuantía de la prestación se aplica exclusivamente a los supuestos de enfermedad común, por lo que se establece una notoria diferencia entre este concreto supuesto de riesgo común y los supuestos de accidentes sean o no profesionales y la enfermedad profesional<sup>14</sup>.

Otra de las medidas que se prevén es que la incapacidad permanente total para la profesión habitual no va a existir como grado de invalidez respecto de aquellas actividades profesionales cuyas exigencias físicas sean determinantes, de modo que a partir de una determinada edad impidan el desarrollo de esa prestación profesional. Probablemente se está pensando en los deportistas profesionales y en las reclamaciones que estos presentan al final de su vida profesional, para que se les reconozca una incapacidad permanente total para la profesión habitual (deportista) con el consiguiente derecho a pensión. En muchos de estos casos se constata como no hay realmente una causa médica incapacitante, sino una imposibilidad de desarrollar la prestación de trabajo motivada por el hecho de que han ido perdiendo facultades físicas a lo largo del tiempo, de manera que no pueden mantenerse como deportistas profesionales, accediendo a la pensión de invalidez permanente total (que recordemos, lo es para la profesión habitual). En

<sup>14</sup> Con carácter transitorio no será de aplicación esta nueva fórmula a aquellos supuestos en los que la incapacidad permanente derive de un proceso de incapacidad temporal iniciada con anterioridad al momento en que se incorpore al ordenamiento esta nueva regulación.

todo caso el desarrollo normativo de esta medida está condicionado a que se determine reglamentariamente cuales son las profesiones que tengan estas características.

Por último, otra importante que se prevé en el Acuerdo hace referencia al complemento de la gran invalidez. Como sabemos la cuantía del mismo se calcula sobre la base reguladora de la incapacidad permanente absoluta, como un complemento a la misma. Sin embargo, se trata de un complemento dirigido a retribuir que una tercera persona deba auxiliar al gran inválido; de ahí que el Acuerdo establezca que va a calcularse de manera independiente de la cuantía de la incapacidad permanente absoluta: concretamente se establece que será el resultado de sumar al 50% de la base mínima de cotización vigente en cada momento, el 25% de la base de cotización correspondiente al trabajador. En ambos casos se calculan las bases en función de la contingencia que origina la pensión. La lógica de este planteamiento es el siguiente: el complemento, que se paga por la necesidad de que un tercero ayude al gran inválido, se calcula en la actualidad sobre una cuantía que no es fija, la pensión de IPA. Esto puede dar lugar a situaciones injustas pues la necesidad de un tercero es la misma; pero sin embargo, a mayor pensión de IPA mayor cuantía tendrá el complemento; a menor cuantía de la IPA, menor cuantía tendrá el complemento. Sin embargo, la necesidad es la misma: pues en ambos casos se requiere el auxilio de un tercero.

Con la nueva fórmula de cálculo este efecto distorsionante se remedia en buena medida, pues se coge como porcentaje básico uno que va a ser común a todos los que están en situación de gran invalidez: el 50% de la cuantía de la base mínima de cotización. No se eliminará totalmente el efecto de que la cuantía final dependa en cierta medida de la situación económica de cada inválido, pues el resto dependerá de sumar el 25% de la base de cotización correspondiente a cada trabajador.

Para terminar, el apartado III.2.º letra e) establece la necesidad de proceder a elaborar una nueva lista de enfermedades profesionales, que tendrá efectos en las prestaciones por «incapacidad permanente o muerte y supervivencia»<sup>15</sup>. Sobre esta regulación debe señalarse que no sólo afectará a las pensiones de incapacidad permanente o muerte y supervivencia, sino también a la prestación de incapacidad temporal, aún cuando expresamente no se haga la más mínima referencia a la relación con esta prestación. De igual manera, y como cuestión mucho más ligada a la prevención de riesgos, se procederá a modificar el sistema de calificación, notificación y registro de las enfermedades profesionales.

<sup>15</sup> En la actualidad recogida por el RD 1995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de Enfermedades Profesionales en el sistema de la Seguridad Social.

#### 4.2. Prestaciones de muerte y supervivencia

El Acuerdo se refiere también a futuras modificaciones relativas a las prestaciones de muerte y supervivencia. Como punto de partida debemos reconocer que es justamente este un ámbito donde la reformulación es prácticamente imprescindible <sup>16</sup>, pues la actual situación social dista bastante de la realidad sobre la que se basa la normativa sobre prestación de viudedad hoy vigente: el ordenamiento está pensando en viuda que no ha trabajado jamás y que pierde las rentas derivadas del trabajo del marido causante de la pensión. Hoy esta situación no se corresponde con la realidad social, dado que hay una importante incorporación o acceso de la mujer al trabajo, de modo que ambos cónyuges aportan a la familia rentas derivadas del trabajo.

Comenzando por la prestación de viudedad, se plantea que dejará de ser una prestación en la que se exige el estado civil de viudedad (consecuentemente debemos empezar a buscar una denominación alternativa a esta prestación). El principal problema que ha venido planteando la prestación de viudedad en los últimos decenios ha sido justamente el de la desprotección de las parejas de hecho, al exigirse que existiese vínculo matrimonial roto por el fallecimiento de uno de los cónyuges para poder acceder a la prestación (actual art. 174 TRLGSS) <sup>17</sup>. Se ha discutido sobre la constitucionalidad de esta exigencia, reconociendo el Tribunal Constitucional su ajuste a la Constitución (así las SS.TC 184/1990 o 66/1994) <sup>18</sup>. Por mi parte, ya tuve la ocasión de criticar esta situación, afirmando que la convivencia de hecho es una realidad social incontestable, que tarde o temprano debería ser contemplada por el ordenamiento de Seguridad Social a los efectos de la pen-

<sup>16</sup> Con anterioridad ya he tenido ocasión de poner de manifiesto la necesidad de introducir reformas en profundidad en esta regulación, concretamente en «Problemática aseguradora de la familia», en AA.VV., *Los retos de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid 2005, página 100.

<sup>17</sup> La viudedad es en nuestro ordenamiento el prototipo de prestación en la que se exige un estado civil, si bien no es la única: puede verse en materia de subsidio de desempleo el art. 215.2 TRLGSS.

<sup>18</sup> En líneas generales esta doctrina defiende que la propia Constitución regula el derecho a contraer matrimonio, mientras que, por el contrario, no existe referencia expresa a mantener vínculos de hecho, infiriéndose tan sólo de alguna norma constitucional de carácter general (por ejemplo, el art. 10); la certeza del vínculo matrimonial frente a las relaciones de hecho; y sobre todo el hecho de que matrimonio y vínculos de hecho son realidades jurídicas diferentes, a las que el propio ordenamiento jurídico atribuye consecuencias jurídicas (derechos y obligaciones) diferenciadas; todo lo cual justifica el diferente tratamiento a los efectos de la pensión de viudedad. En definitiva, se trata de plantear que matrimonio y vínculo de hecho son realidades diferentes y, por lo tanto, pueden estar sometidas a regímenes jurídicos diferenciados, incluso desde el punto de vista de la protección social. Como es lógico todo este conjunto argumental es bastante discutible, aun cuando haya sido elaborado por la supremo intérprete de nuestra Constitución.

sión de viudedad<sup>19</sup>; estableciéndose así una regulación más acorde con la Recomendación núm. 67 OIT. Se admite, por tanto, que las relaciones de pareja de hecho dé lugar a pensión de viudedad; de hecho la Disposición Adicional 54.<sup>a</sup> de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, ya establecía que el Gobierno presentará ante el Congreso un proyecto de Ley, dirigido a que recupere su objetivo de prestación sustitutiva de rentas, permitiendo el acceso a la cobertura de la misma a las personas sin existencia de vínculo matrimonial siempre que haya dependencia económica y/o hijos menores comunes.

No debemos olvidar que el objetivo perseguido por la pensión de viudedad es facilitar una renta de sustitución cuando muere un familiar que las aportaba. A estos efectos parece que la situación de necesidad existe con independencia de que entre el causante y el «viudo/a» haya existido o no un estado civil matrimonial. No olvidemos que en nuestro ordenamiento no es la primera vez que se admite otorgar protección de Seguridad Social con independencia de que haya o no relación matrimonial; así, este es el caso de la asistencia sanitaria, o de alguna prestación del mutualismo de funcionarios civiles del estado, como el subsidio por defunción, que se abona también a las parejas de hecho<sup>20</sup>; de otro lado, también podemos encontrar supuestos excepcionales en que se ha reconocido la pensión de viudedad a parejas de hecho, como fue el caso de los militares afectados por el accidente del Yakovlev-42.

Sin embargo, esta apariencia de normalidad en aceptar esta situación no debe engañarnos: el Acuerdo sólo acepta a regañadientes esta posibilidad y delinea una situación en la que será difícil disfrutar de la prestación tal como vamos a comprobar al analizar los requisitos para acceder a la prestación en estos casos. No podemos decir que la protección que otorga el Acuerdo a las situaciones de hecho sea idéntica a los supuestos en los que hubo vinculación matrimonial, no obstante, se tratará de un paso evidentemente importante para aceptar la normalización de las relaciones de hecho a los efectos de la protección por la Seguridad Social.

De otro lado, se alteran también sensiblemente los requisitos para acceder a la prestación de viudedad. Así, en aquellos casos en los que haya matrimonio, no sólo se van a exigir los requisitos generales de afiliación,

<sup>19</sup> J. GORELLI HERNÁNDEZ: «Seguridad Social y protección familiar», *op. cit.*, página 68. En todo caso, debe tenerse en cuenta que esta afirmación la realizaba desde la perspectiva de facilitar una protección homogénea a todo tipo de familia, se basen sobre un vínculo matrimonial o no.

<sup>20</sup> En este sentido el art. 133 del RD 375/2003, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, desarrollado por la Orden APU/95/2004, de 12 de enero.

alta o situación asimilada al alta y período de carencia (cuando es un supuesto de enfermedad común); sino que además será necesario «un período previo de vínculo conyugal de dos años o la existencia de hijos en común con derecho a la pensión de orfandad». Es decir, se va a requerir un período de vinculación matrimonial. Parece que la base de esta exigencia es la de evitar situaciones de fraude para acceder a la pensión, tales como matrimonios de conveniencia; o bien supuestos en los que haya un enfermo agonizante que contrae matrimonio para facilitar el acceso a la pensión de viudedad de una tercera persona. Parece que el mensaje del ordenamiento es claro: al moribundo hay que mantenerlo vivo al menos dos años; o eso, o que existan hijos comunes con derecho a la pensión de viudedad. Es decir, que el vínculo marital sea tan serio y auténtico que haya generado descendencia<sup>21</sup>; evidentemente, en el caso del agonizante, será difícil cumplir con esta alternativa. Obsérvese que no se requiere en sentido estricto la convivencia marital; es decir, basta que exista matrimonio, no que se conviva. De otro lado tampoco se especifica que los hijos sean posteriores al matrimonio, pudiendo ser anteriores (pero comunes). Por otra parte la exigencia existe en aquellos casos en los que el riesgo es común, no así en aquellos casos derivados de riesgo profesional; no creo que se trate tanto de establecer un nuevo privilegio para las situaciones derivadas de riesgo profesional, como el reconocimiento de que en estos casos el fraude es más difícil. Ahora bien, es más difícil, pero no imposible: un moribundo a consecuencia de riesgo profesional, puede contraer matrimonio y generar en este caso una pensión de viudedad sin ninguna limitación.

Caso de no acreditarse este período de «vínculo conyugal» (que no de convivencia, insistimos) o no acreditarse la existencia de hijos, se tendrá derecho a «una pensión temporal»<sup>22</sup>, equivalente al período acreditado de convivencia matrimonial.

En todo caso, habría que preguntarse si este fenómeno de los matrimonios de conveniencia es tan frecuente que requiera de medidas específicas en el ordenamiento de Seguridad Social para que se evite. Desde mi punto de vista no creo que sea esta una cuestión tan frecuente que implique una sangría económica para la Seguridad Social, por lo que no parece necesario una medida en este sentido; más aún cuando además de evitar algunos supuestos de fraude, estaría penalizando situaciones absolutamente lícitas: matrimonios que, por simple mala suerte o por los designios del destino, terminan por el fallecimiento de uno de los cónyuges al poco tiempo de con-

<sup>21</sup> Obsérvese lo rancio de este planteamiento, del que claramente se deduce que la ideología que está detrás es justamente la de que el matrimonio ha de tener una finalidad claramente reproductora.

<sup>22</sup> Evidentemente, si es temporal no es una pensión, es un subsidio.

traer matrimonio, sin que haya intervenido ninguna intención fraudulenta. Otro supuesto sería el del matrimonio de personas mayores, en los que difícilmente se van a engendrar hijos. Dicho de otra manera, parece ser una medida que mide por el mismo rasero a todos, por lo que presupone un fraude generalizado en el acceso a esta prestación, de modo que hay que convivir dos años para lavar esa imagen de presuntos defraudadores.

En caso de parejas de hecho, ese período de vínculo conyugal se transforma en auténtica «convivencia mutua, estable y notoria», que deberá mantenerse durante un período «amplio» que será fijado a través de los mecanismos de desarrollo del Acuerdo. Deben señalarse las importantes diferencias que se prevén entre el supuesto en que haya matrimonio o simple relación de hecho; diferencias que, desde mi punto de vista, parecen justificarse para los autores del Acuerdo en el hecho del diferente nivel de garantía formal que ofrecen una situación y otra: mientras el matrimonio es un acto jurídico documentado, la convivencia de hecho no; de ahí que se establezcan modalizaciones en este requisito<sup>23</sup>. En definitiva, no se trata sino una manifestación de la desconfianza hacia las relaciones de hecho. En el caso de parejas de hecho se exige convivencia; no que haya relación de hecho, sino convivencia mutua, que ha de ser estable y notoria. Por tanto han de convivir bajo el mismo techo, de manera continuada y que dicha convivencia pueda ser constatable por terceros. Se trata de una primera diferencia, pues tal como señalamos con anterioridad, en el caso de matrimonio no se exige auténtica convivencia. Parece que con ello se asume que la pareja de hecho implica necesariamente la convivencia mutua como un elemento que configura este tipo de relación (si no hay convivencia no hay pareja de hecho; habrá relación, pero no se trata de una relación relevante a los efectos de la prestación de viudedad). En segundo lugar, a diferencia del supuesto en que hay matrimonio, el acuerdo no fija cual es el período mínimo de duración de esa relación de convivencia para que pueda accederse a la pensión de viudedad. Hay, por tanto, una evidente indeterminación en cuanto a la duración de este requisito. En todo caso parece evidente que al señalar que ha de ser un «período amplio» se pretende señalar que será superior al establecido para los supuestos de viudedad en sentido estricto (en las que había matrimonio); se trata, por tanto, de una nueva diferencia.

Desde el punto de vista de la convivencia se plantea un interrogante: el caso de relaciones de hecho que dan lugar a matrimonio. Pensemos en una

<sup>23</sup> Por supuesto esta justificación es superable por la vía de establecer de manera obligatoria un registro de parejas de hecho a través del cual pueda constatarse fehacientemente la relación de hecho. De hecho, el Voto particular a la STC 222/1992, sobre arrendamientos urbanos, estimaba que el hecho de que el matrimonio procure una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos del derecho a la igualdad.

pareja de hecho, que convive un período de tiempo inferior al que se exija en el futuro para acceder a la pensión, que contrae matrimonio, falleciendo uno de los cónyuges antes de los dos años; ahora bien, sumada la convivencia de hecho más la matrimonial, se superan los dos años. En este caso ¿hay derecho a la pensión?

Además, se establece un nuevo requisito para el caso de parejas de hecho: la dependencia económica<sup>24</sup>; requisito que no se exige (en principio) en el caso de la viudedad en sentido estricto. Entiendo que este requisito supone una evidente desconfianza hacia las relaciones de hecho, de modo que sólo algunas de ellas (en las que haya dependencia) se cause derecho a la prestación. Desde mi punto de vista se trata de una diferencia criticable, pues si ambas situaciones (matrimonio y pareja de hecho) dan lugar a la prestación, no deben establecerse, sin justificación, requisitos mayores para la segunda. Debe tenerse en cuenta que no se especifica con claridad cómo puede calcularse esa situación de dependencia económica, y a que deben referirse los porcentajes que establece el Acuerdo; por lo que debería aclararse adecuadamente esta cuestión cuando se pretenda configurar la norma jurídica en cuestión.

En conclusión, dado que se exige, no sólo período de convivencia, sino sobre todo la dependencia económica, hasta unos niveles ciertamente amplios (50% o 75%), lo cierto es que aún admitiéndose la extensión a las parejas de hecho, serán pocas las personas que puedan disfrutar realmente de esta prestación en los casos de convivencia de hecho.

Junto con la aceptación de que las relaciones de hecho pueden generar pensión de «viudedad», la principal novedad que aporta esta regulación es que se pretende recuperar el carácter de «renta de sustitución» de la pensión de viudedad. La lógica tradicional es que el causante actuaba como principal sostén económico de la familia, de manera que su fallecimiento implicaba la necesidad de una renta de sustitución. Esa situación ha venido cambiando, de manera que cada vez es más frecuente que ambos miembros de la pareja o matrimonio trabajen (sobre todo por el acceso de la mujer al mercado de trabajo), de manera que el fallecimiento de uno de ellos no tiene tan dramática repercusión económica. La pretensión de los firmantes del acuerdo es que la pensión de viudedad mantenga ese carácter de renta de sustitución; de manera que se abone cuando el «causahabiente»<sup>25</sup> contri-

<sup>24</sup> Concretamente se señala que en los supuestos de existencia de hijos comunes, con derecho a pensión de orfandad, se precisará, además, dependencia económica del superviviente, de más del 50% de sus ingresos. Si no hay hijos comunes (o los hay pero no tienen derecho a orfandad —aunque esto último no se dice expresamente—) la dependencia económica debe ser superior al 75% de los ingresos.

<sup>25</sup> El término es utilizado por el Acuerdo; en realidad debería decirse «causante».

buía «efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites». Parecería que con ello se va a introducir en el futuro una exigencia de dependencia económica con carácter general. Y digo parecería, pues el Acuerdo nada prevé de manera expresa, sino que deja la cuestión totalmente abierta para que en el futuro se tome la decisión oportuna. No obstante, recordemos que si se establece con precisión la exigencia de dependencia económica para las parejas de hecho. ¿Significa esto que en el futuro el requisito se extenderá también a las situaciones de matrimonio?; o, por el contrario, ¿habrá una diferencia en cuanto a la dependencia económica entre las situaciones de matrimonio y parejas de hecho?

En la dirección de reconfigurar la viudedad como renta de sustitución, dispone el Acuerdo en la letra e) del apartado III.3.º, que para los nacidos con posterioridad al 1 de enero de 1967 han de establecerse por la Comisión no Permanente de valoración del Pacto de Toledo, «reglas para la reformulación de la pensión de viudedad que, a su vez, serán objeto de negociación en el marco del diálogo social». En todo caso es notoria la falta de concreción pues tan sólo se establece la necesidad de reformular la pensión de viudedad, pero no se señala algo tan obvio como la dirección de dicha reformulación. Estimamos que una interpretación coherente del Acuerdo debe conducirnos a que esa reformulación ha de seguir la senda de recuperar el carácter de renta de sustitución al que hace referencia la letra a) del apartado III.3.º. Es decir, lo que se prevé con carácter general es que debe desarrollarse en el futuro una reforma legal de la viudedad por el que se condicione como requisito para acceder a la pensión, que el beneficiario mantenga una situación de dependencia (al menos en un determinado porcentaje) respecto de las rentas que aportaba el causante.

Téngase en cuenta que según la literalidad mencionada se va a producir una reformulación legal de la pensión de viudedad previo estudio de la Comisión no Permanente del Pacto de Toledo (es decir, el Acuerdo remite en primer lugar a un organismo externo al mismo). Además, las reglas que alteren la regulación legal serán objeto de negociación como parte de diálogo social. Parece que con esta última expresión se está remitiendo el Acuerdo a la Comisión de Seguimiento del Acuerdo que se establece en el apartado VII del propio Acuerdo. Dicha reforma afectará a los nacidos con posterioridad al 1 de enero de 1967, lo que implica que a los nacidos con anterioridad deberá seguir siendo de aplicación el actual sistema de la pensión de viudedad.

Otra importante novedad que incorpora el Acuerdo es la garantía de que en los supuestos de distribución de la pensión de viudedad (fallecimiento de un causante divorciado que deja viudo/a), se garantiza que el cónyuge sobreviviente que cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de viudedad, se le garantizará el 50% de la pensión. Se trata de evitar que los

superstites que hayan estado poco tiempo casados (y que son los que sopor-  
tan el estado de necesidad) tengan sólo derecho a pensiones de cuantía muy  
reducidas, mientras que los excónyuges, con los que no se mantenía en el  
momento de la muerte relación de parentesco al haberse disuelto el matri-  
monio, se queden con la mayor parte de la pensión. No parece que tenga  
mucha lógica esta situación; puede ocurrir perfectamente (salvo cuando haya  
pensiones compensatorias) que ni tan siquiera haya vínculos económicos,  
por lo que difícilmente puede sostenerse en estos casos que la pensión ac-  
túe como renta de sustitución; muy al contrario, en estos casos se estaría  
concediendo un nuevo medio de vida a estas personas y no una renta de  
sustitución<sup>26</sup>. En aquellos casos en los que no haya ni convivencia ni  
dependencia económica, la distribución proporcional de la única pensión  
de viudedad es absolutamente injusta y lesiona las expectativas del viu-  
do o viuda.

A la luz de la literalidad del Acuerdo, la distribución de la pensión tan  
sólo se produce en los supuestos en que el causante hubiese contraído ma-  
trimonio, divorciándose posteriormente y volviendo a contraer matrimonio,  
falleciendo posteriormente. A esta conclusión conduce la literalidad del  
Acuerdo, en el que se habla de distribución entre «persona viuda» con otra  
que hubiese sido «cónyuge» del fallecido y que en el momento del falleci-  
miento esté «divorciada»; supuesto en el que deberá garantizarse «a favor  
del cónyuge sobreviviente» dicho 50%. El Acuerdo debería haber previsto  
expresamente la necesidad de acomodar el ordenamiento en materia de dis-  
tribución de la pensión en el supuesto que aparezcan parejas de hecho. En  
todo caso, habrá que estar al desarrollo de esta cuestión a través de la Co-  
misión de Seguimiento. Desde mi punto de vista sería contradictorio afir-  
mar de un lado el derecho a la pensión en caso de parejas de hecho, para  
después acordar que la distribución sólo afecta a los casos de matrimonio.  
Por lo tanto, parece conveniente afirmar que pese a la literalidad del Acuer-  
do no se niega la distribución en caso de parejas de hecho<sup>27</sup>.

En cuanto a la pensión de orfandad se establecen diversas medidas que  
deban aplicarse: de entrada, que la atribución del porcentaje del 70% en la

<sup>26</sup> Sobre esta cuestión *vid.* J.L. TORTUERO: «Cuestiones sobre la protección social  
de la viudedad», en AA.VV., *Los retos de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid 2005, pági-  
nas 34 y 35.

<sup>27</sup> Evidentemente el supuesto más complejo será aquel en que habiendo una relación de  
hecho, esta se rompe y posteriormente el causante contrae primeras nupcias con persona dife-  
rente, falleciendo con el tiempo. Desde nuestro punto de vista, el reconocimiento de la pen-  
sión de viudedad en caso de relación de hecho debe conducir a la aplicación de las reglas de  
distribución de la pensión aún cuando el Acuerdo esté pensando sólo en supuestos de vínculo  
matrimonial.

pensión de viudedad no debe ir en detrimento de la cuantía económica de las pensiones de orfandad<sup>28</sup>. Hasta ahora la pensión de viudedad más la/s de orfandad no pueden superar el 100% de la base reguladora; de manera que ese incremento hasta el 70% se hacía a costa de reducir las prestaciones de orfandad. En realidad, al no poder superarse el 100% lo que se hacía era una redistribución de las cuantías de las pensiones de viudedad y orfandad (incrementando la viudedad a costa de reducir las de orfandad, pero sumadas todas sin poder superar dicho 100%)<sup>29</sup>. Con el Acuerdo se pretende establecer que si el supérstite tiene derecho a la cuantía del 70%, ese incremento (del 52% al 70%) no podrá perjudicar a los huérfanos, de manera que siempre mantendrán cuanto menos una pensión equivalente al 20% de la base reguladora; en definitiva, que podrá superarse el tope máximo del 100% en estos casos. Esto implica un incremento de la cuantía total de las prestaciones (la viudedad sumada a las pensiones de orfandad): con la regulación hoy vigente, en un supuesto de pensión de viudedad incrementada hasta el 70% más dos pensiones de orfandad, el porcentaje a aplicar a la base reguladora es el 100%<sup>30</sup>; mientras que el mismo supuesto con la regulación propuesta por el Acuerdo será equivalente al 110%<sup>31</sup>.

De otro lado deberá implementarse una mejora de la cuantía económica de la pensión mínima de los menores de 18 años que tengan una discapacidad igual o superior al 65%. Otro aspecto de interés se refiere al acrecimiento de las pensiones de orfandad cuando no se acceda a la pensión de viudedad en los supuestos de parejas de hecho, por no cumplir el requisito relativo al período de convivencia o la carencia de dependencia económica. En estos casos, siempre que haya hijos comunes con derecho a la prestación de orfandad, estos tendrán derecho al acrecimiento de sus pensiones. La pretensión nos parece absolutamente adecuada, pues viene a resolver una cuestión que implica una notoria diferencia en la situación entre

<sup>28</sup> Se refiere aquí el Acuerdo al incremento de la cuantía de la pensión de viudedad, del 52% al 70% en aquellos supuestos en que los beneficiarios tengan rentas económicas inferiores; incremento que se establecía en el Acuerdo de Pensiones de 2001 y que se plasmó en el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, que modificó la redacción del art. 31 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, que establece el Régimen General de las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social; precepto posteriormente modificado por el RD 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad.

<sup>29</sup> En la práctica la redistribución funciona en aquellos supuestos en los que se produzca un incremento al 70% y haya al menos dos huérfanos, supuesto en el que se superaría el 100% de la base reguladora.

<sup>30</sup>  $70\%+20\%+20\%=110\%$ , al aplicarse el tope del 100 se realiza una reducción de las pensiones de orfandad, de modo que la situación ha de ser la siguiente:  $70\%+15\%+15\%=100\%$ .

<sup>31</sup>  $70\%+20\%+20\%=110\%$ .

huérfanos de parejas de hecho y huérfanos cuyos progenitores estaban casados: al establecerse requisitos diferentes para el acceso a la pensión de viudedad, siendo más difíciles de cumplir en las parejas de hecho, si no se genera el derecho a la pensión de viudedad, los huérfanos pierden el derecho al acrecimiento de la pensión, cuando siendo huérfanos se encuentran en idéntica situación que aquellos cuyos padres estaban casados al fallecer el causante. A tenor de esta redacción, sólo habrá acrecimiento en caso de hijos comunes de los convivientes de hecho. Consecuentemente surge la duda de si cabe acrecimiento respecto de los hijos aportados por alguno de los dos a la relación; más aún, cabe preguntarse si estos hijos tienen derecho a la pensión de orfandad ante el fallecimiento del causante, pareja de hecho, que no es su progenitor. Recordemos que a tenor de la regulación hoy vigente, son beneficiarios de la prestación de orfandad los hijos del cónyuge superviviente aportados por este al matrimonio. Nada se establece en el Acuerdo sobre si los hijos de uno de los dos convivientes, aportados a la relación de hecho, tienen o no derecho a la orfandad; por lo que habría que entender que no pueden acceder a esta prestación. Por pura lógica, si no tienen derecho, tampoco podrá haber acrecimiento.

#### 4.3. Prestación de incapacidad temporal

En relación a esta prestación se prevén dos alteraciones, ambas de cierta importancia. De entrada, se acuerda la modificación de la regulación de la IT en el sentido de que en aquellos casos en los que la prestación derive de riesgos profesionales, si durante el disfrute de la misma se extingue el contrato de trabajo, el beneficiario mantenga el percibo de la misma para, una vez extinguida la prestación, pueda pasar (si reúne los requisitos) al disfrute de la prestación de desempleo<sup>32</sup>. Hasta aquí no hay novedad alguna, pues se trata de una situación regulada en el art. 222 TRLGS; la novedad estriba en el hecho de que se ha de alterar la regulación en el sentido de que el período de disfrute de la IT no consuma período de la prestación de desempleo.

El art. 222 TRLGSS viene regulando la concurrencia entre las situaciones de IT y desempleo, estableciendo dos supuestos diferentes: bien la

<sup>32</sup> En realidad el Acuerdo señala expresamente que el beneficiario pasará tras la IT «(...) si reúne los requisitos necesarios, a la situación de desempleo». Parece que se refiere, a que el trabajador pasará tras la extinción a la situación legal de desempleo, requisito necesario para poder acceder a la prestación de desempleo. En este sentido, el art. 222.1 TRLGSS, que regula justamente la concurrencia de IT con desempleo, señala que si durante el disfrute de la primera, se extingue el contrato, se mantiene el disfrute de la IT hasta su extinción, momento en el que se pasa a la «situación legal de desempleo».

situación de disfrute inicial de la IT, durante la cual se extingue la relación laboral, concurriendo entonces con el desempleo (IT/desempleo); o bien el supuesto de percibo de la prestación de desempleo, durante la cual se produce la baja médica del trabajador, momento en el que concurre la prestación inicial de desempleo y la de IT (desempleo/IT). Ambas situaciones han recibido una regulación diferente a través de la mencionada norma. A nosotros nos interesa el primer supuesto. En este caso, establece el art. 222 que mantendrá el percibo de la prestación de IT en igual a la prestación por desempleo y hasta que se extinga dicha situación. A partir de ahí, se pasa a situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo. De dicha prestación se descuenta el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

El art. 222 TRLGSS ha sufrido diferentes redacciones<sup>33</sup>, habiéndose producido diversas alternativas que han afectado a la consideración o no del período de disfrute de IT como período consumido de desempleo<sup>34</sup>. Con el Acuerdo se establece que en los supuestos en que disfrutando una prestación de IT se extingue el contrato (situación de IT/desempleo) no se va a computar el período de IT posterior a la extinción a los efectos de que se considere período consumido de la prestación de desempleo; ahora bien, tan sólo en aquellos casos en los que el origen de la prestación sea un riesgo profesional.

Desde mi punto de vista la futura regulación supondrá una posición intermedia entre la regulación actual (se considera período consumido a los efectos de desempleo) y la regulación original establecida en el TRLGSS (no se consideraba dicho período a los efectos del consumo de la prestación por desempleo). Repárese en que la propuesta del Acuerdo implica introducir de nuevo una odiosa diferencia entre contingencias comunes y profesionales; privilegiando de nuevo al riesgo profesional sobre el común, lo cual nos parece tremendamente criticable.

Por otra parte, se establece en el Acuerdo la necesidad de analizar la regulación jurídica de la IT a fin de delimitar con precisión las funciones de los Servicios públicos de Salud y las Entidades que gestionan la prestación

<sup>33</sup> Concretamente la regulación hoy vigente obedece a la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de enero).

<sup>34</sup> En la redacción original del TRLGSS de 1994, el art. 222.1 señalaba para el supuesto de IT/desempleo, que «(...) no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad laboral transitoria». Es decir, era la regla contraria al supuesto de desempleo/IT, en la que si durante el percibo del desempleo se pasaba a IT, no se ampliará la prestación de desempleo; es decir, que el período de percibo de IT se descuenta de la duración del desempleo.

económica, en lo referente a la gestión de dicha prestación. En este punto no se especifica con precisión cual debe ser el sentido de las posibles reformas que deban adoptarse en el futuro; tan sólo se señala que debe evitarse que el hecho de que las diferentes entidades gestoras tengan la posibilidad de dictaminar distintos diagnósticos en cada caso puede originar una situación de desprotección de los beneficiarios de los trabajadores.

En esta materia se han producido diversas modificaciones legales y reglamentarias que han implicado un mayor papel del INSS y de las Mutuas en la gestión de la prestación de IT<sup>35</sup>, y más específicamente, el papel, cada vez más relevante que tienen los facultativos del INSS<sup>36</sup>. Ahora bien, dado que la prestación de IT se genera por un alteración de la salud del trabajador, también interviene en la gestión las entidades gestoras de la asistencia sanitaria. Estas últimas son las que declaran la baja médica, emiten los partes de confirmación de baja, y dan los partes de alta. No obstante, la regulación reserva un papel importante a los facultativos del INSS: concretamente el art. 131 bis TRLGSS establece la posibilidad de que estos facultativos emitan el alta médica, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social<sup>37</sup>; es decir, es posible que el INSS dicte el alta para cesar en el pago de la prestación de IT aún cuando se perciba la asistencia sanitaria, pues se mantiene la baja médica dictada por la entidad gestora de la asistencia sanitaria<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> En esta materia las reformas han sido numerosas en los últimos años: la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997, que establecía la posibilidad de que los facultativos del INSS y de las Mutuas pudiesen proponer el alta médica a la entidad gestora de la asistencia sanitaria; la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998, por la que se establecía la potestad de los facultativos del INSS de dar el alta a los efectos de las prestaciones económicas; posibilidad que se extiende a los facultativos de las Mutuas a través del art. 44 del RD-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios; o más recientemente la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006, que amplía las facultades del INSS en materia de altas y bajas médicas.

<sup>36</sup> Recordemos que la entidad encargada del reconocimiento es el INSS (art. 57.1 letra a del TRLGSS). Junto al INSS las Mutuas también pueden reconocer el derecho a la prestación (art. 68.2 letras a y c TRLGSS), pudiendo actuar no sólo cuando el riesgo es profesional, sino también cuando es común; lógicamente, cuando se hayan asegurado tales riesgos ante una Mutua. Incluso pueden reconocer el derecho a la prestación las propias empresas cuando prestan su colaboración voluntaria (art. 77.1 letras a y b TRLGSS).

<sup>37</sup> Esta posibilidad de alta a través del INSS se desarrolla a través del RD 575/1997 (art. 1.4). También regula esta normativa reglamentaria la posibilidad de la propuesta de alta recogida en el art. 5 del citado RD.

<sup>38</sup> Debe tenerse en cuenta que las Mutuas tienen también las mismas posibilidades de proceder al alta que ostenta el INSS.

Consecuentemente es posible que un trabajador enfermo sea dado de alta a los exclusivos efectos de la prestación de IT, perdiendo el derecho a esta prestación, mientras que a los efectos de la asistencia sanitaria sigue estando de baja. Cabe, por tanto, diferentes opiniones médicas sobre un mismo sujeto, emitidas por los facultativos de diferentes entidades gestoras o colaboradoras. Debe procurarse que haya una uniformidad entre las diferentes entidades gestoras o colaboradoras a la hora de dictaminar el alta o la baja, de manera que se evite que diferentes diagnósticos médicos (de un lado el INSS o la Mutua, de otro la entidad gestora de la asistencia sanitaria) impliquen la pérdida de la prestación económica; sobre todo en aquellos casos en los que existe una base real de alteración de la salud, pues en estos casos al beneficiario enfermo no le quede en la práctica otra solución que una prematura reincorporación al trabajo por la pérdida de rentas derivadas de la prestación. En definitiva, parece conveniente una regulación que reordene las diferentes facultades en materia de gestión de la prestación de IT.

De otro lado, la dicción del Acuerdo también posibilita que se estudien los mecanismos que permitan agilizar las impugnaciones de altas médicas que puedan resultar conflictivas cuando quien gestiona la prestación sea una Mutua. Son bien conocidas las quejas que suelen plantear los trabajadores asegurados en Mutuas respecto de la celeridad con la que se emiten las altas. La impugnación de esas altas origina un procedimiento tedioso (en el que tiene un papel esencial la Inspección de Servicios Sanitarios) cuando lo que está en juego es la integridad física de los trabajadores. Se requiere, por tanto, un procedimiento mucho más ágil, que permita de manera inmediata tomar la decisión de avalar el alta emitida por el facultativo de la Mutua, o corregir dicha decisión.

## 5. MODIFICACIONES DE LA ACCIÓN PROTECTORA: LA JUBILACIÓN

### 5.1. Jubilación ordinaria: el incremento del período de carencia

En cuanto al régimen jurídico ordinario de la jubilación, la principal modificación que propugna el Acuerdo es ampliar el periodo de cotización para acceder a la prestación; es decir, se trata de incrementar la capitalización para tener derecho a esta prestación. Hasta ahora se exigen 15 años de cotización, si bien en base a la teoría del «día/cuota» dicho período en realidad se disminuye: recordemos que cada año de cotización no son 365 días, sino que se entiende cotizado también por pagas extraordinarias, lo que amplía la cotización anual 60 días más por año. Dicho de otra manera, en la

práctica esto supone que se exige un período inferior a los 15 años (para ser exactos 4.700 días). La modificación que se prevé afecta justamente a esta cuestión, pues señala el Acuerdo que el período mínimo exigible será de 15 años efectivos de cotización (5.475 días). Es decir, para la jubilación no servirán ya los días/cuota, exigiéndose años de cotización de 365 días; o dicho de otra manera, cotización real y no incrementada por días/cuota. Esto supone, como es lógico un incremento de la cotización para acceder a la prestación de jubilación equivalente a 775 de cotización, o lo que es igual, más de dos años de cotización para tener derecho a esta prestación<sup>39</sup>. Evidentemente esto supone encarecer la jubilación para los beneficiarios de la prestación que van a percibir la misma prestación pagando más por ella.

## 5.2. Jubilación parcial: nuevos requisitos

Estamos ante una cuestión que ha sido modificada de manera reiterada pese a ser un mecanismo relativamente joven en nuestro ordenamiento<sup>40</sup>; habiendo pasado de tener una finalidad de reparto del empleo a una regulación que ha fomentado claramente la jubilación anticipada de los trabajadores, que pueden mantener una parte tremendamente reducida de la jornada de trabajo (puede reducirse hasta en un 85%)<sup>41</sup>. El sentido de la actual modificación de la regulación en materia de jubilación parcial es la de establecer nuevos requisitos, lo que en la práctica implica una mayor dificultad para poder acceder a esta posibilidad; lo cual es paradójico, pues las sucesivas modificaciones legales de su regulación tradicionalmente habían venido buscando una simplificación de la misma para facilitar de esta manera la jubi-

<sup>39</sup> Debe tenerse en cuenta que el Acuerdo prevé una aplicación paulatina del incremento de la cotización desde la entrada en vigor de la futura reforma, de manera que transitoriamente (durante cinco años) se incrementará la cotización en 77 días por cada período de seis meses desde la entrada en vigor de la reforma. Dicho período transitorio de incremento de la cotización efectiva se ampliará en el supuesto de trabajadores contratados a tiempo parcial, en proporción inversa al porcentaje de jornada realizado.

<sup>40</sup> Recordemos que el contrato de relevo se introduce en nuestro ordenamiento a través de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, que modificó al ET en materia de contratación temporal incluyéndose en el art. 12.5; regulación modificada por el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad; que fue alterada de nuevo a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad.

<sup>41</sup> Sobre esta evolución *vid.* J. GORELLI HERNÁNDEZ, «Contratos de relevo y jubilación parcial», en AA.VV., coordinados por Antonio Ojeda Avilés *Modalidades de contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid 2003, páginas 155 y ss.



lación parcial<sup>42</sup>. ¿Tendrá que ver esta nueva perspectiva con el hecho de que la jubilación parcial puede ser (de hecho, normalmente lo es) anticipada? En la actualidad se está invirtiendo el planteamiento de incentivar la jubilación anticipada, pues supone un incremento notable del gasto y una pérdida de cotizaciones. La jubilación anticipada empieza a juzgarse como un mecanismo nocivo pues supone un incremento de gastos del Sistema.

En la dirección de establecer nuevos requisitos se altera la edad mínima para poder acceder a la jubilación parcial: se mantiene los 60 años para los trabajadores «mutualistas» (no se establece que hemos de entender por ellos, pero parece que son los que cotizaron al mutualismo con anterioridad al 1 de enero de 1967) y se incrementa la edad a 61 años para el resto<sup>43</sup>. En ninguno de los dos supuestos será de aplicación coeficientes reductores de la edad de jubilación. De otro lado se establece como exigencia un período mínimo de antigüedad en la empresa para poder acceder a la jubilación anticipada, concretamente de seis años; período que deberá aplicarse de manera paulatina y gradual dentro de un período de cuatro años hasta que se alcancen los seis años<sup>44</sup>. Además, será preciso haber cotizado un período de carencia determinado. Para acceder a la jubilación parcial será necesario haber cumplido el período de carencia de la pensión de jubilación (los 15 años reales sin días/cuota); por lo que el período de carencia que se va a exigir será mayor, incluso mucho más elevado: 30 años de cotización<sup>45</sup>. Debe advertirse que el Acuerdo no hace referencia alguna a si en dicho período de carencia se va a tener en cuenta o no el día/cuota. En principio, entendemos que la respuesta ha de ser afirmativa, pues no se trata, para nada, de cumplir el requisito de carencia mínima para jubilarse, sino una exigencia diferente para poder hacerlo de manera parcial. Probablemente va a ser esta exigencia la que va a originar mayores dificultades para poder acceder a la jubilación parcial, pues la exigencia es evidentemente muy elevada.

Parece que el sentido de esta exigencia de haber cotizado 30 años, así como el hecho de aumentar la edad mínima para la jubilación parcial a los no mutualistas a los 61 años es la de equiparar las exigencias para acceder a la jubilación parcial (que puede ser anticipada) con la jubilación anticipada

<sup>42</sup> Recordemos que en la actualidad jubilación parcial y contrato de relevo se encuentran regulados a través del art. 12.6 ET, el art. 166 TRLGSS y el RD 1131/2002 (arts. 9 y ss).

<sup>43</sup> En este caso la ampliación de la edad se realizará de manera gradual en el plazo de seis años.

<sup>44</sup> Además, para el cómputo de esos seis años se tendrán en cuenta los transcurridos en empresa anterior en caso de sucesión de empresas.

<sup>45</sup> Dicho período de carencia se aplicará paulatinamente a lo largo de cuatro años desde la entrada en vigor de la futura reforma, comenzando con una exigencia de 18 años cotizados, hasta alcanzar los 30 señalados.

regulada en el art. 161.3 TRLGSS; de manera que pudiendo optar el trabajador entre una y otra, los requisitos sean similares<sup>46</sup>.

Pero quizás donde más se nota el interés porque la jubilación parcial no sea una situación que recaiga fundamentalmente sobre las arcas de la Seguridad Social es en la propuesta de reforma de la reducción de la jornada del jubilado parcial: con la regulación actual oscila entre un mínimo de un 25% y un máximo del 85%. Una buena parte de los jubilados parciales se inclinan por la reducción máxima, lo cual implica que la situación de jubilación parcial en buena medida es soportada por la pensión y mucha menor medida por el salario. El planteamiento que establece el Acuerdo es reducir el porcentaje máximo de jornada al 75%, reduciendo así la cuantía de la pensión y elevando la parte que ha de corresponder a la renta derivada del trabajo<sup>47</sup>. En todo caso, si el jubilado parcial acredita seis años de antigüedad en la empresa y 30 de cotización, los porcentajes de reducción se establecerán entre el 85% y el 25%, siempre que el relevista sea contratado a jornada completa y con contrato indefinido<sup>48</sup>.

Para terminar, el Acuerdo establece una exigencia que recae sobre el relevista: en la actualidad no es necesario que el relevista ocupe el mismo puesto que deja vacante el jubilado parcial; bastando que sea un puesto de trabajo similar (del mismo grupo profesional o categoría equivalente). Esta exigencia se refuerza por el Acuerdo, al establecerse que debe haber una correspondencia entre las bases de cotización de ambos trabajadores, de manera que la del relevista no puede ser inferior al 65% de la base por la que venía cotizando el jubilado parcial.

### 5.3. Jubilación anticipada

También incorpora el Acuerdo algunas modificaciones en materia de jubilación anticipada. La primera de ellas afecta al supuesto de jubilación

<sup>46</sup> Ciertamente los requisitos van a ser muy similares, pero no los efectos: recordemos que en la jubilación anticipada se van a aplicar coeficientes reductores que afectan a la cuantía de la pensión, no así en la jubilación parcial. Esto explica aún más la similitud de requisitos que ha supuesto incrementar las exigencias para la jubilación parcial: es más fácil (por tener requisitos más simples) la jubilación parcial, que además implicaba una pensión comparativamente mayor al no aplicarse coeficientes reductores. Dicho de otra manera, es mucho peor la condición de jubilado anticipado que la de jubilado parcial, pudiendo ser también ésta una jubilación anticipada.

<sup>47</sup> Al igual que los otros aspectos que hemos visto en materia de jubilación parcial, la reducción del porcentaje máximo se aplicará gradualmente a lo largo de un período de cuatro años.

<sup>48</sup> Tal como hemos visto antes, las exigencias de antigüedad y el período de carencia, son requisitos generales que empezarán a exigirse con esa cuantía tras superarse el período



anticipada regulada en el art. 161.3 TRLGSS. A tenor de esta regulación el coeficiente reductor cuando se ha cotizado entre 30 y 34 años de cotización puede ser del 8% (treinta años de cotización), o del 7,5 (entre 31 y 34 años de cotización). El Acuerdo establece que entre 30 y 34 años el coeficiente reductor será del 7,5% por cada año que falte para acceder a la pensión; desaparecerá en estos casos, por tanto, el coeficiente del 8%.

También en relación a lo dispuesto a la jubilación anticipada regulada en este precepto, dispone el Acuerdo que será necesario modificar el ordenamiento de Seguridad Social para que se considere expresamente que la extinción en el marco de expedientes de regulación de empleo son involuntarias a los efectos de poder acceder a la pensión de jubilación anticipada (recordemos que en las jubilaciones anticipadas ex art. 161.3 TRLGSS se exige que el cese en el trabajo no se haya producido por la libre voluntad del trabajador). El problema es que reiterada jurisprudencia, con la que debemos estar de acuerdo, ha venido considerando que las extinciones producidas al amparo de un ERE, son voluntarias, pues el trabajador opta voluntariamente a la extinción propuesta por la empresa; es decir, que no son despidos colectivos, sino múltiples acuerdos individuales de extinción que se plasman en un acuerdo<sup>49</sup>. Se impide, por tanto, la jubilación anticipada en estos casos por faltar requisitos. Justamente a impedir la aplicación de esta doctrina jurisprudencial viene el Acuerdo.

Además, se van a mejorar las cuantías de las pensiones de jubilación anticipada causadas antes del 1 de enero de 2002 de aquellos trabajadores con 60 o más años que hayan sido despedido, accediendo a la jubilación anticipada, y acrediten un mínimo de 35 años de cotización. Se trata, por tanto, de incrementar las pensiones ya causadas cuando se cumplan estas condiciones.

#### 5.4. Incentivos a la prolongación voluntaria de la vida laboral

Se plantea el Acuerdo la necesidad de fomentar que los trabajadores que hayan cumplido la edad de jubilación puedan seguir desarrollando pres-

---

transitorio de cuatro años al que alude el Acuerdo; por lo que una vez transcurrido dicho período de cuatro años, el porcentaje máximo será de 85% para todo el que quiera acceder a la jubilación parcial, quedando en 75% cuando no se contrate a un relevista a tiempo completo y contrato indefinido.

<sup>49</sup> En este sentido puede consultarse la jurisprudencia del TS; SS.TS de 9 de julio de 2003, Ar 2005/4841; 1 de julio de 2003, Ar 2005/4847; 24 de junio de 2003, Ar 2005/4856; 30 de mayo de 2003, Ar 2005/6037; 12 de mayo de 2003, Ar 2005/1059; 6 de mayo de 2005, Ar 6061; 17 de enero de 2006, Ar 2739; 18 de enero de 2006, Ar 2999; 7 de febrero de 2006, Ar 2823; 1 de febrero de 2006, Ar 2971, etc.

tación de trabajo, prolongando su vida laboral voluntariamente. El sentido de esta medida es evidentemente económico: al mantener el desarrollo de la prestación laboral, la Seguridad Social ahorrará el abono de la pensión de jubilación, y no sólo reducirá sus gastos, sino que también tendrá mayores ingresos al mantenerse la obligación de cotizar a la Seguridad Social. Este planteamiento siempre ha tenido un problema: que las cotizaciones realizadas después de la edad de jubilación no se tengan en cuenta a los efectos de calcular la cuantía de la pensión de jubilación, pues la pensión está topada, de modo que la pensión que puedan percibir no se incrementa pese a que se mantenga trabajando y cotizando. En este sentido el Acuerdo estima que las pensiones de aquellos trabajadores que se jubilen a partir de los 66 años deben tener derecho a pensiones mayores que aquellos que cesan en el trabajo a la edad de 65. De esta manera se deberán establecer una serie de beneficios para aquellos que voluntariamente continúen en el trabajo tras cumplir la edad general de jubilación. Concretamente, si se tiene derecho a la pensión máxima, se plantea el incremento de la pensión a través del percibo anual de una cantidad a tanto alzado equivalente al 2 o 3 por ciento de la pensión<sup>50</sup>. Si no se tiene derecho a la pensión máxima, se incrementará el porcentaje a aplicar a la base reguladora entre un 2 o un 3% por cada año cotizado a partir del cumplimiento de los 65 años<sup>51</sup>. En definitiva, con esta medida se obtiene que aquellos trabajadores que superan la edad de 65 y siguen trabajando, cuando accedan a la pensión de jubilación puedan superar la cuantía máxima de la pensión hasta alcanzar el tope máximo de cotización.

Además, se ampliará a todos los trabajadores mayores de 59 años con contrato indefinido, las bonificaciones existentes para mayores de 60 años con 5 años de antigüedad.

### 5.5. Otras medias relacionadas con la jubilación

El Acuerdo establece en el Apartado IV.3 y 4 diversas medidas que inciden directamente sobre la prestación de jubilación. De entrada se prevé la

<sup>50</sup> Si se tiene derecho a la pensión máxima el incremento será del 2% de la pensión máxima por cada año transcurrido desde el cumplimiento de los 65 años o de la fecha en que se adquiere el derecho a la pensión máxima caso de ser posterior a los 65 años. El porcentaje se incrementa al 3% si acredita 40 o más años de cotización. En todo caso la suma de al cantidad a tanto alzado más el importe anual de la pensión no podrá superar el tope máximo de cotización en cómputo anual.

<sup>51</sup> El porcentaje se incrementa con carácter general en un 2%, salvo que en la fecha que cumple los 65 años haya cotizado 40 años de cotización; supuesto en que se aplicará el 3%.

necesidad de desarrollar la previsión establecida en el art. 161.2 TRLGSS, precepto que dispone que la edad general de jubilación podrá ser rebajada por Real Decreto respecto de aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente peligros, tóxica, penosa o insalubre y acusan elevados índices de morbilidad o mortalidad. En todo caso se estima que la jubilación con edades inferiores a la general es un procedimiento de carácter supletorio a la modificación de condiciones de trabajo para asegurar que las mismas sean aceptables desde el punto de vista preventivo: se deben estudiar en primer lugar el conjunto de ocupaciones que pueden tener esta consideración y una vez elaborado el listado se deberá procurar la modificación de las condiciones de trabajo; de manera que una vez que se constate que no es posible dicha modificación, establecer los coeficientes reductores que se consideren convenientes. Se prevé también que en los supuestos afectados por esa reducción de la edad de jubilación será necesario la modificación de las cotizaciones, de manera que se logre un mayor equilibrio financiero; es decir, lo que el Acuerdo parece decirnos es que al jubilarse antes y tener acceso con anterioridad a la pensión, será necesario incrementar la cotización por esta contingencia. Con carácter general se prevé que esta reducción de la edad de jubilación no podrá suponer en ningún caso una edad de jubilación inferior a 52 años.

Con la finalidad de elevar la cotización de los perceptores del subsidio de desempleo de mayores de 52 años (prejubilación), se incrementará la base de cotización durante dicho subsidio hasta el equivalente al 125% del SMI. Esta medida tiene que ver fundamentalmente con el hecho de que han sido frecuentes los expedientes de regulación de empleo en los que los despedidos colectivamente se benefician de medidas a cargo de la empresa que facilita el acceso a las pensiones de jubilación. Sin embargo, los trabajadores que ven extinguidos sus contratos sin mediar un expediente de regulación de empleo, al no contar con las ventajas del ERE tienen un difícil acceso a la pensión de jubilación y si lo hacen (a través de la prestación de prejubilación) su base reguladora es tremendamente baja.

## **6. ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. EN ESPECIAL LAS REPERCUSIONES SOBRE EL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO**

Una de las aspiraciones que desde antiguo se persigue en materia de gestión de la Seguridad Social, es la simplificación de la multitud de Regímenes Especiales que existen en la estructura del Sistema. Nuestra Seguridad Social se organiza a través de diferentes Regímenes: el General, que como tal asume una posición central, y una serie de Regímenes Especiales (en función de la actividad productiva) que introducen todo una serie de al-

teraciones a las reglas contenidas en el General. Cada uno de estos Regímenes cuenta con una regulación específica, lo que ha supuesto importantes diferencias normativas entre unos y otros; siendo especialmente importantes las diferencias desde el punto de vista de la cobertura prestacional (Regímenes con protección privilegiada o Regímenes con protección disminuida), o en los requisitos para acceder a las prestaciones. En todo caso, tal como hemos señalado, esta situación se ha intentado corregir; así, normativamente el art. 10.3 y 4 TRLGSS establece la necesidad de tender a la máxima homogeneidad con el Régimen General. De otro lado, el art. 10.5 TRLGSS prevé la posibilidad de integración en el Régimen General o en otro Régimen Especial de los Regímenes Especiales de carácter reglamentario. Más aún, desde los años 80 se ha seguido todo un proceso de integración de viejos Regímenes Especiales (ferroviarios, artistas, toreros, representantes de comercio, escritores, futbolistas, funcionarios de la Administración Local). En el Pacto de Toledo se especificaba también la necesidad de simplificar la estructura del Sistema de Seguridad Social a través de la integración de Regímenes Especiales, si bien no se había plasmado aún esta voluntad sobre los hechos.

El Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social incide en esta cuestión, pues prevé la simplificación de la estructura del Sistema de Seguridad Social, por la vía de integrar el Régimen Especial Agrario (REA) en el Régimen General y en el RETA<sup>52</sup>. De hecho incluso se establece la fecha de integración de los trabajadores del REA en el Régimen General, concretamente la de 1 de enero de 2009.

Materialmente la integración se producirá de la siguiente manera: los autónomos del REA se incorporarán al RETA, manteniendo un sistema especial de cotización<sup>53</sup>. En líneas generales no habrá especiales problemas en esta integración, pues en la práctica la acción protectora entre REA y RETA es prácticamente idéntica<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> En alguna ocasión he tenido la oportunidad de comentar que la existencia del REA está escasamente justificada, pues no hay razones jurídicas que faciliten la existencia de este Régimen Especial; siendo suficiente con el establecimiento de un sistema especial a través del cual puedan articularse las especialidades en materia de actos de encuadramiento y cotización. Tan sólo la existencia de razones «metajurídicas» es lo que permite la pervivencia de este Régimen Especial. «Sistema de Seguridad Social», Tecnos, Madrid 2005, página 563.

<sup>53</sup> Si bien en la actualidad los sistemas especiales existentes están integrados en el Régimen General, hemos de recordar que el art. 11 TRLGSS establece que pueden existir dentro de cualquier Régimen de la Seguridad Social; por lo tanto, no hay inconveniente alguno a un sistema especial en el RETA.

<sup>54</sup> Sobre la tendencia a reunir en el RETA los diferentes trabajadores autónomos, *vid.* M.J. CERVILLA GARZÓN, *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el sistema español de Seguridad Social*, CARL-MERGABLUM, Sevilla 2005, páginas 53 y ss.

De otro lado, los trabajadores por cuenta ajena se incorporarán al Régimen General a través de otro sistema especial. En este caso los problemas pueden ser más importantes, sobre todo por el hecho de que aquí si hay alguna diferencia de relevancia en materia de acción protectora (aunque estas diferencias se han ido reducido, de manera que en la actualidad la acción protectora mantiene distinciones, además de en desempleo, en el hecho de la imposibilidad de la jubilación anticipada y en la IT por riesgos comunes); y sobre todo está el principal problema que ha impedido durante años la simplificación de este Régimen: que será necesario un incremento de la cotización, lo que va a suponer elevar de manera importante el coste de la mano de obrar agrícola; argumento esgrimido por la patronal del sector para rechazar la integración en el Régimen General. De ahí que el propio Acuerdo especifique que la creación de ese sistema especial debe permitir que se avance «en la efectiva equiparación de las prestaciones para los trabajadores y que evite un incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empelo de las explotaciones agrarias». De ahí que se prevea un período transitorio entre 15 y 20 años<sup>55</sup> y se establezca la necesidad de bonificar las cotizaciones agrarias, así como reducciones que incentiven la estabilidad, con el objetivo de «hacer compatible la mejora de las prestaciones de los trabajadores y la contención de los costes empresariales». En definitiva, lo que se prevé es que la incorporación al Régimen General se haga creando un sistema especial subvencionado.

Procedimentalmente se establece un Grupo de Trabajo (Administración Organizaciones más representativas de empresarios agrarios, CC.OO. y UGT) que elevará conclusiones a la Comisión de Seguimiento y a la Administración para desarrollar este acuerdo. En todo caso, por lo que respecta a la integración en el Régimen General, insistimos en que se ha establecido una fecha tope en el 1 de enero de 2009.

También con el objetivo de conseguir en un futuro más lejano la incorporación de los trabajadores del Régimen Especial de Empleados del Hogar al Régimen General, se acuerda que han de analizarse (obsérvese como hay una remisión al estudio de estas medidas y no un acuerdo de ponerlas en marcha) la conversión de la acción protectora con el Régimen General<sup>56</sup>,

<sup>55</sup> El uso de períodos transitorios en los procesos de integración no es precisamente extraño, basta recordar los problemas que originó la incorporación de los funcionarios de la MUNPAL al Régimen General.

<sup>56</sup> Específicamente se menciona la cobertura de contingencias profesionales (en este Régimen se suprimen las diferencias entre contingencias comunes y profesionales, de manera que se percibirán las prestaciones de cómo contingencia común) y el momento de inicio de la prestación de IT (esta prestación sólo se percibe a partir del vigésimo noveno día a partir de la baja.

para lo que será necesaria la convergencia de los tipos de cotización; o mejor dicho, que la cotización de los empleados de hogar vaya asimilándose a la del Régimen General<sup>57</sup>. Respecto de los trabajadores de este Régimen Especial que desarrollen prestación por horas o de manera discontinua<sup>58</sup>, se establece el acuerdo de asegurar el mantenimiento durante la actividad, del alta y la cotización (en este ámbito las situaciones de fraude son frecuentes, por no decir directamente que son la regla común) y el adecuado nivel de protección. En todo caso resalta la generalidad con la que establece esta cuestión en el Acuerdo, sin que se establezca la necesidad de adoptar medidas concretas.

En cuanto al RETA y al Régimen Especial del Mar, el Acuerdo dispone que se adoptarán medidas a fin de impulsar la diversificación de actividades para colectivos que desean complementar la recolección y cultivo de especies marinas con procesos de manipulación, envasado y comercialización de las mismas. Parece ser que se está pensando en un colectivo muy concreto, el de las mariscadoras gallegas, a las que se debería permitir simultáneamente el alta en el Régimen del Mar (por dedicarse a la recolección y cultivo de especies marinas), y en el RETA cuando, además, se dediquen a la manipulación, envasado y comercialización de tales productos.

También desde el punto de vista de la estructura del Sistema se acuerdan medidas de carácter financiero: de un lado se propugna la modificación de la normativa sobre el Fondo de Reserva de la Seguridad Social<sup>59</sup>, con la finalidad de conseguir mayor rentabilidad a sus inversiones; y se establece la necesidad de simplificar y unificar las reservas de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, de manera que su gestión sea más transparente y se integren en las reservas del Sistema.

<sup>57</sup> Aquí estará el principal obstáculo a la integración, pues en este Régimen se cotiza por bases únicas lo que conduce a prestaciones económicamente muy pequeñas.

<sup>58</sup> Recuérdese que estos trabajadores serán los obligados a la afiliación, alta y cotización; por lo que se situación en esta materia se asimila bastante a los trabajadores autónomos.

<sup>59</sup> En la actualidad regulado por la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social; desarrollada por el RD 337/2004, de 27 de febrero.



# LAS VÍAS PARA REMEDIAR LA NULIDAD DE LAS ACTUACIONES PROCESALES EN EL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN

RODRIGO TASCÓN LÓPEZ

*Profesor Colaborador de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de León

## EXTRACTO

El modo a través del cual remediar (o, en su caso, combatir) la nulidad de las actuaciones procesales constituye, sin duda, una cuestión capital para el justiciable y para el sistema judicial en su conjunto, afectando, en último término, al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el cual aparece integrado, como contenido de primer orden, por la tramitación de un proceso con todas las garantías.

Sin embargo, y por cuanto hace al orden social de la jurisdicción, la Ley de Procedimiento Laboral guarda silencio sobre tan trascendente cuestión, debiendo acudir a las previsiones contenidas tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial como en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien los mecanismos previstos en tales normas plantean no pocos problemas de encaje con los institutos propios del orden social, sobre todo tras las reformas acaecidas en los últimos años.

Así, el presente estudio va analizando sistemáticamente las distintas vías para combatir la nulidad de una determinada actuación procesal.

En primer lugar, las facultades del propio órgano judicial para subsanar la de oficio.

En segundo término, las posibilidades que tienen las partes para recurrir un acto viciado de nulidad a través de los cauces ordinarios de impugnación que, curiosamente y casi siempre, en el orden social serán recursos extraordinarios.

En fin, la incoación de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones para, una vez terminado el proceso, tratar de subsanar la nulidad de aquellas actuaciones que no hubiera sido posible remediar a través de otro medio, así como su obtusa concordancia con el incidente de subsanación de sentencias, previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## ÍNDICE

1. SOBRE LA NULIDAD DE LAS ACTUACIONES PROCESALES EN GENERAL
2. APRECIACIÓN DE LA NULIDAD POR EL PROPIO TRIBUNAL QUE ESTÁ CONOCIENDO
3. LA UTILIZACIÓN POR LA PARTE DE LOS REMEDIOS ORDINARIOS
  - 3.1. Recursos de reposición y súplica
  - 3.2. Recurso de Suplicación
  - 3.3. Recurso de Casación
  - 3.4. Recurso de Queja
  - 3.5. Recurso de revisión
  - 3.6. Otros medios para atacar la nulidad
  - 3.7. Un medio que ya no lo es para atacar una determinada modalidad de nulidad de actuaciones judiciales: la audiencia al demandado rebelde
4. EL INCIDENTE EXCEPCIONAL DE NULIDAD DE ACTUACIONES
5. EL INCIDENTE DE SUBSANACIÓN Y COMPLEMENTO DE SENTENCIAS Y AUTOS DEFECTUOSOS

## 1. SOBRE LA NULIDAD DE LAS ACTUACIONES PROCESALES EN GENERAL

Como bien es sabido, el proceso judicial constituye una concatenación de actos procesales, debidamente regulados en las respectivas Leyes de procedimiento (en la LPL por cuanto a este estudio importa), a través del cual, y siempre y cuando concurran los requisitos formales debidos, se da curso a la pretensión de la parte, quedando dirigido hacia un pronunciamiento en el cual el órgano judicial resuelve en Derecho la cuestión planteada <sup>1</sup>.

En este sentido, es menester poner de manifiesto cómo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24. de la Constitución, supone una facultad de acceso a la jurisdicción <sup>2</sup>, como «núcleo esencial de la tutela judicial efectiva» <sup>3</sup>, y comprende la facultad de promover la actuación de los órganos jurisdiccionales en orden a la tutela de los derechos e intereses legítimos dignos de protección <sup>4</sup>, aun cuando no conlleve *per se* la exigencia de una resolución sobre el fondo del asunto, pues tal

<sup>1</sup> Posibilidad, en fin, de reclamar ante los Tribunales de Justicia el cumplimiento de cuanto el Derecho reconoce y la fuerza de los hechos niega, GUASP DELGADO, J.: *La pretensión procesal*, Madrid (Civitas), 1981, págs. 38-41.

<sup>2</sup> Entre muchas, SSTCo 11/1982, de 29 de marzo; 90/1983, de 27 de noviembre; 19/1986, de 7 de febrero; 148 y 232/1988, de 14 de julio y 2 de diciembre; 33/1989, de 3 de febrero; 213/1990, de 20 de diciembre; 6/1992, de 6 de enero; 217/1994, de 18 de julio ó 54/1997, de 17 de marzo.

<sup>3</sup> Entre otras varias, SSTCo 308/2000, de 18 de diciembre ó 10 y 51/2001, de 29 de enero y 26 de febrero, respectivamente.

<sup>4</sup> En formulación casi tautológica cabe afirmar que «allá donde exista un derecho o interés legítimo digno de tutela, existirá derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales», SSTCo 71/1991, de 8 de abril.

requisito se cumple también cuando el órgano judicial inadmite o desestima una pretensión por un motivo de forma si la parte no ha dado oportuno cumplimiento a las exigencias establecidas por la Ley<sup>5</sup>.

La norma fundamental quiere incorporar, junto a las modalidades clásicas de derechos humanos, un conjunto de garantías eminentemente jurisdiccionales y procesales<sup>6</sup> elevadas al rango de derecho fundamental<sup>7</sup> —auténtico «derecho estrella en el firmamento constitucional»<sup>8</sup>—, erigiéndose su contenido en «la verdadera norma de cierre del ordenamiento jurídico y en la garantía real para el disfrute de los demás derechos»<sup>9</sup>.

Ahora bien, en este acceso a la jurisdicción será menester observar los cauces, trámites y requisitos establecidos por el legislador —al ser éste un «derecho prestacional de configuración legal»<sup>10</sup>—, sin que éstos puedan su-

<sup>5</sup> Recuérdese cómo «el derecho a la tutela judicial efectiva normalmente se satisface mediante la obtención de una resolución fundada en Derecho; [mas ésta] podrá ser de inadmisión cuando concurra una causa legal para ello y así lo acuerde el órgano jurisdiccional en aplicación razonada y razonable de la misma», SSTCo 9/1981, de 31 de marzo; 126/1984, de 26 de diciembre; 214/1988, de 14 de noviembre; 5/1990, de 26 de abril; 92/1993, de 15 de marzo; 217/1994, de 18 de julio; 159/1995, de 6 de noviembre; 135/1996, de 23 de julio; 101/1997, de 20 de mayo ó 88/2001, de 2 de abril.

<sup>6</sup> En el conocido fenómeno de la constitucionalización de las normas, figuras e institutos procesales, puesto de manifiesto desde antiguo por la mejor doctrina, CALAMANDREI, P.: *Processo e democrazia*, Padua (Cedam), 1954, pág. 148. La inclusión de los denominados «derechos procesales» en los textos constitucionales deriva de la interdicción de la autotutela del propio derecho y de la necesidad de proporcionar a los justiciables una serie de garantías elementales en el ámbito de la Administración de Justicia, ACOSTA ESTÉVEZ, J.B.: «Líneas básicas del derecho a la tutela jurisdiccional: la garantía constitucional de la acción», *La Ley*, T. III, 1990, pág. 874; en la doctrina laboral, imprescindible la referencia a GOERLICH PESET, J.M.: «El derecho al proceso: acceso a la jurisdicción y al recurso en materia laboral», *RL*, núms. 15-16, 1997, págs. 201 y ss. ó, recientemente, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Tutela judicial efectiva y acceso al proceso laboral», en AA.VV.: *El proceso laboral. Estudios en homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa*, Valladolid (Lex Nova), 2001, págs. 909 y ss.

<sup>7</sup> Pasando de ser meras garantías de los derechos, «a ostentar el carácter de garantías como verdadero derecho fundamental», según se encarga de exponer gráficamente FUIGUERUELO BURRUEZA, A.: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, cit., pág. 20.

<sup>8</sup> Como lo califica DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *PJ*, núm. 5, 1987, pág. 41.

<sup>9</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: «Tutela judicial, competencia de la jurisdicción y acceso al proceso de trabajo», cit., pág. 12.

<sup>10</sup> SSTCo 50/1990, de 26 de marzo; 114/1992, de 14 de septiembre; 149/1993, de 3 de mayo; 55 y 174/1995, de 6 de marzo y 23 de noviembre ó 123/1996, de 8 de julio. En este sentido, el Alto Tribunal recuerda que los trámites y requisitos procesales no son un «puro capricho ritual», sino una necesidad de ordenación del proceso a través de ciertos cauces objetivos en garantía de los derechos de los ciudadanos, SSTCo 185/1987, de 18 de noviembre; 132/1992, de 28 de septiembre ó 221/1994, de 18 de julio. En la doctrina científica, APARICIO PÉREZ, M.A.: «El derecho a la organización de la tutela judicial efectiva», *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, núm. 1, 1988, págs. 75 y ss.

poner, empero, «obstáculos excesivos o irrazonables»<sup>11</sup> y debiendo atenuar el rigor de su cumplimiento —en virtud del denominado principio *favor actionis* o *pro actione*<sup>12</sup>— bajo los criterios de «antiformalismo»<sup>13</sup> y «subsanción de cuantos defectos procesales» sean por naturaleza susceptibles de reparación<sup>14</sup>, sobre todo cuando no se hayan generado perjuicios para la contraparte procesal y la finalidad perseguida con el requisito formal infringido haya sido alcanzada a través de otros medios<sup>15</sup>.

En consecuencia, todas las actuaciones llevadas a cabo en el seno del proceso han de ajustarse al principio de legalidad procesal, pues sólo así se da verdadero cumplimiento al derecho a un proceso con todas las garantías. Por tanto, aquellas actuaciones procesales no ajustadas a este criterio de corrección formal lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva y, en conse-

<sup>11</sup> SSTCo 93/1990, de 23 de mayo; 195/1992, de 16 de noviembre; 285/1993, de 4 de octubre ó 55/1997, de 17 de marzo. No resultan ni excesivos ni irrazonables el cumplimiento de los plazos legales [SSTCo 15/1985, de 5 de febrero; 220/1993, de 30 de junio ó 104/1997, de 2 de junio], la necesidad de observar ciertos requisitos previos al proceso, como pudieran ser la conciliación o reclamación administrativa previa [SSTCo 14/1993, de 18 de enero; 17/1994, de 20 de enero y 122/1997, de 3 de junio] o la constitución de fianzas, depósitos o consignaciones para poder acceder a los recursos legalmente establecidos, siempre y cuando no acaben siendo prohibitivos o especialmente gravosos [STCo 147/1985, de 29 de octubre ó 202/1987, de 17 de diciembre].

<sup>12</sup> Entre otras, SSTCo 104/1997, de 2 de junio; 8 y 207/1998, de 13 de enero y 26 de octubre; 135/1999, de 15 de julio; 84 y 205/2000, de 27 de marzo y 24 de julio; 90/2001, de 2 de abril ó 62/2002, de 11 de marzo.

<sup>13</sup> Lo cual exige de los órganos jurisdiccionales una interpretación en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto [SSTCo 78/1991, de 15 de abril; 122/1993, de 19 de abril; 256/1994, de 26 de septiembre ó 152/1996, de 30 de septiembre]. Estudio exhaustivo de la cuestión en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de justicia constitucional», *RDP*, núms. 16-17, 1982-3, págs. 1323 y ss. ó SERRANO HOYO, G.: «Flexibilización de las formas procesales y tutela judicial efectiva», *RGD*, núm. 595, abril, 1994, págs. 3589 y ss.

<sup>14</sup> El art. 24 CE no consagra un derecho absoluto a la subsanación de los defectos procesales, pero sí obliga al juzgador a procurar —antes de rechazar una demanda, incidente o recurso— la reparación del defecto, siempre y cuando sea posible, efectuando un «juicio de proporcionalidad» entre la gravedad de éste —atendiendo a la finalidad del requisito incumplido— y la consecuencia anudada a su inobservancia, debiendo extremar la cautela en aquellos casos en los cuales la inadmisión sea la resultante [SSTCo 104 y 112/1997, de 2 y 3 de junio; en igual sentido, SSTCo 11/1982, de 29 de marzo; 78/1991, de 15 de abril ó 152/1996, de 30 de septiembre]. De esta manera, podrían considerarse subsancionables, por ejemplo, la falta de la firma de abogado o procurador [SSTCo 87/1986, de 27 de junio ó 174/1988, de 3 de octubre] o carecer el letrado de habilitación para ejercer la profesión de abogado en el ámbito colegial de que se trate [STCo 38/1996, de 11 de marzo].

<sup>15</sup> STCo 58/2002, de 11 de marzo y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F.; MORALES ORTEGA, J.M. y PÉREZ YÁÑEZ, M.<sup>a</sup> R.: «El contenido del art. 24 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2001/02: continuidad básica con variaciones», cit., pág. 44.

cuencia, el ordenamiento jurídico ha de diseñar los cauces apropiados para corregir tales irregularidades<sup>16</sup>.

Ahora bien, no cualquier incorrección formal merecerá el más alto reproche de la nulidad procesal radical<sup>17</sup>, sino tan sólo aquéllas capaces de generar un vicio de entidad suficiente como para entenderla contraria a las mínimas exigencias de justicia, seguridad jurídica y demás garantías procesales constitucionales ínsitas al derecho fundamental de tutela judicial efectiva<sup>18</sup>.

Desde este punto de vista, y sin ningún género de dudas, la nulidad de los actos procesales es una cuestión atormentada dentro del Derecho Procesal, habiendo suscitado no pocas controversias doctrinales y un ingente volumen de pronunciamientos jurisprudenciales (legales y constitucionales) sobre el correcto alcance de su contenido<sup>19</sup>.

Sin embargo, la LPL no contiene previsión específica sobre tan importante cuestión, resultando de aplicación tanto la regulación orgánica contenida en la LOPJ, como la supletoria incorporada a la LEC<sup>20</sup>. Esta situación plantea un problema fundamental con vistas a encarar un estudio ajustado al orden social de la jurisdicción, pues tales procedimientos resultan, en no pocas ocasiones, «de difícil transferencia a jurisdicciones distintas de la civil ordinaria»<sup>21</sup>.

En este sentido, procede poner de manifiesto cómo la sede tradicional en la cual se ha venido regulando la nulidad de las actuaciones judiciales fue de siempre la LOPJ<sup>22</sup>. Ahora bien, la LEC incorporó en el año

<sup>16</sup> GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: «Nulidad de actuaciones y Constitución», *La Ley*, T. II, 1992, págs. 3 y ss. o APARICIO PÉREZ, M.A.: «Tutela judicial efectiva y nulidad de actuaciones: una aproximación constitucional», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 4, 1992, págs. 79 y ss.

<sup>17</sup> SOUTO PRIETO, J.: «Sobre la posibilidad de decretar en lo laboral la nulidad de actuaciones una vez recaída sentencia definitiva», *AL*, T. I, 1993, pág. 35.

<sup>18</sup> En este sentido la doctrina llega a diferenciar hasta cuatro clases distintas de nulidad: inexistencia, nulidad radical absoluta, nulidad relativa o anulabilidad y meras irregularidades (subsanales siempre). CAPILLA BOLAÑOS, J.A.: «La nulidad de actuaciones en el proceso laboral: su nueva regulación en el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *AL*, T. II, 1997, pág. 525.

<sup>19</sup> *Vid.*, al respecto, AA.VV.: *La nulidad de actuaciones en el proceso civil. Cuadernos de Derecho Judicial*, T. XXX, Madrid (CGPJ), 1993.

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ OJEDA, J.J.: *Revisión de sentencias firmes en el orden social. El recurso de revisión, la audiencia al demandado rebelde y el incidente de nulidad de actuaciones*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 32 y ss.

<sup>21</sup> HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: «El incidente de nulidad de actuaciones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral*, Cizur Menor (Aranzadi), 2001, pág. 189.

<sup>22</sup> BORRAJO INIESTA, I.: «La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Justicia; Revista de Derecho Procesal*, núms. 1-2, 1993, págs. 81 y ss.

2000 un nuevo régimen jurídico, el cual parecía iba a sustituir al más antiguo contenido en la norma orgánica en cuanto ésta fuera oportunamente modificada<sup>23</sup>.

Sin embargo, la reforma operada en la LOPJ por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, incorporó dicha regulación en términos similares a los ya contenidos (aun cuando su vigencia hubiera quedado provisionalmente en suspenso en virtud de la disp. adic. 17.ª LEC) en la norma rituarial civil, con lo cual el resultado final pasa por considerar cómo coexisten en la actualidad dos regulaciones jurídicas sustancialmente idénticas [una contenida en los arts. 238 y ss. LOPJ; la otra en los arts. 225 y ss. de la LEC], aun cuando existan ciertos desajustes inexplicables entre ambas, como habrá ocasión de comprobar en las páginas siguientes<sup>24</sup>.

Así, de conformidad con el art. 238 LOPJ y el art. 225 LEC, los actos procesales serán nulos de pleno derecho [lo cual lleva a pensar que irregularidades distintas no provocan la nulidad radical, pudiendo ser subsanadas<sup>25</sup>] por las causas siguientes: 1.º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional; 2.º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación; 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión [debiendo tenerse en cuenta que las actuaciones judiciales realizadas fuera de plazo sólo podrán anularse si lo impusiera la naturaleza del término o plazo (arts. 242 LOPJ y 229 LEC)]; 4.º Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la Ley la establezca como preceptiva; 5.º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial [causa ésta extrañamente excluida del tenor del art. 225 LEC]; y 6.º En los demás casos en los que las Leyes procesales así lo establezcan.

Sin ningún género de dudas, prescindir de las formas esenciales del juicio provocando indefensión constituye la más variopinta y controvertida de todas las causas mentadas. En este sentido, la indefensión puede ser catalo-

<sup>23</sup> LOURIDO RICO, A.M.: *La nulidad de actuaciones; una perspectiva procesal: estudio comparativo de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC*, Granada (Comares), 2002, págs. 16 y ss. Tal situación, al margen de la vieja polémica en torno a la relación de jerarquía o competencia entre las Leyes orgánicas y las ordinarias, parecía implicar una especie de «degradación de rango», HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: «El incidente de nulidad de actuaciones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral*, cit., pág. 190.

<sup>24</sup> CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias», *RL*, núm. 5, 2004, pág. 1.

<sup>25</sup> CAPILLA BOLAÑOS, J.A.: «La nulidad de actuaciones en el proceso laboral: su nueva regulación en el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», cit., pág. 525.

gada como aquella limitación sustancial de las posibilidades reales de actuación y defensa de la parte, provocadas por una actuación indebida del órgano judicial<sup>26</sup>.

Entre el proteico elenco de situaciones que encuentran cabida en tal situación cabe citar, por significativos, en una lista puramente ejemplificativa (a la cual el lector podrá sumar otros), los siguientes supuestos: la falta de capacidad de alguna de las partes (si bien la declaración de nulidad de actuaciones no perjudica a lo actuado en ejecución provisional de sentencia de despido pues, como bien es sabido, se trata de un proceso autónomo<sup>27</sup>); la ausencia de las debidas citaciones o emplazamientos<sup>28</sup> (la cual, por cierto y como luego se verá, ya no puede ser combatida a través de la Audiencia al Rebelde<sup>29</sup>); en el muy particular proceso de despido, la alegación y prueba de cuestiones no incorporadas a la carta de despido<sup>30</sup>; de igual modo, la ampliación de la demanda a cuestiones no conciliadas previamente<sup>31</sup>; inadmisión de una prueba procedente o admisión de una que no lo era cuando, en el primer caso, haya imposibilitado la acreditación de hechos fundamentales y, en el segundo, los haya permitido en contra de quien trató de hacer valer su impertinencia<sup>32</sup>; por último, falta de motivación suficiente de la sentencia o insuficiencia de los hechos probados<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> Entre muchas, STCo 6/1992, de 16 de enero.

<sup>27</sup> Comentando el supuesto de hecho de la STCo 191/2000, de 13 de julio, CASAJUANA PALET, M.P.: «Ejecución provisional y nulidad de actuaciones en el proceso por despido», *Revista de Derecho Social*, núm. 13, 2001, págs. 142 y ss.

<sup>28</sup> Al respecto, HERRERO ALARCÓN, F.: «Reacción procesal frente a notificaciones defectuosas: la nulidad de actuaciones», en AA.VV.: *El proceso laboral. Estudios en homenaje al prof. Luis Enrique de la Villa Gil*, Valladolid (Lex Nova), 2001, págs. 333 y ss.

<sup>29</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «Un cambio de rumbo; la audiencia al demandado rebelde y el incidente de nulidad de actuaciones», *Temas Laborales*, núm. 53, 2000, págs. 203 y ss.; RÍOS SALMERÓN, B.: «Audiencia al demandado rebelde e incidente de nulidad de actuaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la jurisprudencia social», *La Ley*, núm. 5016, 2001, págs. 16 y ss. o CARRASCO MANZANARES, E. y JAUREGUEZAR SERRANO, M.: «Audiencia al rebelde y nulidad de actuaciones», *REDT*, núm. 105, 2001, págs. 471 y ss.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Fijación de los hechos en el proceso de despido disciplinario: nulidad de actuaciones por alegación y prueba de hechos no aducidos en la carta de despido», en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Cuestiones actuales de despido disciplinario: estudios ofrecidos al Prof. Manuel Alonso Olea con motivo de su investidura como doctor honoris causa de la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago (Universidad de Santiago), 1997, págs. 173 y ss.

<sup>31</sup> MARTÍN BRAÑAS, C.: «Nulidad de actuaciones: ampliación de demanda sobre hechos no conciliados previamente», *Tribunales de Justicia*, núms. 8-9, 1999, págs. 813 y ss.

<sup>32</sup> Análisis de un supuesto concreto en MARTÍN BRAÑAS, C.: «Nulidad de actuaciones: inadmisión de prueba testifical», *Tribunales de Justicia*, núm. 3, 2000, págs. 371 y ss.

<sup>33</sup> MARTÍN BRAÑAS, C.: «Nulidad de actuaciones: hechos probados insuficientes y falta de motivación», *Tribunales de Justicia*, núm. 5, 1999, págs. 493 y ss.

Por otra parte, y de conformidad con el principio de mantenimiento de los actos procesales, tanto el art. 243 LOPJ, como el 230 LEC, se ocupan de reconocer que la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos independientes de aquél, ni la de aquellos otros cuyo contenido hubiese permanecido invariado aún sin haberse cometido la infracción determinante de la nulidad. Por su parte, la nulidad parcial de un acto no implicará la de las partes del mismo independientes de la declarada nula.

Además, el tribunal deberá posibilitar la subsanación de los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre y cuando en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir con los requisitos exigidos por la Ley<sup>34</sup>. Aún así, los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las Leyes procesales (arts. 243 *in fine* LOPJ y 231 LEC).

En cuanto a las vías concretas para actuar frente a la nulidad de un determinado acto procesal, tanto en la LOPJ como en la LEC aparecen regulados hasta tres mecanismos distintos a través de los cuales se pueden remediar las consecuencias de los posibles actos viciados de nulidad<sup>35</sup> [no siendo ninguno de los tres, por cierto, un cauce preferente y sumario, tal y como demandaría el art. 53.2 CE de un mecanismo procesal dirigido a remediar una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva]<sup>36</sup>, los cuales se pasa a analizar brevemente y por separado a continuación.

## 2. APRECIACIÓN DE LA NULIDAD POR EL PROPIO TRIBUNAL QUE ESTÁ CONOCIENDO

El juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, en cualquier momento con anterioridad a la resolución que ponga fin al proceso<sup>37</sup> [lo cual no plantea duda de constitucionalidad, pues en un momento poste-

<sup>34</sup> Entre otras muchas, SSTCo 104 y 112/1997, de 2 y 3 de junio.

<sup>35</sup> Distinguiendo las diversas vías para atacar la nulidad y dando cuenta de cuáles han estado en vigor en cada momento, CAPILLA BOLAÑOS, J.A.: «La nulidad de actuaciones en el proceso laboral: su nueva regulación en el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», cit., pág. 526.

<sup>36</sup> HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: «El incidente de nulidad de actuaciones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral*, cit., pág. 196.

<sup>37</sup> El anterior tenor de la LOPJ [«con anterioridad a la sentencia definitiva»] permitió al Tribunal Constitucional efectuar una estrambótica interpretación, conforme a la cual la sentencia definitiva era la aún no definitivamente ejecutada, lo cual hacía que el órgano judicial pudiera apreciar, de oficio, en fase de ejecución la nulidad procesal de un acto del proceso declarativo. STCo 110/1988, de 8 de junio.



rior la nulidad también podrá ser atacada, pero por otras vías diferentes]<sup>38</sup>, y siempre y cuando no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular (arts. 240.2 LOPJ y 227.2 LEC).

En concreto, los tribunales cuya actuación se hubiera producido con intimidación o violencia, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán la formación de causa contra los culpables, poniendo los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal. También declararán nulos los actos de las partes o de quienes intervengan en el proceso si se acredita que se produjeron bajo intimidación o violencia. La nulidad de estos actos entrañará la de todos los demás relacionados con él o que pudieran haberse visto condicionados o influidos sustancialmente por el acto nulo (arts. 239 LOPJ y 226 LEC).

Ahora bien, estas facultades de subsanación de oficio se encuentra severamente restringidas en vía de recurso, habida cuenta en ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio la nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada, salvo que aprecie falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal (arts. 240.2 LOPJ y 227.2 LEC *in fine*).

### 3. LA UTILIZACIÓN POR LA PARTE DE LOS REMEDIOS ORDINARIOS

La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por la parte (cuando no hayan sido subsanados de oficio por el propio órgano judicial), por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios establecidos en las Leyes procesales (arts. 240.1 LOPJ y art. 227.1 LEC). No cabe, por tanto y como sería propio de la nulidad radical, invocarla en cualquier tiempo (o, incluso, a través de un proceso posterior autónomo), sino a través de los medios y con los requisitos previstos en la Ley<sup>39</sup>.

Ciertamente esta posibilidad es la de más difusa articulación en el proceso social, pues cuando el legislador establece este cauce tan sólo tiene en mente el esquema de recursos previsto en la LEC, olvidando la existencia de otros órdenes jurisdiccionales distintos.

<sup>38</sup> STCo 185/1990, de 15 de noviembre.

<sup>39</sup> SOUTO PRIETO, J.: «Sobre la posibilidad de decretar en lo laboral la nulidad de actuaciones una vez recaída sentencia definitiva», cit., pág. 35.

En efecto, los arts. 468 y ss. LEC se ocupan de establecer el denominado como «recurso extraordinario por infracción procesal», el cual será el más oportuno para permitir a la parte impugnar las resoluciones judiciales viciadas de nulidad, en tanto puede quedar fundado, precisamente, en infracciones de las normas sobre jurisdicción y competencia (objetiva o funcional), de aquellas reguladoras de la sentencia o, en fin, de cualesquiera de cuantas rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

Ahora bien, dicho remedio procesal procede exclusivamente contra «sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia» (art. 468 LEC), con lo cual resulta «de imposible aplicación [ni siquiera por vía de la supletoriedad general de la norma rituaría común] a otros órdenes jurisdiccionales distintos del civil»<sup>40</sup>.

De igual modo, cabe dar cuenta del incidente para la integración del fallo o subsanación y complemento de la sentencia (arts. 215 y ss. LEC), el cual sirve en el orden común para reparar el vicio de la incongruencia omisiva del fallo judicial, pero cuya aplicación al orden social se antoja harto complicada, como luego se verá más en detalle.

En consecuencia, y con una evidente desnaturalización del carácter común y supletorio de la LEC, cuando alguna de las partes quiera atacar la nulidad de una actuación judicial realizada en el marco de un procedimiento laboral, se va a ver abocada a buscar su impugnación a través de alguno de los cauces previstos en la propia LPL, lo cual fuerza a realizar una revisión de los modos y maneras de actuar esta posibilidad a través de las múltiples vías impugnatorias existentes en el orden social.

Dicho análisis ha de partir de una premisa fundamental, cual es la muy particular configuración del sistema de recursos en el orden social de la jurisdicción<sup>41</sup>. En efecto, como bien es sabido, el proceso laboral se asienta sobre el principio de única instancia y, en consecuencia, prescinde de un sistema de apelación ordinaria para tratar de garantizar una solución lo más

<sup>40</sup> «Este sistema de recursos extraordinarios es imposible de transferir a otros órdenes jurisdiccionales, al menos, en lo que interesa, al orden jurisdiccional social, en el que rige el principio de única instancia donde las Audiencias Provinciales no tienen competencias, por lo que no puede utilizarse para la defensa del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, pudiendo aplicar tan sólo el incidente de nulidad de actuaciones con su objeto más reducido», HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: «El incidente de nulidad de actuaciones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral*, cit., pág. 192.

<sup>41</sup> En reflexión efectuada sobre el incidente de nulidad pero que, mutatis mutandis, resulta también aplicable a los remedios ordinarios legalmente establecidos, CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional», *RL*, núm. 2, 2004, pág. 11.

rápida posible del conflicto. Sin embargo, se elabora un tupido sistema de recursos extraordinarios para, bajo determinados condicionantes, permitir la revisión de los pronunciamientos dictados en instancia. Tal sistema en modo alguno incurre en tacha de inconstitucionalidad, pues bien es conocido cómo, salvo en el ámbito penal, el derecho al recurso como parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es de configuración legal y, por tanto, su ámbito de actuación queda circunscrito a la configuración que el legislador ordinario haya querido darle<sup>42</sup>.

Esta articulación puede provocar, como primera circunstancia, que algunos pronunciamientos dictados en instancia en el orden social sean irrecurribles, con lo cual la única vía para atacar la nulidad sería, en su caso y siempre y cuando se dieran los estrictos requisitos exigidos para ello, a través del conocido como incidente de nulidad de actuaciones, a analizar en el último apartado del presente trabajo.

Sin embargo, esta apreciación es más teórica que real pues, debido a la amplitud con la cual son admitidos (tanto en la letra de la ley, como en la doctrina jurisprudencial) los recursos (teóricamente extraordinarios, pero en la práctica quasi-ordinarios)<sup>43</sup> de suplicación y casación en materia de vulneración de formas esenciales del procedimiento capaces de producir indefensión, en realidad la parte afectada va a poder, en la generalidad de los casos, actuar alguno de los recursos previstos por la LPL para combatir la eventual nulidad de un acto procesal.

Sea como fuere, la utilización por la parte a quien interese de los medios ordinarios para impugnar la nulidad de una determinada actuación judicial puede quedar sistematizado, en el orden social, a partir de las siguientes consideraciones sobre los instrumentos concretos a través de los cuales haya de sustanciarse<sup>44</sup>:

<sup>42</sup> SSTCo 51/1982, de 19 de julio; 3/1983, de 25 de enero; 105/1989, de 8 de junio, o 72/1992, de 13 de mayo. En la doctrina científica, CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «La reforma de la legislación procesal laboral: los recursos en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990», *REDT*, núm. 46, 1991, págs. 195 y ss.; FOLGUERA CRESPO, J.: «Tutela procesal y recursos laborales», en AA.VV.: *Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales*, Madrid, 1996, págs. 253 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los recursos en el proceso laboral: el derecho al recurso», *AS*, núm. 3, 1998, págs. 12 y ss. o RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «La reforma de los recursos en el procedimiento laboral. Continuidad y condicionantes», *RL*, T. II, 1989, págs. 153 y ss.

<sup>43</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Recursos de casación y suplicación en materia laboral. Puntos críticos», *AL*, núm. 36, 1989, págs. 476 y ss.; CAVAS MARTINEZ, F.: *El recurso de suplicación*, Granada (Comares), 2000, págs. 39 y ss. o MOLINER TAMBORERO, G.: *El recurso laboral de suplicación*, Bilbao, 1991, págs. 66 y ss.

<sup>44</sup> Realizando un recorrido similar, adaptado al ordenamiento vigente, al tiempo ha llevado a cabo por CAPILLA BOLAÑOS, J.A.: «La nulidad de actuaciones en el proceso laboral: su nueva regulación en el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», cit., págs. 530 y ss.

### 3.1. Recursos de reposición y súplica

En primer lugar, contra las providencias y autos dictados por los órganos de la jurisdicción social podrán interponerse los recurso de súplica (si el órgano emisor de la resolución es un juzgado de lo social, art. 184 LPL) o de reposición (si se trata de alguna sala de lo social, art. 185 LPL).

En tales casos, y de conformidad con el art. 452 LEC (de aplicación supletoria al proceso social *ex* art. 186 LPL), la parte recurrente habrá de expresar «la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente» (por cuanto ahora ocupa, la causa determinante de la nulidad de la resolución impugnada), resolviendo el tribunal a través de un auto, con carácter general, irrecurrible (arts. 184.2 y 185.2 LPL y 454 LEC)<sup>45</sup>.

Quizá el principal problema existente en el orden social venga dado por la amplia lista de resoluciones no recurribles en reposición y súplica, lo cual veda a las partes de la posibilidad de atacar la nulidad procesal hasta momentos más avanzados del procedimiento, con el coste adicional en tiempo y dinero, tanto para los propios implicados, como para el sistema judicial en su conjunto<sup>46</sup>.

### 3.2. Recurso de Suplicación

No obstante tratarse el recurso de suplicación de un medio impugnatorio extraordinario (art. 189 LPL), los supuestos de nulidad de actos procesales van a poder ser sustanciados a través de esta vía en la generalidad de los casos frente a las sentencias dictadas por los juzgados de lo social (también

<sup>45</sup> Sin embargo, la regla de orden no será de aplicación «en los supuestos expresamente establecidos en la presente Ley»; principalmente el contemplado en el artículo 204 LPL, cuando prevé la posibilidad de reclamar en casación frente a los autos dictados por las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia —en ningún caso los del Tribunal Supremo— en los dos supuestos siguientes: 1.º aquellos que decidan la súplica interpuesta contra los autos dictados en ejecución de sentencias por dichas Salas, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado (art. 204.2 LPL); y 2.º Los autos que resuelvan el recurso de súplica interpuesto contra la resolución de la Sala declarando, acto seguido a la presentación de la demanda, su incompetencia por razón de la materia (204.3 LPL).

<sup>46</sup> No procederá la súplica contra las providencias y autos dictados en los procesos de conflictos colectivos y en los de impugnación de convenios (art. 185.3 LPL); tampoco contra las providencias de mero trámite, amén de otras resoluciones específicamente excluidas por el legislador, como el auto que declare no haber lugar a la admisión del recurso de suplicación por haberse desestimado ya otros en supuestos sustancialmente iguales (art. 198.3 LPL), de casación (art. 211.4 LPL) o de casación para unificación de doctrina (art. 223.2 LPL).

frente a algunos autos)<sup>47</sup>, por cuanto este recurso será admisible en todo caso (y con independencia de si la cuantía del pleito es o no superior a los 1.803 ₧ generalmente exigidos o de si la materia litigiosa está exceptuada de recurso de suplicación, pues las cuestiones de procedimiento son recurribles siempre)<sup>48</sup> en los dos siguientes supuestos:

1. Cuando se interponga con el fin de subsanar una falta esencial del procedimiento o la omisión del trámite de conciliación obligatoria previa, siendo necesario, eso sí, haber formulado previa protesta en tiempo y forma —cuando fuera posible, lo cual no ocurre de ser la sentencia quien provoca la infracción—, así como acreditar la existencia de una efectiva indefensión (art. 189.1.d LPL).

2. Contra las sentencias que decidan sobre la competencia del Juzgado por razón de materia. La sentencia resolverá sólo sobre la competencia cuando la materia sometida a debate no estuviera comprendida dentro de los límites de la suplicación (art. 189.1.d LPL).

En tales casos, una vez tramitado el recurso, y en caso de ser estimado, la Sala de lo Social, sin entrar en el fondo de la cuestión, mandará reponer los autos al estado en el cual se encontraban en el momento de cometer la infracción; y de haber tenido lugar en el acto del juicio (y de acuerdo con el

<sup>47</sup> En concreto, y de conformidad con el mentado art. 189 LPL, en los tres casos siguientes: 1. Los que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los dictados por los Juzgados de lo Social en ejecución de sentencia. En todo caso será necesario que la sentencia ejecutoria hubiere sido recurrible en suplicación y el auto resuelva puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado. 2. Aquellos declarando no haber lugar al requerimiento de inhibición, respecto de un asunto que, de conformidad a las reglas generales previstas en el artículo 189.1 LPL, hubiere podido ser recurrido en suplicación. 3. Los que resuelvan el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del Juez declarando, acto seguido de la presentación de la demanda, su incompetencia por razón de materia. Cuando el pronunciamiento reconociera su competencia para conocer, la posibilidad de acudir a esa vía de impugnación queda excluida, sin perjuicio de poder replantear la cuestión al formular el recurso contra la sentencia.

<sup>48</sup> Recuérdese cómo la Ley veda expresamente el acceso al recurso en los siguientes supuestos relacionados con modalidades especiales (art. 189.1 LPL): 1. Proceso de vacaciones, pero sólo en cuanto hace a la determinación de la fecha para su disfrute, no respecto a otros aspectos que pudieran ventilarse en el mismo, como por ejemplo el relativo al montante de la retribución o su duración. 2. Proceso de conciliación de la vida familiar, en cuanto hace a la concreción horaria y determinación del periodo de disfrute en permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares. 3. Procesos en materia electoral. 4. Procesos sobre clasificación profesional. 5. Procesos sobre impugnación de sanción por falta calificada como leve o grave, así como por falta muy grave no confirmada judicialmente.

Ahora bien, tal irrecurribilidad lo es en cuanto al fondo del asunto, pero no puede impedir el recurso por motivos formales fundados en «quebrantamiento de forma», SSTSJ Cataluña 27 abril 1995 (Ar. 1615), Castilla-La Mancha 5 marzo 1996 (Ar. 1919) o Comunidad Valenciana 13 marzo 1997 (Ar. 1132).

principio de unidad de actuaciones), al momento de su señalamiento (art. 200 LPL).

### 3.3. Recurso de Casación

La forma en la cual ha sido regulado el extraordinario Recurso de Casación en el orden social de la jurisdicción permite la impugnación de las sentencias (también de algunos autos)<sup>49</sup> dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional en la generalidad de los supuestos de nulidad de actuaciones procesales.

Así, de entre los contemplados en el art. 205 LPL, son motivos de casación (utilizando todavía una terminología tradicional hoy ya modificada en el tenor de la LEC) por cuanto ahora importa a los efectos fundamentar un recurso que tratara de atacar la nulidad de una determinada actuación judicial, los siguientes:

1. Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción. Tal situación se producirá cuando el órgano judicial de instancia haya entrado a conocer sobre cuestiones reservadas a la Administración (exceso), o se haya negado a entrar a enjuiciar por estimar que el asunto corresponde a aquélla (defecto), o, en fin, haya entrado a conocer de cuestiones reservadas a órganos judiciales de otro orden jurisdiccional, a Tribunales extranjeros o sometidas a decisión arbitral (exceso) o haya inadmitido la pretensión por considerar competente a tales órganos (defecto)<sup>50</sup>.

2. Incompetencia o inadecuación de procedimiento. En este sentido es menester poner de manifiesto cómo la incompetencia ha de entenderse referida, en este caso, a los criterios de jerarquía y territorialidad entre órganos de la misma jurisdicción social. Por su parte, la inadecuación del procedimiento consistirá en haberse ignorado las normas procesales específicas reguladoras de cada cuestión litigiosa, las cuales constituyen orden público procesal y son de necesaria observancia conforme al principio de legalidad. Ahora bien, el defecto no podrá ser apreciado si no conlleva una falta de los requisitos indispensables para alcanzar el fin del proceso (o de los actos procesales en cuestión) o no comporta la indefensión de la parte.

<sup>49</sup> De conformidad con el art. 204 LPL, son recurribles en casación: 1. Los autos dictados en suplicación para resolver los recursos contra otros autos emanados de las Salas antecitadas en ejecución de sentencias cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o no contradigan lo ejecutoriado. No será necesario acudir, en tal caso, a la reposición previa. 2. Los autos que resuelvan el recurso de súplica interpuesto contra la resolución de la Sala declarando, acto seguido a la presentación de la demanda, su incompetencia por razón de la materia.

<sup>50</sup> Como explica lúcidamente la STS 19 octubre 1998 (RJ 1998, 7868).



3. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de cuantas rigen los actos y garantías procesales, siempre y cuando, en este último supuesto, se haya producido una efectiva indefensión para la parte.

Desde luego la infracción de alguna de las normas que regulan la sentencia ha de entenderse referida, tanto a las que con carácter general incorpora el art. 97 LPL, como a aquellas otras exigidas para cada una de las modalidades procesales especiales (por ejemplo en los arts. 108, 169, 173, 180 LPL).

Además, este motivo permite atacar el vicio fundamental de la incongruencia en la resolución de pleito. También, por supuesto, la falta de claridad y precisión (art. 97.2 LPL) o la ausencia de la debida motivación o la falta de integridad (art. 99 LPL), en la medida en que el fallo no determinará expresamente la cuantía de la condena y hubiera reservado esta tarea para la fase de ejecución de sentencias. También la conocida como invariabilidad formal, pues el artículo 267.1 LOPJ prohíbe alterar el contenido de las resoluciones definitivas una vez firmadas, sin perjuicio de poder proceder a su aclaración o a subsanar las omisiones<sup>51</sup>.

Una vez tramitado el recurso conforme al procedimiento previsto, si finalmente fuera estimado en todos o algunos de sus motivos, la Sala, en una sola sentencia y atendiendo a los términos del debate, casará la recurrida y resolverá conforme a derecho atendiendo, por cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de actuaciones hace, a las siguientes consideraciones:

a. De apreciar falta de jurisdicción, incompetencia o inadecuación del procedimiento, anulará el pronunciamiento de instancia en su integridad, dejando a salvo el derecho de ejercitar las pretensiones ante quien corresponda o a través del procedimiento adecuado.

b. Cuando la casación hubiera sido formulada invocando el quebrantamiento de las normas regentes de los actos y garantías procesales con indefensión, ordenará reponer las actuaciones al estado y momento en el cual hubiera sido cometida la infracción. La única excepción a tal regla viene dada por aquella circunstancia en la cual la infracción hubiera tenido lugar durante la celebración del juicio, en cuyo caso ordenará la reposición al momento de su señalamiento.

c. Si la infracción cometida versa sobre las normas reguladoras de la sentencia, resolverá, en un solo pronunciamiento, según corresponda en atención a los términos del debate. Sólo cuando no pudiera hacerlo, por ser in-

<sup>51</sup> Sobre todas estas situaciones, CAPILLA BOLAÑOS, J.A.: «La nulidad de actuaciones en el proceso laboral: su nueva regulación en el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», cit., págs. 532 y ss.

suficiente el relato de hechos probados, acordará la nulidad de la resolución impugnada y de las subsiguientes actuaciones procesales y mandará su reposición al momento de dictar sentencia, para así salvar las insuficiencias advertidas y conseguir dar a los autos su correcto curso legal.

Junto a este recurso, llámese ordinario, de casación, se eleva también como recurso utilizable por la parte el instituido para la unificación de la doctrina, que permite la impugnación de aquellas sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 216 LPL) cuando entren en contradicción con lo resuelto por sentencias de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo (art. 217 LPL), siempre y cuando las sentencias enfrentadas hayan recaído «respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos distintos» (art. 227 LPL).

Cuando la sentencia del Tribunal Supremo observara en la recurrida un quebrantamiento de la unidad de doctrina, la casará y anulará resolviendo el debate planteado en suplicación con un pronunciamiento ajustado al criterio considerado prevalente. Los efectos de los pronunciamientos de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo al resolver estos recursos podrán alcanzar a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada, pero en ningún caso a aquellas «creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada» (art. 226.1 LPL).

### 3.4. Recurso de Queja

En el orden social, los recursos de queja [suscitados antes las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, según los casos] se tramitarán siempre de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 187 LPL). A través de esta vía, la parte a quien interese podrá impugnar el auto a través del cual se tuvo por inadmitido el recurso de suplicación o, en su caso, de casación (arts. 193.2 y 3 y 207.2 y 3 LPL), de tal forma que, si lo pretendido en dichos recursos era la nulidad de una actuación procesal, cabrá remediar tal inadmisión a través de esta vía de la queja, acreditando la procedencia del recurso.

Presentado en tiempo y forma, la Sala resolverá mediante auto, contra el cual no cabrá recurso alguno, en el plazo de cinco días. Apreciada la queja, ordenará al Tribunal inferior la admisión y trámite del recurso de suplicación o casación. Si la desestima procederá considerar fundada la inadmisión, dando noticia de tal resolución al órgano correspondiente para su constancia en los autos (art. 495 LEC).



### 3.5. Recurso de revisión

El art. 234 LPL permite el recurso de revisión, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de cualquier sentencia firme dictada por órganos del orden jurisdiccional social, en los términos previstos para este recurso en los arts. 509 y ss. LEC.

Dicha posibilidad permite combatir ciertos supuestos específicos de nulidad de actuaciones judiciales, como sería la existencia de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta determinante en el signo del pronunciamiento.

### 3.6. Otros medios para atacar la nulidad

Para cerrar este breve repaso por los posibles medios a través de los cuales las partes pueden tratar de hacer valer la nulidad de un acto procesal, cabe dar cuenta de algunos otros mecanismos <sup>52</sup>:

1. En primer lugar, el art. 52 LPL contempla las conocidas como diligencias de ordenación, dictadas por los secretarios judiciales para dar a los autos el curso ordenado por la Ley, así como impulsar formalmente el procedimiento en sus distintos trámites. Su forma ha de quedar limitada a la expresión de cuanto se disponga, con el nombre del secretario, la fecha y su firma.

Cuando estas diligencias de ordenación incurran en algún defecto (entre ellos, los determinantes de la nulidad de las actuaciones procesales) podrán ser revisables de oficio por el tribunal o a petición de la parte interesada, en el día siguiente a su notificación, en escrito motivado dirigido al órgano judicial, quien resolverá de plano, salvo cuando considere necesario dar traslado a la parte contraria para permitirle, en el plazo de dos días, la evacuación de cuantas alegaciones estimen convenientes. En tal caso, habrá de dictarse la providencia resolutoria en el término de una audiencia.

2. Por otra parte, hay determinadas actuaciones judiciales frente a las cuales la LPL no admite recurso expreso en ese momento, pero respecto de las cuales exige, sin embargo, a la parte afectada presentar la oportuna protesta frente a su práctica a efectos de habilitarle para, en un momento posterior, poder fundamentar un eventual recurso contra la resolución definitiva del procedimiento <sup>53</sup>.

<sup>52</sup> CAPILLA BOLAÑOS, J.A.: «La nulidad de actuaciones en el proceso laboral: su nueva regulación en el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», cit., pág. 534.

<sup>53</sup> CAPILLA BOLAÑOS, J.A.: «La nulidad de actuaciones en el proceso laboral: su nueva regulación en el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», cit., 536.

Así ocurre (en una cuestión de máxima relevancia a la hora de impugnar la nulidad de un determinado acto procesal) cuando la LPL admite el recurso de suplicación frente a las infracciones de procedimiento causantes de indefensión o la omisión del trámite de conciliación obligatoria previa. En este caso resulta imprescindible haber formulado previa protesta en tiempo y forma —cuando fuera posible, lo cual no ocurre de ser la sentencia quien provoca la infracción—, así como acreditar la existencia de una efectiva indefensión (art. 189 LPL).

En particular y por buscar algún ejemplo significativo, en materia de prueba, la pertinencia de su práctica y de cuantas preguntas se puedan formular a las partes se resolverá por el Juez o Tribunal, y si el interesado protestase en el acto contra la inadmisión se consignará en el acta la pregunta o prueba solicitada, la resolución denegatoria, la fundamentación razonada de la denegación y la protesta, todo a efectos del correspondiente recurso contra la sentencia (art. 87.3 LPL).

De igual modo, y según ha reconocido la doctrina jurisdiccional, los defectos en el acta que el secretario ha de levantar de todo lo actuado en el juicio (art. 89 LPL) o la omisión de datos en los hechos probados determinarán la nulidad de actuaciones siempre y cuando las partes hayan formulado la oportuna protesta<sup>54</sup>. La ausencia de esta manifestación en contrario vedará cualquier impugnación posterior al respecto, pues «el recurso no puede prosperar a la vista de la conducta procesal de la parte reclamante en el proceso de instancia, en el que no fue consignada protesta alguna»<sup>55</sup>.

3. Por supuesto —y aun cuando el análisis de la cuestión daría para un estudio específico<sup>56</sup>—, en tanto los vicios de nulidad, en caso de no ser oportunamente corregidos, suponen una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>57</sup>, cabrá recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional para reparar aquellos supuestos de nulidad de actuaciones judiciales generadores de indefensión<sup>58</sup>. Ahora bien, tal solución lo será siempre con carácter extraordinario y subsidiario a cuantos remedios ordinarios dispon-

<sup>54</sup> STSJ Cataluña 15 octubre 1992 (AS 5115).

<sup>55</sup> STS 30 mayo 1990 (RJ 4521).

<sup>56</sup> En este sentido, el amplio análisis de situaciones efectuado por CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: «Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional», *RL*, núm. 2, 2004, págs. 1 y ss.

<sup>57</sup> GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: «Nulidad de actuaciones y Constitución», *La Ley*, T. II, 1992, págs. 3 y ss. o APARICIO PÉREZ, M.A.: «Tutela judicial efectiva y nulidad de actuaciones: una aproximación constitucional», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 4, 1992, págs. 79 y ss.

<sup>58</sup> Requisito de la provocación de indefensión reiteradamente exigido por el Tribunal Constitucional, entre otras, SSTCo 126/1999, de 28 de junio, 189/2002, de 14 de octubre, o 57/2003, de 24 de marzo.



ga la parte, debiendo, por tanto, y *ex arts.* 44 y 50 LOTC, haber agotado todos los recursos legalmente procedentes frente a la resolución judicial presuntamente viciada de nulidad.

4. De igual modo, los cauces ordinarios analizados es menester entenderlos sin perjuicio de la responsabilidad civil que en su caso proceda frente al Poder Judicial al amparo de los artículos 411 a 413 LOPJ cuando alguna actuación resultó manifiestamente injusta debido a algún vicio de nulidad provocando evidentes daños y perjuicios en alguna de las partes, aun cuando, obviamente, esto no sea ya un medio de impugnación de una determinada actuación procesal nula, sino un verdadero proceso autónomo<sup>59</sup>.

### 3.7. Un medio que ya no lo es para atacar una determinada modalidad de nulidad de actuaciones judiciales: la audiencia al demandado rebelde

En la actualidad, y tras los vaivenes acaecidos, puede decirse que la audiencia al demandado rebelde ya no constituye un medio apropiado para tratar de hacer valer la nulidad de actuaciones judiciales fundada en la falta de citación o emplazamiento de la parte generadora de indefensión<sup>60</sup>.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional no permitió a quien no había sido citado o emplazado a un determinado proceso —debiendo haberlo sido— acudir al instrumento de la audiencia al rebelde, en tanto en cuanto «la situación de rebeldía presupone un emplazamiento previo, válido y legal, seguido de la no comparecencia del emplazado»<sup>61</sup>.

Sin embargo, pronto cambió su doctrina para remediar un grave problema práctico: al haber desaparecido del ordenamiento procesal español los incidentes de nulidad posteriores a la sentencia definitiva, no existía ningún medio para hacer valer la nulidad de actuaciones ante la falta de citación o emplazamiento [lo cual era especialmente sangrante cuando el condenado no conocía de la existencia del pleito hasta después de dictada la sentencia], de modo tal que quien se veía así perjudicado sólo podía acudir al re-

<sup>59</sup> CAPILLA BOLAÑOS, J.A.: «La nulidad de actuaciones en el proceso laboral: su nueva regulación en el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», cit., 534.

<sup>60</sup> Como recogen MOLINA NAVARRETE, C.: «Un cambio de rumbo; la audiencia al demandado rebelde y el incidente de nulidad de actuaciones», *Temas Laborales*, núm. 53, 2000, págs. 203 y ss.; RÍOS SALMERÓN, B.: «Audiencia al demandado rebelde e incidente de nulidad de actuaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la jurisprudencia social», *La Ley*, núm. 5016, 2001, págs. 16 y ss. o CARRASCO MANZANARES, E. y JAUREGUEZAR SERRANO, M.: «Audiencia al rebelde y nulidad de actuaciones», *REDT*, núm. 105, 2001, págs. 471 y ss.

<sup>61</sup> STCo 81/1985, de 4 de julio.

curso de amparo por lesión de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; lo cual, dicho sea de paso, no era especialmente idóneo ni operativo, ni para las partes afectadas, ni para el propio Tribunal Constitucional. Ante esta situación, y aun cuando no se ajustaba plenamente a la naturaleza de las cosas, el máximo intérprete de la constitución amparó la posibilidad del no citado de acudir a la Audiencia al rebelde para hacer valer allí sus posiciones<sup>62</sup>.

Ahora bien, la LO 5/1997 reincorporó el incidente excepcional de nulidad, con lo cual ya no se hacía necesario recurrir a un mecanismo tan impropio para conseguir la nulidad de actuaciones fundadas en ausencia de citación o emplazamiento, pues la parte perjudicada podría incoar dicho incidente aun cuando la sentencia fuera ya definitiva. Así lo reconoció de forma preclara la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>63</sup>, y así lo ha venido a confirmar la regulación contenida en los arts. 496 y ss. LEC'2000, los cuales exigen expresamente para poder actuar la audiencia al rebelde haber sido citado o emplazado en forma<sup>64</sup>.

#### 4. EL INCIDENTE EXCEPCIONAL DE NULIDAD DE ACTUACIONES

Como regla general, una vez terminado el procedimiento no se admitirán incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, y desde la LO 1/1997, de 4 de diciembre, esta figura ha sido específicamente recuperada<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Entre otras, STCo 15/1996, de 30 de enero.

<sup>63</sup> STS 31 enero 2000 (RJ 1326).

<sup>64</sup> Más ampliamente, MOLINA NAVARRETE, C.: «Un cambio de rumbo; la audiencia al demandado rebelde y el incidente de nulidad de actuaciones», cit., págs. 203 y ss.; RÍOS SALMERÓN, B.: «Audiencia al demandado rebelde e incidente de nulidad de actuaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la jurisprudencia social», cit., págs. 16 y ss. o CARRASCO MANZANARES, E. y JAUREGUEZAR SERRANO, M.: «Audiencia al rebelde y nulidad de actuaciones», cit., págs. 471 y ss.

<sup>65</sup> El incidente de nulidad de actuaciones fue incorporado al art. 240 LOPJ por la LO 1/1997, de 4 de diciembre [MOLINA NAVARRETE, A.: «La restauración del denominado incidente de nulidad de actuaciones mediante la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 1998, págs. 23 y ss.] y luego perfeccionado por la LO 13/1999, de 14 de mayo [LAMO RUBIO, J.: «El remozado incidente de nulidad de actuaciones judiciales», *Revista General del Derecho*, núms. 658-659, 1999, págs. 8951 y ss.; MEDINA FERNÁNDEZ, F.: «Nulidad de actuaciones: la reforma del art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Revista General del Derecho*, núm. 643, 1998, págs. 3565 y ss.].

Hasta dicha reforma legal, y desde la supresión del incidente de nulidad de actuaciones de la antigua LEC'1881 por la reforma de su art. 742.2 a través de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, y después por la LOPJ (cuyo art. 240 sólo permitía en origen revisar la nulidad de los actos judiciales «antes de que hubiera recaído sentencia definitiva»), la anulación de resolu-



[no sin ciertas dosis de polémica por parte de aquellos quienes veían un ataque a la «santidad de la cosa juzgada»]<sup>66</sup>, quedando luego su forma modificada en la LEC'2000 e incorporada definitivamente a la reforma de la LOPJ operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, sin excesivas modificaciones frente al precedente, pero con algunos desajustes más que evidentes<sup>67</sup>.

Así, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo, podrán pedir por escrito que se tramite un incidente ordenado a declarar la nulidad de actuaciones fundada exclusivamente en defectos de forma que hayan causado indefensión o la incongruencia del fallo, siempre y cuando los primeros no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y, en uno u otro caso, ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario (arts. 241 LOPJ).

Por su parte, resulta menester poner de manifiesto cómo la incongruencia en el fallo ha sido suprimida, en el tenor del 228.1 LEC, como causa motivadora del incidente de nulidad de actuaciones, teóricamente porque dicho defecto procesal [al menos en su vertiente omisiva] puede subsanarse en el orden civil a través del incidente de integración del fallo judicial o de subsanación y complemento de sentencias (arts. 215 y ss. LEC), instrumentado, precisamente, para evitar el más gravoso y distorsionante incidente de nulidad, habida cuenta la incongruencia no siempre ha de entrañar tan grave consecuencia como la nulidad. Sea como fuere, tan obtuso desajuste entre LOPJ y LEC provoca una seria duda acerca de cuál es el medio a través del cual debe la parte atacar la incongruencia del fallo en el orden social de la jurisdicción<sup>68</sup>, cuestión ésta sobre la cual se abundará luego.

Centrándose el discurso, por el momento, en el incidente de nulidad, será competente para conocer el mismo juzgado o tribunal quien dictó la

---

ciones judiciales firmes causantes de indefensión que hubieran puesto fin al proceso, de no proceder ningún medio de rescisión de la cosa juzgada (recurso de revisión o audiencia al rebelde) sólo podía hacerse valer ante el Tribunal Constitucional a través de la vía del recurso de amparo. CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: «Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional», cit., pág. 1.

<sup>66</sup> ANDRÉS CIURANA, B.: «Nulidad de actuaciones y sentencia firme: la reforma del art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *La Ley*, T. I, 1999, págs. 1590 y ss. o DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «A vueltas con el incidente de nulidad de actuaciones», *La Ley*, T. V, 1999, págs. 1978 y ss.

<sup>67</sup> Como denuncian CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: «La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias», cit., pág. 4 y HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: «El incidente de nulidad de actuaciones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral*, cit., pág. 190.

<sup>68</sup> CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: «La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias», cit., pág. 2.

resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución. El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada frente a la cual no cabrá recurso alguno, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones (arts. 241.1 LOPJ y 228.1 LEC).

Admitido a trámite el escrito en el cual se pida la nulidad, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución, salvo cuando se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar la pérdida de la finalidad del incidente, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de cuantos documentos se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en el cual la petición aparezca fundada, a las demás partes, quienes en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las cuales acompañarán cuantos documentos estimen pertinentes (arts. 241.2 LOPJ y 228.2 LEC).

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto atacado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros (arts. 241.2 LOPJ y 228.2 LEC *in fine*).

Como puede apreciarse, la regulación del incidente es sucinta en la letra de la Ley. Sin embargo, su efectiva sustanciación ha planteado no pocas dudas, dando origen a una abundante jurisprudencia, incluso de índole constitucional, en tanto «la exclusión legal de recursos de la decisión resolutoria del incidente de nulidad de actuaciones no alcanza al recurso de amparo constitucional, sino sólo a los judiciales ordinarios, únicos sobre los que puede pronunciarse la LOPJ... , dada la reserva a una Ley específica, la LO del Tribunal Constitucional, que para los constitucionales se contiene en el art. 165 CE»<sup>69</sup>.

Ahora bien, aun siendo éste un «remedio del todo excepcional»<sup>70</sup>, su tramitación constituye un presupuesto procesal de inexcusable cumplimiento para el acceso al proceso de amparo constitucional, de naturaleza subsi-

<sup>69</sup> SCTo 92/2003, de 19 de mayo. Sobre su ensamblaje de futuro, PULIDO QUECEDO, M.: «El incidente de nulidad de actuaciones previo al recurso de amparo en el Anteproyecto de reforma de la LOTC», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 12, 2005, págs. 9 a 11.

<sup>70</sup> SSTCo 126/1999, de 28 de junio, 189/2002, de 14 de octubre, o 57/2003, de 24 de marzo.



diaria, a la vista de los arts. 44.1.a) y 50.1.a) LOTC, que exigen el agotamiento «de todos los recursos utilizables en vía judicial»<sup>71</sup>, si bien no resultará obligada su tramitación cuando existan dudas razonables sobre su exigibilidad en el caso concreto<sup>72</sup>.

El análisis de la abundante jurisprudencia constitucional existente sobre el particular permite extraer, de forma sintética, las siguientes conclusiones principales<sup>73</sup>:

1. El incidente de nulidad de actuaciones, al presentar, como se ha dicho, una naturaleza del «todo excepcional»<sup>74</sup>, sólo puede ser accionado basándose en los supuestos expresamente previstos; a saber, de un lado en los defectos de forma que causen indefensión y no hubieran podido ser atacados con anterioridad al pronunciamiento definitivo; y, de otro, en la incongruencia del fallo.

Ni siquiera puede utilizarse para tratar de reparar supuestas vulneraciones de derechos fundamentales distintos a la tutela judicial efectiva; así, por ejemplo, el principio de igualdad «en modo alguno es incardinable ni puede hacerse valer a través de esta vía excepcional»<sup>75</sup>.

Otro tanto sucede cuando las infracciones procesales lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva se hallen en íntima unión o formen parte del derecho fundamental sustantivo, no siendo preceptivo en tales casos la tramitación previa del incidente de nulidad para acceder al recurso de amparo<sup>76</sup>. *Item* más, cuando se haya utilizado este incidente de forma manifiestamente improcedente, la demanda de amparo será extemporánea<sup>77</sup>.

2. En cuanto hace a los defectos de forma causantes de indefensión de imposible denuncia antes de la resolución definitiva, se trata de aquellos actos procesales que resulten viciados por inobservancia de los requisitos esenciales exigidos por las normas reguladoras de un concreto proceso<sup>78</sup>.

<sup>71</sup> STCo 35/2003, de 25 de febrero.

<sup>72</sup> SSTCo 178/2000, de 26 de junio, o 87/2003, de 19 de mayo. Sobre la cuestión, BACHMAIER WINTER, L.: «Nulidad de actuaciones y agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo», *La Ley*, T. I, 1996, págs. 1676 y ss.

<sup>73</sup> Siguiendo a CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: «Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional», cit., págs. 4 y ss.

<sup>74</sup> SSTCo 126/1999, de 28 de junio, 189/2002, de 14 de octubre, o 57/2003, de 24 de marzo.

<sup>75</sup> SSTCo 76 y 97/2003, de 23 de abril y 2 de junio.

<sup>76</sup> STCo 111/2003, de 16 de junio.

<sup>77</sup> SSTCo 245/2000, de 16 de octubre, 153/2001, de 2 de julio, o 122/2002, de 20 de mayo. Crítico con esta línea, GONZÁLEZ SALINAS, P.: «Recurso de amparo prematuro, nulidad de actuaciones y recurso de amparo extemporáneo ¿dónde está la garantía de la tutela judicial efectiva?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 116, 2002, págs. 605 y ss.

<sup>78</sup> AGUILERA MORALES, M.: «Nulidad de actuaciones tras sentencia firme: defectos de forma que causan indefensión», *Tribunales de Justicia*, núm. 2, 1999, págs. 493 y ss.

Así, por ejemplo, incurre en tal vicio de nulidad la omisión de los necesarios actos de comunicación que limitan las posibilidades de defensa contradictoria<sup>79</sup> o la realización por el órgano judicial de una práctica material de prueba sin su recepción formal y sin intervención de las partes implicadas<sup>80</sup>.

Ahora bien, de su propia naturaleza excepcional se deduce con claridad que en ningún caso el incidente de nulidad procesal resulta adecuado para reparar defectos cuya denuncia fue posible a través del sistema ordinario de recursos antes del pronunciamiento definitivo a través del cual se puso fin al proceso<sup>81</sup>.

3. La incongruencia del fallo como causa del incidente abarca todas las formas de incongruencia (incluida, por tanto, la omisiva o *ex silentio*, *extra* o *ultra petitum* y por error)<sup>82</sup>; ahora bien, en un intento flexibilizador, el Tribunal Constitucional ha admitido el recurso de amparo aun cuando no se había incoado el incidente de nulidad cuando se trataba de denunciar la *reformatio in peius*<sup>83</sup>, o si lo impugnado por el trabajador era la falta de respuesta judicial sobre la cuestión de fondo planteada como consecuencia de la denegación de la legitimación de los trabajadores individuales para la impugnación indirecta de los convenios colectivos y no la incongruencia en el fallo<sup>84</sup>.

4. La exigencia de inexistencia de recurso alguno frente a la resolución impugnada a través del incidente de nulidad, plantea en el orden social una buena dosis de incertidumbre, «a partir de las peculiaridades que resultan de la planta de dicho orden jurisdiccional [nueva muestra de la imprevisión del legislador, que sólo se ocupa de perfilar con claridad el incidente en el marco dado por el proceso civil]<sup>85</sup>, en particular de las relaciones entre el recurso de suplicación y el extraordinario de casación para unificación de doctrina. Las sentencias dictadas en suplicación, al ser recurribles en casación para la unificación de la doctrina sin son contradictorias con otras (arts. 216 y 217 LPL) no son firmes, ni ponen fin al proceso, pero sólo si efectivamente cabe el mencionado medio impugnatorio por existir sentencias contradictorias adecuadas...

<sup>79</sup> HUERGO LORA, A.J.: «Problemas pendientes en torno a la falta de emplazamiento personal de los interesados y su corrección a través del incidente de nulidad de actuaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 106, 2000, págs. 245 y ss..

<sup>80</sup> STCo 165/2002, de 17 de septiembre.

<sup>81</sup> STCo 230/2002, de 9 de diciembre.

<sup>82</sup> STCo 129/2003, de 30 de junio.

<sup>83</sup> STCo 232/2001, de 11 de diciembre.

<sup>84</sup> STCo 157/2002, de 16 de septiembre.

<sup>85</sup> HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: «El incidente de nulidad de actuaciones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral*, cit., pág. 190.



Es claro que las denuncias de nulidad de actuaciones a través del recurso de casación para unificación de la doctrina, que han de cumplir inexcusablemente el requisito de contradicción, referidas a los defectos procesales causantes de indefensión, hacen inviable el incidente de nulidad de actuaciones, pues el art. 240.3 LOPJ exige su imposible denuncia antes de la sentencia o resolución que ponga fin al proceso. En cuanto a la incongruencia, el mencionado precepto legal la atribuye al fallo definitivo que 'no sea susceptible de recurso en el que reparar la indefensión sufrida'; pero ¿y si se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina? El incidente de nulidad de actuaciones ¿dejaría de ser cauce procesal idóneo?»<sup>86</sup>.

## 5. EL INCIDENTE DE SUBSANACIÓN Y COMPLEMENTO DE SENTENCIAS Y AUTOS DEFECTUOSOS

Como ya se ha indicado, la incongruencia en el fallo ha sido suprimida, en el tenor del 228.1 LEC, como causa motivadora del incidente de nulidad de actuaciones, siendo expresamente mantenido, en cambio, en el elenco recogida en la LOPJ. Como contrapartida a la mentada supresión, la LEC parece establecer un nuevo remedio, más ágil, para combatir dicho defecto procesal [al menos en su vertiente omisiva]: el incidente de integración del fallo judicial o de subsanación y complemento de sentencias (arts. 215 y ss. LEC),

Conforme a este instrumento, cuando una resolución judicial hubiera omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, la parte a quien interese podrá solicitar el complemento de la resolución, por escrito, en el plazo de los cinco días siguientes desde la notificación. De este escrito, el órgano judicial dará traslado a las demás partes para permitirles formular cuantas alegaciones tengan por oportunas, dictando luego auto, frente al cual no cabrá recurso alguno [sin perjuicio de los recursos que procedan contra la resolución aclarada (art. 215 LEC), con lo cual el auto pasa a formar parte de dicha resolución]<sup>87</sup>, acordando completar la resolución o denegando com-

<sup>86</sup> CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional», cit., pág. 11.

<sup>87</sup> Lo cual permitiría volver a atacar la incongruencia omisiva, en su caso, a través de dicho recurso, pues lo recurrido ya no es el auto que declaró no haber lugar a la subsanación de la sentencia, sino la sentencia misma, CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias», cit., pág. 13.

pletarla. También podrá el órgano judicial efectuar esta actividad de oficio, pero sin modificar ni rectificar (arts. 215.2 LEC y 267.2 LOPJ), lo cual atentaría contra el principio de invariabilidad de sentencia.

Aun cuando pudiera pensarse que este instrumento sirve para solucionar situaciones de pura incoherencia interna de la sentencia, la mejor opinión pasa por considerar que es éste un remedio frente a la incongruencia omisiva del fallo [aun cuando sólo de la patente o manifiesta], la cual supone un vicio de procedimiento que entraña una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva «si supone una sustancial modificación de los términos por los cuales discurre la controversia procesal»<sup>88</sup>.

El principal problema interpretativo suscitado en el marco dado por el orden social de la jurisdicción consiste en determinar cuál es el cauce apropiado para atacar el vicio de incongruencia, ya el incidente de nulidad (en tanto el tenor de la LOPJ la conserva como fundamento del recurso), ya el incidente de aclaración y subsanación (al haber sido instituida por la LEC como un medio más rápido y ágil para poder atajar tal defecto).

Parece claro que cuando la sentencia presuntamente omisiva sea susceptible de ulterior recurso, ha de seguirse la vía del incidente de subsanación [pues el de nulidad sólo cabe frente a pronunciamientos contra los cuales no quepa recurso ordinario ni extraordinario]; de igual modo, cuando no proceda ningún recurso frente a la resolución incongruente cabrá con seguridad el incidente de nulidad de actuaciones para atacar vicios de incongruencia, al menos, de cuantos sean distintos a la omisiva (esto es, *ultra* o *extra petita*); por último, respecto a la propia incongruencia omisiva de sentencias contra las cuales no existe recurso, ambas soluciones (incidentes de nulidad y subsanación) parecen *a priori* apropiadas para permitir a la parte combatir tal vicio.

Con todo, el manifiesto desajuste entre ambas normas [LOPJ y LEC] es notorio en este punto y, sin duda, el legislador debería haber evitado el problema reformando el art. 228 LEC. Quizá la solución más segura, para evitar una evidente manifestación de inseguridad jurídica, pasaría por considerar cómo, tras la reforma de la LOPJ de 2003, aquel precepto de la norma de ritos civil ha perdido validez al contravenir la regulación orgánica en una materia constitucionalmente reservada a este específico instrumento legal, con lo cual la incongruencia había de ser atacada en el orden social, en todo caso, a través de incidente de nulidad<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> Entre otras, SSTCo 5/2001, de 15 de enero; 135/2002, de 3 de junio, y 114/2003, de 16 de junio.

<sup>89</sup> Conclusión final por la que parece decantarse CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: «La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias», cit., pág. 11.



# RESPONSABILIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL EN LAS SITUACIONES DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

RAQUEL SERRANO OLIVARES

*Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universitat de Barcelona

DANIEL MARTÍNEZ FONS

*Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

## EXTRACTO

Pocos temas han suscitado en los últimos tiempos tanto interés como el referido a la responsabilidad empresarial en los supuestos de descentralización productiva. La evolución del sistema económico hace que el modelo de la empresa como organización estable, centro de imputación de las normas laborales, ya no sea apenas compatible con las transformaciones que derivan de los cambios económicos. La empresa se fragmenta dando paso a redes de empresas, más o menos integradas a través de diversos mecanismos de colaboración. Estos procesos de segmentación de la unidad productiva encuentran una única respuesta legal y jurisprudencial en normas sobre contratas y subcontratas o sucesión de empresas. Sólo la responsabilidad, casi siempre solidaria, como mecanismo recurrente en Derecho del Trabajo, es la respuesta ofrecida por el ordenamiento para afrontar los supuestos patológicos de dichos procesos. Respuesta que se articula sobre un modelo de empresa que en la realidad tiende a diluirse y que no siempre toma en consideración las consecuencias derivadas de la colaboración interempresarial en supuestos no patológicos.

La Ley 52/2003, de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social, ha intervenido, de manera limitada, sobre el régimen de responsabilidad de Seguridad Social en algunos de los supuestos vinculados a la descentralización productiva. Sin embargo, el resultado de dicha intervención ha quedado muy lejos de la inaplazable revisión de los mecanismos de responsabilidad en la descentralización productiva. El análisis de los cambios legales operados en 2003 desvela que la finalidad última perseguida por el legislador no es otra que la protección del patrimonio de la Seguridad Social.

En este trabajo se realiza un estudio de las modificaciones introducidas por la referida Ley, señalando las principales dificultades e incoherencias técnicas que ha significado este proceso de revisión parcial del sistema de responsabilidad.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS SUJETOS OBLIGADOS Y RESPONSABLES EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS Y EN LA CESIÓN DE TRABAJADORES
3. LA NECESARIA REVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS
4. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

## 1. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Ley de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social, en la versión aprobada por la Comisión de Política Social y Empleo el día 10 de septiembre de 2003, introducía modificaciones y añadía nuevos párrafos al art. 127 LGSS, donde se regula la responsabilidad en orden al pago de prestaciones en supuestos especiales de colaboración interempresarial. El texto finalmente aprobado como Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social (en adelante, LDE) se apartó notablemente del citado Proyecto de Ley, presentando aquél un alcance más limitado que éste en algunos aspectos —contratas y subcontratas y grupos de empresas—, a salvo el supuesto de transmisión de empresa —constitución de una SAL por parte de todos o algunos de los trabajadores de la empresa cedente—.

No cabe duda de que el texto del Proyecto de Ley representaba un cambio sustancial en el régimen de responsabilidades de Seguridad social en los supuestos de descentralización productiva. Así, entre las novedades que se incluyeron en el Proyecto de Ley, cabe destacar, en primer lugar, la relativa a los supuestos de descentralización productiva, dentro de un mismo proceso de producción o de comercialización, en que los empresarios celebran contratos o intervengan en operaciones de maquila u otras en las que se encubra un contrato de ejecución de obra o de prestación de servicios. En estos casos, se señalaba que tales empresarios serían responsables subsidiarios sin los beneficios de excusión y división —responderían, en consecuencia, por la totalidad de la deuda (responsabilidad subsidiaria y solidaria, por tanto)— respecto de las deudas con la Seguridad Social que cada uno de ellos generase por los trabajadores con contrato de trabajo durante la vigencia de aquellos contratos u operaciones <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La principal crítica que el CES efectuó a tal previsión fue la falta de claridad respecto del supuesto que pretendía regular, pues se refería a un término —maquila— carente de preciso significado jurídico y se aludía, además, a otras operaciones, sin clarificar cuáles, en las que se encubriera un contrato de ejecución de obra o de prestación de servicios. Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de Ley de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social. Sesión ordinaria del Pleno de 26 de marzo de 2003.

Parecía que el supuesto que se quería regular se refería a las situaciones en que una misma actividad productiva o proceso comercial se divide en fases y se deslocaliza, de manera que no existe coincidencia locativa de las diversas empresas y, por tanto, resulta difícilmente aplicable la regulación contemplada en el art. 42 ET que, implícitamente, parte del supuesto en que los trabajadores de la empresa contratista prestan sus servicios en los locales o lugares de trabajo de la principal<sup>2</sup>. Se daba a entender que, por primera vez, se quería tomar en consideración la realidad «económica» de la empresa y no así la realidad jurídica, atendiendo al entero proceso productivo como ámbito óptimo para la exigencia de responsabilidades sociales.

Aunque tal previsión iba a tener, sin duda, un efecto beneficioso para los trabajadores afectados por este tipo de operaciones, no puede olvidarse que el principal beneficiado de la extensión de responsabilidad en tales casos era la Tesorería General de la Seguridad Social, de suerte que, para otorgar una protección «socialmente» adecuada, hubiera sido necesario que la responsabilidad subsidiaria se hubiera extendido también en estos supuestos a las deudas salariales, modificando para ello el art. 42 ET a fin de contemplar tal situación.

Con todo, es preciso reconocer la dificultad práctica que se hubiera derivado de esa proyectada modificación, habida cuenta de la compleja identificación de los concretos trabajadores adscritos a cada «contrata» en una situación en que no existe coincidencia locativa de las distintas colectividades de trabajo —la de la empresa principal y la de la empresa contratista—, máxime cuando las empresas contratistas o auxiliares están prestando servicios simultáneamente para diversas empresas clientes. Es por ello que tal previsión hubiera exigido un mayor detalle en cuanto a su aplicación práctica —así, por ejemplo, extendiendo la responsabilidad solidaria respecto del conjunto de trabajadores de la contratista—.

Como es sabido, la LDE no incorporó referencia alguna a tales supuestos, de modo que, difícilmente, podrá extenderse ahora la responsabilidad subsidiaria y solidaria en materia de seguridad social a todos los empresarios participantes en las referidas operaciones comerciales o productivas.

En segundo término, interesa referirse a los supuestos de transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, por cuanto que el Proyecto de Ley daba nueva redacción al art. 127.2 LGSS, en orden a precisar cuándo se consideraba existente una sucesión de empresa, de acuerdo con la nueva definición contemplada en el art. 44 ET. Además, se entendía

<sup>2</sup> Véase sobre el particular, SERRANO OLIVARES, R.: «El Elemento locativo en el marco de la contratación y subcontratación de obras y servicios: significación y funciones», en VV.AA.: *Descentralización productiva y relaciones laborales* (Dir. Del Rey Guanter, S.), Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 87 y ss.

existente dicha sucesión en los casos de constitución de una sociedad laboral por todos o parte de los trabajadores del empresario que continuasen en todo o en parte la actividad económica.

Con la nueva redacción resultante de la LDE, permanece incólume el art. 127 LGSS, retocándose, no obstante, su alcance de forma indirecta mediante la modificación del art. 104 LGSS, relativo a los sujetos obligados a cumplir la obligación de cotización, cuando lo lógico hubiera sido efectuar el retoque directamente en el texto del citado art. 127 LGSS. Retoque que, como se verá, ha supuesto el mantenimiento, en términos similares a los ya expuestos, de la expresa declaración legal de sucesión de empresa en los casos en que una sociedad laboral continúa la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior.

Por último, es de interés indicar que la redacción que el Proyecto de Ley daba al 127.2 LGSS incluía la extensión de la responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social por las cotizaciones y, en su caso, por las prestaciones causadas respecto de sus trabajadores, a cada una de las personas físicas o jurídicas que integraban un grupo o agrupación de empresas, considerándose a estos efectos que las empresas pertenecían a un mismo grupo o agrupación de empresas cuando concurría alguna de las circunstancias siguientes: a) que el nexo o vinculación de aquellas implicase el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las distintas empresas; b) que la prestación de trabajo fuera indistinta o común, en forma simultánea o sucesiva, a favor de los distintos empresarios; y c) que se buscara, mediante la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real, la dispersión o elusión de responsabilidades sociales.

Sin duda, se trataba de una previsión muy positiva desde una perspectiva social, si bien hubiera exigido un mayor grado de concreción y claridad en cuanto a la identificación de los supuestos en que se consideraba concurrente un grupo o agrupación de empresas a tales efectos. Y ello porque el supuesto regulado en la letra a) resultaba ciertamente oscuro, en la medida en que «el funcionamiento integrado o unitario» de las organizaciones de trabajo de los distintos empresarios constituía un concepto jurídico indeterminado de difícil precisión práctica.

La LDE no acogió, sin embargo, tal modificación, pues, ya se ha dicho, el art. 127 LGSS permanece inalterado. Con todo, por vía indirecta, la nueva Ley sí parece atender de forma expresa a los supuestos de grupo de empresas en que se produce una confusión de patrimonios o bien una configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real con el fin de eludir responsabilidades sociales. En efecto, se adiciona un nuevo apartado (4.º) al art. 15 LGSS, en cuya virtud, en caso de que la responsabilidad por la

obligación de cotizar corresponda al empresario, la entidad gestora podrá dirigir el procedimiento recaudatorio «contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee, aunque formalmente no figure como empresario en los contratos de trabajo, en los registros públicos o en los archivos de las entidades gestoras y servicios comunes».

En definitiva, los cambios legislativos finalmente operados por la LDE sobre el régimen de responsabilidad de Seguridad Social no han satisfecho las necesidades de modificación del sistema para los supuestos de descentralización productiva. En este sentido, el objetivo último de protección del patrimonio de la Seguridad Social ha determinado, sin lugar a dudas, la naturaleza y alcance de la reforma legal.

En las páginas siguientes se analizan las dificultades técnicas e incoherencias que acompañan esta revisión parcial del sistema de responsabilidad de Seguridad Social en los procesos de descentralización productiva.

## 2. LOS SUJETOS OBLIGADOS Y RESPONSABLES EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS Y EN LA CESIÓN DE TRABAJADORES

Como se ha señalado, el artículo 12.1 de la LDE adicionó dos nuevos apartados al artículo 15 LGSS. El nuevo artículo 15.3 LGSS, viene a sistematizar los sujetos responsables de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social, ya lo sean en su condición de responsables directos, ya en forma de responsables solidarios o subsidiarios o sucesores *mortis causa*, en los diferentes supuestos de atribución de responsabilidad establecida por Ley, en las normas propias de la Seguridad Social o de otros sectores del ordenamiento, o por los pactos o convenios que no sean contrarios a aquélla<sup>3</sup>. Dicha previsión legal se completa con la modificación en el artículo 104.1 LGSS operada también por el artículo 12 apartado segundo de la LDE, de modo que ahora la legislación de Seguridad Social recoge específicamente la responsabilidad derivada de naturaleza solidaria, subsidiaria y la que se transmite *mortis causa*. Por último, en el mismo precepto, de forma escasamente sistemática, se introducen aspectos particulares de responsabilidad solidaria referidos a la transmisión de empresa y los socios partícipes de sociedades capitalistas disueltas y liquidadas.

No obstante, las innovaciones en el artículo 15 LGSS no se limitan al mero perfeccionamiento técnico del referido precepto, sino que en su apar-

<sup>3</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: «La Seguridad Social en el inicio del año 2004. (Comentario a las novedades en materia de Seguridad Social contenidas en las Leyes de Presupuestos y Acompañamiento para 2004, así como en la Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 251, 2004, pág. 68.

tado cuarto parece contemplarse una regla específica relativa a la responsabilidad en materia de cotización y pago de los demás recursos. Efectivamente, indica el artículo 15.4 LGSS que en los supuestos en los que el responsable de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social sea el empresario, la Entidad Gestora podrá dirigir el procedimiento recaudatorio contra quien «efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee, aunque formalmente no figure como empresario en los contratos de trabajo, en los registros públicos o en los archivos de las entidades gestoras y servicios comunes».

De la dicción literal del redactado del artículo 15.4 LGSS no cabe duda de que se está refiriendo a los supuestos en los que el empresario es responsable obligado al pago. De este modo, quien reciba la prestación es igualmente responsable del pago de las cotizaciones y demás recursos de la Seguridad Social en los términos que establece el nuevo artículo 30 LGSS.

Así pues, a la vista de lo antedicho y de los antecedentes de la reforma del artículo 15 LGSS, es lógico entender que, aún de manera indirecta, la Ley alude a determinados supuestos de integración en los grupos de empresa.

Como es sabido, a pesar de que los artículos 104 y 127 LGSS nada establecían acerca de la responsabilidad en los grupos de empresas, la doctrina judicial mayoritaria, en aplicación de la jurisprudencia sobre el levantamiento del velo, consideraba responsables solidarios a los grupos de empresa<sup>4</sup>. Para ello el orden contencioso administrativo ha venido exigiendo, con carácter general, la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones laborales; la prestación de trabajo en común, de forma sucesiva o simultánea, en diversas empresas del grupo; la confusión de patrimonios de las distintas sociedades o, en fin, la creación artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real que dan lugar a una elusión de las responsabilidades<sup>5</sup>.

El legislador en el proyecto de Ley sobre Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social trató de corregir la laguna legal incluyendo, de manera un tanto confusa, un supuesto específico de la responsabilidad soli-

<sup>4</sup> No obstante, se indica en la STSJ Asturias de 9 de mayo de 2003, JUR 2003/2247562, que teniendo en cuenta que las cotizaciones de la Seguridad Social son prestaciones patrimoniales de carácter público, «conforme a lo señalado en el artículo 31.3 de la Constitución, su establecimiento sólo puede venir determinado con arreglo a la ley y así debe ser en lo que se refiere a su establecimiento». Así, se llega a la conclusión de que fuera de los supuestos tasados por la ley para la responsabilidad solidaria no es posible atraer a otros sujetos para derivar hacia ellos las consecuencias inherentes a este tipo de responsabilidad. En definitiva, se indica que carece de fundamento la TGSS para dirigirse a otra empresa en el pago de las deudas contraídas por la sociedad que constaba como empleadora.

<sup>5</sup> Véanse, por todas, las SSTSJ País Vasco de 21 de marzo de 2003, JUR 142297/2003; Galicia de 21 de octubre de 2002, RJCA 507/2003.

daria para los grupos de empresas<sup>6</sup>. Efectivamente, en el proyecto de ley se pretendía la legalización de la doctrina judicial del levantamiento del velo sostenida por el orden contencioso administrativo<sup>7</sup>.

Si bien en el redactado definitivo de la LDE desapareció la referencia a la responsabilidad solidaria en los supuestos de grupos de empresas, la dicción literal del nuevo artículo 15.4 LGSS permite, dados los antecedentes de la tramitación de la norma, referirse a ellos. Sin embargo, la nueva fórmula adoptada en la LDE, no sólo no solucionó los problemas técnicos puestos de manifiesto en el proyecto de ley, sino que terminó por agravarlos. Efectivamente, a la vista de la literalidad del precepto, cabrá predicar la obligación directa del pago de las obligaciones de la Seguridad Social en los siguientes supuestos.

En primer lugar, en los supuestos en los que exista unidad empresarial del grupo de empresas. Esto es, en aquellos supuestos en los que bien

<sup>6</sup> En particular, se indicaba que se extendería la responsabilidad solidaria a los supuestos en los que concurriese alguna de las siguientes circunstancias (Proyecto de Ley de Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, BOCG, Serie A, núm 147-1, 9 de mayo de 2003) :«a) que el nexo o vinculación jurídica de aquéllas implique el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las distintas empresas b) que la prestación de trabajo sea indistinta o común, en forma simultánea o sucesiva, a favor de los distintos empresarios. c) que se busque, mediante configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real, la dispersión o elusión de responsabilidades sociales».

<sup>7</sup> Se advierte fácilmente la identidad entre la redacción, reseñada en la nota pie anterior, que pretendía darse al artículo 127 LGSS y la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en el orden contencioso administrativo. Sin embargo, como se habrá reparado, la propuesta contenida en el proyecto legislativo mercería ser matizada a la luz de la jurisprudencia de la Sala Cuarta. Así, no puede olvidarse que la prestación laboral en distintas empresas del grupo no dará lugar a la unidad empresarial si cada una de las empresas del grupo mantiene el marco de organización, decisión y gestión diferenciados en los que se desenvuelvan las relaciones laborales de cada una de aquellas con sus trabajadores (SSTS de 30 de abril de 1999, RJ 4660/1999; y 27 de noviembre de 2000, RJ 10407/2000.). Junto con ello, la actuación unitaria del grupo tiende a ser relativizado por la jurisprudencia cuando no concurren otros indicios como la confusión de plantilla o la integración patrimonial de la empresa, de lo contrario desembocaría en la aplicación de la responsabilidad empresarial solidaria en la mayoría de casos de grupos de empresas. En definitiva, el proyecto legislativo parecía obviar que la construcción de la teoría del levantamiento del velo se realiza a partir de la apreciación de los distintos indicios en su conjunto, o cuando menos, a partir de la particular intensidad de algunos de ellos. Al margen de las referidas precisiones, no cabe duda que la reproducción en la Ley de los criterios judiciales en el sentido apuntado hubiere dado lugar a ciertas dificultades técnicas, puesto que la referida redacción del precepto entorpecía la diferenciación de los supuestos fraudulentos de aquellos que no lo son a los efectos de la derivación de la responsabilidad solidaria al grupo de empresas. Asimismo, tal y como indicaba el informe del CES al anteproyecto de LDE, la conceptualización del grupo de empresas «resultaría más propia de una norma sustantiva —seguramente el Estatuto de los Trabajadores— que de una norma de Seguridad Social».

existan empresas meramente aparentes, de carácter meramente instrumental —infracapitalizadas para desarrollar su objeto social—, bien exista una integración de las distintas organizaciones en los que la actuación unitaria del grupo de empresas se acompañe inexcusablemente de la prestación laboral en las distintas empresas del grupo, ya sea de forma sucesiva o simultánea. En tales casos nos hallaremos ante un sujeto responsable carente de personalidad jurídica de los que se alude en el artículo 15.3 LGSS.

Asimismo, en segundo término, también serán responsables directos del pago de las cotizaciones y demás prestaciones de la Seguridad Social las distintas empresas del grupo para las que el trabajador preste temporalmente sus servicios, a pesar de que las distintas empresas mantengan de manera diferenciada sus organizaciones laborales. En este punto, es evidente la contradicción entre la responsabilidad directa en materia de Seguridad Social que deberán asumir las distintas empresas del grupo con la posición mantenida por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>8</sup>. Ciertamente, la movilidad dentro del grupo cuenta entre sus principales dificultades la ausencia de una construcción que permita identificar sus características esenciales que permita separarla de la figura de la cesión ilegal prohibida por el artículo 43 ET, sin que ello signifique poner en duda quién es el sujeto patronal, esto es, afirmar la unidad empresarial del grupo de empresas.

La jurisprudencia avala la circulación de los trabajadores dentro del grupo, asimilándola a la comisión de servicios en la Administración Pública, cuando existen razones organizativas o técnicas que revelen la inexistencia de un ánimo defraudatorio<sup>9</sup>, de manera que se mantengan separadas las organizaciones laborales de cada una de las empresas del grupo<sup>10</sup>. Con todo, en tales casos se aplican de manera analógica las garantías contempladas en

<sup>8</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: «Interposición y mediación en el contrato de trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 91/1971, págs. 62 a 66; GARCÍA MURCIA, J.: «Cesión de trabajadores» en VV.AA.: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (Dir. Borrajo Dacruz, E.), Edersa, Madrid, 1982, pág.302; MARTÍNEZ BARROSO, M.<sup>a</sup>R.: «Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 62/1993, págs. 933 y 934. En contra, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL entiende que toda cesión, cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, cumple el tipo legal, sin que sea preciso un especial ánimo defraudatorio, de tal suerte que la transferencia de trabajadores de una empresa a otra, aún dentro de un grupo, constituye un supuesto de cesión ilegal de mano de obra, en «La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades europeas: el caso español», *Documentación Laboral*, núm. 33/1991-1, págs. 43 y 47.

<sup>9</sup> SSTS de 26 de noviembre de 1990, RJ 8605/1990; y de 30 de junio de 1993, RJ 4939/1993.

<sup>10</sup> STS 27 de noviembre de 2000, RJ 10407/2000.

el artículo 43 ET<sup>11</sup>. Sin embargo, como ha quedado dicho, a la vista del artículo 15.4 LGSS deberá concluirse que cada una de las empresas en las que preste servicios el trabajador será responsable directo. Es lógico entender que lo será únicamente de las obligaciones nacidas durante el tiempo en que se presten servicios para otras empresas.

Por el contrario, no resultará de aplicación el artículo 15.4 LGSS a los grupos de empresas que presenten un alto grado de integración en los que se advierta una dirección unitaria del grupo acompañada de la confusión de patrimonios de las distintas sociedades del grupo. En tal caso, únicamente el recurso a la doctrina del levantamiento del velo permitirá la derivación de la responsabilidad solidaria a los distintos sujetos que integran el grupo de empresas.

No terminan aquí las dificultades exegéticas que suscita la fórmula escogida por el legislador en el artículo 15.4 LGSS. Como se habrá advertido ya, el supuesto de hecho en el que se produce la sustitución del obligado directo coincide asimismo con el instituto de la cesión de trabajadores. Es indiscutible que la cesión de trabajadores, tanto legal como ilegal, se define precisamente por la integración del trabajador en el ámbito organizativo del empresario cesionario. Tal y como indica en el artículo 15.4 LDE, en la cesión de trabajadores nos hallamos ante una relación tripolar en la que entre quien realiza la prestación y el que la recibe aparece otro sujeto empresarial que, en apariencia, tiene la condición de empleador. Así las cosas, no sorprenderá que se afirme la contradicción evidente entre el artículo 15.4 LDE cuando atribuye la condición de responsable del pago al empresario cesionario y el artículo 127.2 LGSS del que deriva la responsabilidad solidaria en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores. Más aún, en una interpretación literal del precepto se extendería la condición de sujeto obligado a la empresa usuaria en los supuestos de cesión de legal de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal.

No parece que la voluntad del legislador sea la de extender la condición de sujeto obligado a los supuestos de cesión legal de trabajadores. Además en razón de la previsión contemplada en la norma especial, artículo 16.3 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal y 17 RD 17/1995, es lógico pensar que continuará aplicándose la responsabilidad subsidiaria contemplada en los referidos artículos de la normativa sobre empresas de trabajo temporal.

Mayores dificultades se presentan para salvar la contradicción entre el artículo 15.4 y 127.2 LGSS. Inicialmente, cabría pensar en una interpretación integradora de ambos preceptos a partir de la diferenciación de los dis-

<sup>11</sup> Por todas, STSJ Comunidad Valenciana de 22 de septiembre de 1998, AS 3620/1998.

tintos supuestos que podrían concurrir: por un lado, los casos de cesión ilegal a través de empresas reales y, por otro, la simulación contractual o la cesión a través de empresas meramente interpuestas. De este modo, podría pensarse que la alusión a los supuestos en los que puede identificarse un empleador que recibe la prestación distinto de aquél que aparece como tal, se estaba refiriendo únicamente a los supuestos en los que existe una mera simulación empresarial. Así podría desprenderse del tenor literal de precepto cuando señala que «aunque formalmente no figure como empresario». De conformidad con tal interpretación, en los supuestos de mera simulación empresarial, el verdadero empleador sería sujeto obligado; por el contrario para el resto de supuestos de cesión ilegal entre empresas resultará de aplicación el artículo 127. 2 LGSS <sup>12</sup>.

No obstante, tal interpretación deviene inviable tras la reciente modificación legal del artículo 43 ET. Efectivamente, el RDL 5/2006, trasladando a la Ley la jurisprudencia sobre la materia, incluye como manifestación de cesión ilegal los supuestos en que «la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad». Así pues, resulta difícilmente superable la contradicción entre los artículos 15.4 y 127.2 LGSS.

Al margen de las referidas dificultades exegéticas, parece evidente que resulta del todo punto incoherente el sistema de responsabilidad contemplado en la LGSS, con el tratamiento diferenciado que se desprende para la circulación de trabajadores dentro de los grupos de empresas y la cesión ilegal de trabajadores. A todo ello aún debe añadirse que los sujetos referidos en el artículo 15.4 LGSS solamente responderán de la obligación de cotizar, a diferencia del proyecto de Ley en el que se aludía expresamente al pago de las prestaciones causadas. Así pues, en lo referido al pago de las prestaciones en los supuestos de grupos de empresa la derivación de la responsabilidad continuará exigiendo de la aplicación de la técnica del levantamiento del velo. En definitiva, como se habrá advertido ya, resulta ciertamente difícil determinar cuál es la lógica del artículo 15.4 LGSS dentro del sistema de responsabilidad en orden a la cotización y pago de las demás recursos de la Seguridad Social.

Finalmente, en otro orden de cosas, en relación la actividad probatoria, parece claro que la Administración deberá probar de manera fehaciente la existencia la concurrencia del aprovechamiento directo de la actividad la-

<sup>12</sup> No obstante, y a pesar de que teóricamente podía procederse a tal diferenciación, lo cierto es que la jurisprudencia mayoritaria venía tratando ambos supuestos —la cesión a través de empresa interpuesta y la mera apariencia empresarial— como manifestaciones de la cesión ilegal del artículo 43 ET.



boral del trabajador si quiere dirigirse otros sujetos distintos del que formalmente aparece como empresario.

### 3. LA NECESARIA REVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

Mucho se ha debatido acerca de la complejidad del sistema de responsabilidad derivada en materia de contratas y subcontratas<sup>13</sup>. A ello ha contribuido, sin lugar a dudas, la deficiente técnica legislativa, así como la más que aparente contradicción de fines e intereses presentes en la regulación estatutaria, por un lado, y, en materia de Seguridad Social.

Inicialmente es preciso realizar algunas consideraciones generales acerca del sistema de responsabilidad de Seguridad Social en materia de contratación y subcontratación. La primera de ellas, hace referencia al ámbito objetivo de aplicación de la responsabilidad en materia de contratas y subcontratas. La propia lógica de la responsabilidad solidaria prevista en la regulación legal permite respaldar la idea de que el elemento locativo constituye un requisito implícito. Y es que cuando el lugar de la contrata no se corresponde con el lugar o centro de trabajo de la empresa principal no parece posible identificar o individualizar a los trabajadores de la empresa contratista que van a beneficiarse de la responsabilidad legalmente prevista, aun en los supuestos en los que la empresa contratista preste sus servicios en exclusividad para la empresa principal, puesto que la referida relación de exclusividad no permitirá, con seguridad, al menos en todos los casos, determinar qué trabajadores de la empresa quedan cubiertos por la referida responsabilidad. Efectivamente, cuando se trabaja en los lugares de trabajo de la empresa contratista, y más aún cuando no se trabaja en exclusiva para la

<sup>13</sup> Sobre el particular, *vid.*, entre otros: CAMPS RUIZ, L.M.: «El nuevo Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de Seguridad Social y el régimen jurídico de las contratas y subcontratas de obras y servicios», *Tribuna Social*, núm. 71, 1996; GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 412 y ss. TOLOSA TRIVIÑO, C.: «La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas», *Relaciones Laborales*, 1998, núm. 13; PÉREZ CAPITÁN, L.: «La responsabilidad en materia de cotización a la Seguridad Social en las contratas y subcontratas», *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999; LÓPEZ GANDIA, J. y TATAY PUCHADES, C.: «Contratas, subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social» en AA.VV.: *Estudios en recuerdo de F. Blat Gimeno*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000; BLASCO LAHOZ, J.F.: *La cotización a los regímenes general y de trabajadores autónomos*, Comares, Granada, 2003, págs. 8 y ss; MATEOS BEATO, A. y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, R.: «Las contratas y subcontratas en la Seguridad Social», *Documentación Laboral*, núm. 68, 2003.

empresa principal sino que se prestan servicios simultáneamente a otra u otras empresas, resulta ardua la tarea de deslindar qué trabajadores y qué concretas funciones aparecen adscritos a una determinada contrata <sup>14</sup>.

Tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina en numerosas ocasiones, se trata de una normativa que se aleja de la realidad de los procesos de colaboración interempresarial. En la externalización de las fases enteras del proceso productivo de las empresas industriales, las actividades de descentralización suelen realizarse fuera de los centros de trabajo de la empresa principal <sup>15</sup>. Tendencia que se acentúa con la aplicación intensiva de las tecnologías de la información y comunicación. De este modo, es más que razonable dudar de la aplicación del régimen jurídico de responsabilidad de las contratas y subcontratas, concebido, como se ha indicado, para los casos en que concurre el elemento locativo <sup>16</sup>. En este sentido, ya quedó dicho más arriba que el proyecto LDE extendía la responsabilidad subsidiaria respecto de las deudas de Seguridad Social a los empresarios «que, dentro de un mismo proceso de producción o de comercialización, celebren contratos o intervengan en operaciones de maquila u otras en las que se encubra un contrato de ejecución de obra o de prestación de servicios a cambio de una contraprestación de dinero por unidad o de un porcentaje en especie del producto final».

Al margen de las dificultades técnicas que implicaba la utilización de conceptos desconocidos por la legislación laboral como el de «maquila», merece destacarse la voluntad de extender la responsabilidad para la empresa comitente también en los supuestos en los que la contrata y subcontrata se ejecutara lejos del centro de trabajo de la empresa contratista <sup>17</sup>. Así, el proyecto de LDE procedía a derivar la responsabilidad por todas las deudas que se generasen durante la ejecución de la contrata con independencia de la exclusividad o no en la realización de la contrata. No obstante, tal y como se ha venido indicando, hubiere requerido de mayores precisiones técnicas a los efectos de articular la deuda.

<sup>14</sup> En este sentido, por ejemplo, en las SSTSJ Cataluña de 4 de julio de 1996, AS 2905/1996; y 10 de diciembre de 1998, AS 4690/1998, otorgan una relevancia decisiva al hecho de que entre los trabajadores de la empresa contratista y la empresa principal se origine un cierto control sobre la ejecución de la contrata; control que no tiene lugar cuando se realiza fuera del ámbito locativo de la empresa principal por más que desarrollen su actividad en espacios geográficos próximos.

<sup>15</sup> Vid. ICHINO, P.: «Le nuove forme del decentramento produttivo», *Rivista italiana di Diritto del Lavoro*, 1999, III, págs. 150 y ss.

<sup>16</sup> SERRANO OLIVARES, R.: «El elemento locativo ...», cit., pág. 100.

<sup>17</sup> En este sentido, Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de Ley de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social.



Por otra parte, merece destacarse que en el proyecto de Ley se optaba por un único sistema de responsabilidad de naturaleza subsidiaria; superando la distinción trazada por el legislador laboral entre contrataciones de propia actividad y las que no lo son. Se evidenciaba, una vez más, la diferenciación de distintos regímenes de responsabilidad en razón de la naturaleza de la actividad descentralizada. En otras palabras, el régimen jurídico de la responsabilidad derivada se articulaba en torno a la eventual alternativa de deslocalizar o no la actividad del proceso productivo que se descentraliza recurriendo a la contrata. Así, la segmentación del colectivo de los trabajadores a través de las contrataciones que se integran en el lugar del empresario comitente hubieren mantenido un régimen de tutela claramente diferenciado de aquellos otros supuestos en los que la fragmentación del proceso productivo, en razón de la actividad descentralizada, se realiza a partir de la deslocalización de la actividad.

En nuestra opinión es claro que, tanto desde la lógica jurídica en la derivación de responsabilidades como desde la tutela adecuada de los supuestos de colaboración interempresarial, el reto consistirá en reunir bajo un régimen jurídico común a todos aquellos que tienen intereses comunes por que participan en el mismo proceso productivo. Es precisamente en este sentido que parece avanzar el legislador cuando en los artículos 42.7 y 81 ET vienen, en cierto modo, a contemplar la «unidad social» de todos los trabajadores que participan en el mismo proceso productivo compartiendo de manera continuada centro de trabajo. Creemos que la referida opción del legislador por reintegrar la unidad perdida, por así llamarla, a consecuencia del proceso de descentralización productiva, debería inspirar la revisión del régimen de responsabilidades en materia de contratación y subcontratación.

En otro orden de cosas, es claro que tampoco se aprovechó la ocasión para solventar las dificultades técnicas derivadas de la conjunción de los artículos 42 ET, 127.2 LGSS, 97 LSS y 10 RGR<sup>18</sup>. En este sentido, hubiere sido deseable, a fin de ofrecer mayor seguridad jurídica, legalizar los criterios jurisprudenciales que, en ocasiones, de manera contradictoria ofrecen respuesta a tales cuestiones. Y entre ellas, sin lugar a dudas, debería ofrecerse una respuesta a las cuestiones relativas a la aplicación de la configuración temporal de la responsabilidad solidaria, o la extensión de la responsabilidad subsidiaria, o, en fin, los efectos exoneratorios de la certificación de descubiertos

<sup>18</sup> Por todos, MATEOS BEATO, A. y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, R.: «Las contrataciones y subcontratas en la Seguridad Social», *Documentación Laboral*, núm. 68, 2003; SERRANO TRIANA, A.: «La responsabilidad subsidiaria por deudas sociales, en particular el artículo 127 de la Ley General de la Seguridad Social», *Actualidad Laboral*, 1998, núm. 39.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

Teniendo en cuenta que la LPD no alteró, al menos de forma directa, el art. 127 LGSS, conviene establecer hasta qué punto tal precepto, y el entendimiento que del mismo venían haciendo los Tribunales, se ve afectado por las modificaciones normativas indirectas que se han operado en el supuesto de hecho de que se trata.

Hasta la entrada en vigor de las modificaciones operadas por la LDE, el régimen jurídico aplicable en materia de responsabilidad en orden al pago de prestaciones en el marco de una transmisión de empresa puede resumirse en los siguientes puntos <sup>19</sup>:

- 1.º) la doctrina judicial mayoritaria aplica la regulación dispuesta en el art. 127.2 LGSS y art. 10.1 RD 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema, con preferencia sobre la prevista en el art. 44 ET, en base al carácter de «ley especial» de aquella.
- 2.º) a diferencia de lo que sucede en el art. 44 ET, en el art. 127.2 LGSS se indica claramente que la titularidad de la obligación no pasa del cedente al cesionario, sino que se trata únicamente de un supuesto de extensión de responsabilidades sociales, permaneciendo la deuda en la persona del anterior empresario, de suerte que, en su caso, el empresario cesionario podrá reclamar al empresario cedente el importe de las deudas ajenas.
- 3.º) el alcance de la responsabilidad prevista en el art. 127. 2 LGSS es sensiblemente más amplio que el de la contemplada en el art. 44 ET, por cuanto que aquella no tiene límite temporal —a diferencia del plazo de 3 años que prevé el art. 44 ET—, alcanzando a cualquier prestación causada antes de la transmisión de empresa, esto es, no sólo al pago de prestaciones nacidas y exigibles antes de la transmisión sino también a las nacidas con anterioridad a la transmisión y exigibles con posterioridad a la misma, e, incluso, a las nacidas con posterioridad siempre que se basen en incumplimientos anteriores a la transmisión. En cambio, si aplicáramos el art. 44 ET, empresario cedente y cesionario resultarían responsables solidarios únicamente por un plazo de tres años respecto del pago de prestaciones nacidas y exigibles antes de la transmisión.

<sup>19</sup> En este sentido, GALA DURÁN, C.: *La Responsabilidad Empresarial por Incumplimiento de las Obligaciones de Afiliación, Alta y/o Cotización a la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 512 y ss.

- 4.º) Según lo expuesto, la regulación dispuesta en el art. 127.2 LGSS tiene la finalidad de garantizar y facilitar el cobro tanto por parte de la TGSS como del propio trabajador afectado, de las prestaciones respecto de las cuales se haya declarado responsable directo al empresario.
- 5.º) Pese a todo, el art. 127.2 LGSS prevé la posible exoneración de responsabilidad por parte del empresario cesionario en los casos de que se trata señalando que «reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes». Aunque tal precepto no se ha desarrollado todavía reglamentariamente, tal vacío se ha cubierto mediante la Circular de la TGSS núm. 2002, de 18 de enero de 1989, en cuya virtud la expedición de dicho certificado se regula de forma analógica por lo dispuesto en el art. 26 —actualizado— de la Orden de 28 de diciembre de 1966, sobre normas de aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General en materia de responsabilidad en orden al pago de cotizaciones.

De ello resulta que el empresario cesionario puede solicitar a la TGSS la expedición de un certificado que acredite la situación de la empresa en cuanto a sus obligaciones de cotización; expedición que deberá efectuarse en el plazo de un mes. Sin entrar a analizar los problemas aplicativos que se derivan de la falta de determinación del preciso momento en que ha de solicitarse tal certificado así como de los efectos derivados de la falta de expedición del certificado en el plazo de un mes, interesa señalar que si el empresario cesionario solicita tal certificado y no existen descubiertos de cotizaciones, no asumirá responsabilidad alguna en cuanto al pago de prestaciones. Además, si una vez expedido el certificado se conociesen descubiertos por la existencia de trabajadores no dados de alta, el empresario cesionario no asumirá responsabilidad alguna respecto de tales descubiertos, a menos que se hubiese subrogado en la posición de deudor del cedente por aplicación del art. 44 ET, al no existir un pacto excluyente de la asunción de deudas por parte del cesionario.

Si, por el contrario, el empresario cesionario no solicita tal certificado, no podrá eximirse de responsabilidad en orden al pago de prestaciones por incumplimiento de la obligación de cotizar del cedente.

Aunque la doctrina mayoritaria ha negado virtualidad jurídica al art. 26 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, en la medida en que no constituye una norma reglamentaria, es lo cierto que cabe aplicar el régimen jurídico que se acaba de exponer en base al instituto de la analogía, pues existe identidad de razón entre la responsabilidad empresarial en materia de cotización y la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones

que, precisamente, tiene su origen en el incumplimiento de la obligación de cotizar<sup>20</sup>.

Lo decisivo es resaltar que, como en los supuestos de contrata y subcontrata de obras y servicios, la finalidad última del régimen de responsabilidad en materia de Seguridad social parece ser la de proteger los intereses de la Seguridad Social frente a la falta de cotización por parte del empresario obligado, pues si se hubiera pretendido proteger los intereses de los concretos trabajadores afectados por la contrata o por la sucesión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, no cabría la exoneración de responsabilidad del empresario principal o cesionario con la mera expedición de certificación negativa de descubiertos, ya que tal certificación no refleja ni los supuestos de falta de alta de trabajadores de la plantilla ni los de infracotización<sup>21</sup>.

La principal novedad que introdujo la LDE en este ámbito consiste en la expresa consideración de que existe sucesión de empresa, aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior.

Como se avanzó, el Proyecto de Ley modificaba el art. 127.2 LGSS en orden a precisar cuándo se consideraba existente una sucesión de empresa, acudiendo a tales efectos a la definición contemplada en el art. 44 ET. De esta forma, se reforzaba la plena incorporación del concepto «laboral» de transmisión de empresa al ámbito de la responsabilidad en el pago de prestaciones en los casos de sucesión de empresa, poniendo el acento, a su vez, en la necesidad de acoger la noción «actualizada» de transmisión de empresa resultante de la reforma del art. 44 ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio. Como concreción de tal definición, se entendía expresamente que existía transmisión de empresa en los casos de constitución de una sociedad laboral por todos o parte de los trabajadores del empresario que continuasen en todo o en parte la actividad económica.

Con la redacción resultante de la LDE, permanece incólume el art. 127 LGSS, retocándose, no obstante, su alcance de forma indirecta mediante la modificación del art. 104.1 LGSS, relativo a los sujetos obligados a cumplir la obligación de cotización, cuando lo lógico hubiera sido efectuar el retoque directamente en el texto del citado art. 127. Ciertamente, el nuevo

<sup>20</sup> GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad empresarial...*, cit., pág. 531.

<sup>21</sup> Aunque en relación con los supuestos de contrata y subcontrata de obras y servicios, véase la crítica a esta forma de exoneración de responsabilidad en LUQUE PARRA, M.: «La responsabilidad empresarial en materia de seguridad social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios», en VV.AA.: *Descentralización productiva...*, cit., págs. 290 y ss.

art. 104.1 LGSS indica que la responsabilidad solidaria por sucesión «en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 127 se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión. Se entenderá que existe dicha sucesión aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior».

Ante ello, conviene acudir, en primer lugar, a la jurisprudencia del TJCE, y, en particular, a la doctrina sentada en el caso *Süzen*<sup>22</sup>, donde el TJCE ha precisado que la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre transmisión de empresa, no se aplica a una situación de sucesión de contratistas si la operación no va acompañada de una cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata.

Consiguientemente, de conformidad con tal tesis, la mera circunstancia de que se prosiga idéntica o similar actividad no es suficiente para la aplicación de la Directiva, si bien debe atenderse al tipo de empresa o de centro de actividad.

Así, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos del activo material o inmaterial, la existencia o inexistencia de transmisión no puede depender, por definición, de la cesión de tales elementos. En tales casos, pues, entre otras circunstancias de hecho, debe tomarse en consideración el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores en aquellos sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, ya que un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica.

Por tanto, la corrección de la previsión introducida en el art. 104 LGSS, y que se pretendió incluir en el art. 127 LGSS por el Proyecto de Ley, dependerá del tipo de actividad de que se trate, pues la mera continuación de la actividad por todos o parte de los trabajadores del empresario mediante una sociedad laboral deberá considerarse o no transmisión de empresa en función de tal parámetro. En suma, dependerá de si se trata de una empresa de tipo industrial o de servicios, pues en el primer caso será preciso que se transmitan también los principales elementos estructurales de la empresa.

Ahora bien, repárese en que el Proyecto de Ley entendía que existía transmisión de empresa en los casos de constitución de una sociedad laboral por todos o parte de los trabajadores del empresario que continuasen en

<sup>22</sup> STJCE de 11 de marzo de 1997.

todo o en parte la actividad económica, en tanto que la LDE considera existente la transmisión de empresa aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior. Ello significa que con la nueva redacción operada sobre la normativa de Seguridad Social se amplía aún más el concepto de transmisión a efectos de la responsabilidad en el cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de prestaciones, pues incluso si la continuidad del negocio no es asumida por los antiguos trabajadores del empresario sino por trabajadores distintos constituidos en sociedad laboral, se entenderá igualmente existente la sucesión de empresa. En nuestra opinión, ello sólo sería posible si se transmitieran los principales elementos organizativos de la anterior empresa, pues, descartada la transmisión de parte del personal del anterior empresario en cuanto elemento organizativo básico, habría que estar a otros elementos de tipo estructural tales como maquinaria, instalaciones, cartera de clientes, u otros. En suma, pues, la nueva Ley no acoge plenamente la noción de transmisión elaborada por la jurisprudencia comunitaria en aplicación de la Directiva 77/187/CEE, ya derogada por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001.

Con todo, lo expuesto hasta el momento debe matizarse en atención al hecho de que, en tales casos, suele suceder que la nueva empresa —SAL— nace en el marco de un previo proceso de suspensión o de quiebra y liquidación de la anterior, y, por tanto, una vez despedidos todos o gran parte de los trabajadores al servicio de ésta. La particular situación en que se produce la constitución de una SAL por los trabajadores afectados por un ERE ante supuestos de insolvencia o de cierre y liquidación de la empresa ha determinado la aparición en los últimos años de una línea jurisprudencial tendente a fomentar la continuidad de la actividad empresarial, evitando la imposición a la SAL de trabas excesivas que pudieran volverse contra la finalidad de la Directiva y del propio art. 44 ET, que es la de protección de los trabajadores.

Ciertamente, «habida cuenta que el instituto de la sucesión recogido en el art. 44 ET tiene como finalidad primordial la de mantener los puestos de trabajo que hubiera en la entidad transmitida, aplicar a un supuesto como el presente dicho precepto supondría retorcer su interpretación para conseguir lo contrario de lo que con él pretendió el legislador, puesto que la empresa quebrada prescindió de todos sus trabajadores y serían éstos precisamente, constituidos en Sociedad Anónima Laboral, los que, sufrirían las consecuencias que pudieran derivarse de la aceptación de la sucesión»<sup>23</sup>. En esta lí-

<sup>23</sup> STS de 25 de febrero de 2002, RJ 2002/6235.

nea, se señala también que «la actuación de los trabajadores que, recurriendo a formas asociativas y través de la utilización de relaciones comerciales y de determinados elementos patrimoniales de la anterior empresa, que han obtenido de forma indirecta en el proceso de liquidación de ésta, tratan de lograr un empleo mediante el lanzamiento de un nuevo proyecto empresarial no es sólo una acción lícita, sino que merece la protección del ordenamiento laboral, y en estos casos —en los que se trata más de una «reconstrucción» que de una «transmisión» de la empresa— no se está en el supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma con una finalidad de conservación del empleo y no puede convertirse en una fórmula rígida que impide la aplicación de soluciones para la creación de nuevos empleos que sustituyan los perdidos como consecuencia de la crisis de la anterior empresa, como por lo demás permite el artículo 4 bis de la Directiva CE 77/187, en la redacción dada por la Directiva CE 98/50»<sup>24</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que, aun tomando esta tesis como punto de partida, es dable advertir una doble vía argumental en cuanto a los fundamentos jurídicos empleados para la decisión del caso concreto. Así, en los supuestos en que no son los trabajadores los que reclaman los beneficios de la transmisión —responsabilidad solidaria en el pago de deudas— sino el FOGASA, según constante doctrina del Tribunal Supremo<sup>25</sup>, se viene considerando que el art. 44 ET exige que se transmita como tal una empresa o una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo y este supuesto no se produce cuando ya no existe una organización empresarial que reúna esas condiciones y cuando los contratos de trabajo se han extinguido. Y es que la garantía de continuidad de los contratos de trabajo establecida en el art. 44 ET presupone: a) que, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor, y no se hayan extinguido válidamente; b) que cuando el cambio de titularidad de una sociedad anónima a una sociedad anónima laboral es transparente y no contiene elementos de fraude de ley, tal actuación no sólo es en principio lícita, sino que merece la protección del ordenamiento jurídico laboral, de acuerdo con disposiciones de Derecho interno y de Derecho comunitario para garantizar la supervivencia de las empresas insolventes; y 3) que la subrogación empresarial es una medida de defensa y garantía del empleo, que debe interpretarse de acuerdo con esa finalidad.

En efecto, la finalidad del art. 44 ET, que es la defensa de la continuidad de la relación de trabajo, no resulta compatible con la tesis del FOGASA,

<sup>24</sup> STS de 11 de julio de 2001, RJ 9274, con cita de la STS de 15 de abril de 1999, RJ 4408.

<sup>25</sup> SSTS de 15 de abril de 1999, RJ 1999/ 4408; de 11 de abril de 2001, RJ 2001/5113; y de 25 de junio de 2001, RJ 2001/6333.

que tiene en cuenta únicamente un interés legítimo pero parcial dentro del conjunto de intereses a considerar en situaciones de dificultad empresarial. La defensa prioritaria de dicho interés parcial que pretende el FOGASA pondría en peligro un proyecto empresarial nuevo de los trabajadores de la empresa en crisis, trabajadores que, por otra parte, ya están desvinculados de la sociedad titular anterior mediante el preceptivo expediente de regulación de empleo<sup>26</sup>.

En cambio, cuando la reclamación de la responsabilidad solidaria de la SAL proviene no sólo del FOGASA sino también de alguno de los trabajadores afectados por el ERE, se constata la existencia de lo que, a falta de confirmación en sentencias posteriores, parece un giro jurisprudencial. Así, en tanto la STS de 11 de julio de 2001<sup>27</sup> y anteriores, aplican como *ratio decidendi* la tesis ya anunciada de la inaplicabilidad del art. 44 ET en supuestos en que se ha producido previamente la válida extinción de contratos en el marco de un ERE, máxime cuando la Directiva 2001/23/CE permite excepcionar en tales casos la aplicación del régimen jurídico de la sucesión de empresa, la más reciente STS de 25 de febrero de 2002<sup>28</sup>, excluye tal tesis señalando que no es posible afirmar que a partir de la quiebra de una empresa ya no sea posible hablar de sucesión, pues el art. 51.11 ET exige aceptar tal posibilidad.

Pese a ello, el Alto Tribunal entendió que no podía sostenerse que la nueva entidad —SAL— sustituyera en su identidad a la empresa anterior, «puesto que la empresa a la que venía a sustituir se hallaba declarada en quiebra, había cesado en su actividad productiva cuando las nuevas empresas hoy recurrentes nacieron, y los bienes que la nueva entidad utilizó no constituyen elementos productivos que puedan considerarse suficientes como para afirmar que aquella continuidad se dio. Aquella empresa a la que vinieron a sustituir había dejado de existir como tal empresa cuando las nuevas comenzaron a funcionar y, por lo tanto no permanecía como tal entidad en el momento en que éstas iniciaron su actividad, sino como una «masa» integrada por un pasivo que superaba el activo (eso es la quiebra) y, por lo tanto, sin capital social ni organización que es lo que en términos mercantiles identifican a una empresa». Argumentos que resultan extensibles a buena parte de los supuestos de constitución de una SAL por todos o parte de los trabajadores afectados por la quiebra de una empresa. No puede extrañar, por tanto, que en el caso concreto que se enjuiciaba, el Alto Tribunal concluyese que la SAL no podía considerarse «sucesora» de la anterior empresa a los efectos previstos en el art. 44.1 ET.

<sup>26</sup> STS de 11 de abril de 2001, RJ 2001/5133.

<sup>27</sup> RJ 2001/9274.

<sup>28</sup> RJ 2002/6235.

En cualquier caso, resulta obvio el cambio de perspectiva en el enjuiciamiento de estos supuestos que parece apuntar la STS de 25 de febrero de 2002, y que nos lleva a plantearnos cuál es la tesis jurídica adecuada a la luz de la regulación de los procesos concursales derivada de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

A este respecto, conviene empezar indicando que la referida Sentencia de 25 de febrero de 2002 incluía un voto particular discrepante con la argumentación jurídica que fundamentaba el fallo. En síntesis, la posición disidente alegaba que la garantía del art. 44 ET no puede operar si, previamente al cambio de titularidad, ha existido una válida extinción del contrato en base a una causa prevista en la Ley, es decir, cuando ha habido resolución administrativa firme que ha declarado la extinción de los contratos en expediente de regulación de empleo, a lo que se añade que el art. 5.1 de la Directiva 2001/23/CE señala que, «salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3 y 4 no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes, de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento en quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente)», de modo que si la voluntad del legislador en el precepto objeto de interpretación hubiese sido la de establecer la responsabilidad del cesionario por las obligaciones causadas con anterioridad a la extinción de la relación laboral y sucesión empresarial, o lo que es igual, establecer una regulación interna más favorable que la establecida en la Directiva, habría de ser expresado en la forma clara y evidente, sin utilizar dicciones que sólo forzando su tenor literal puedan llegar a ello.

Ésta es la perspectiva que debe adoptarse en la solución jurídica del supuesto que nos ocupa, esto es, atender a la regulación que el legislador español ha establecido en punto a la continuidad de la empresa cuando ésta se ve inmersa en un procedimiento concursal.

A tales efectos, resulta obligado acudir a lo dispuesto en los arts. 100 y 148 y 149 de la Ley Concursal, en función de si la transmisión de una parte o de la totalidad de la empresa se sitúa en la fase de convenio o de liquidación, teniendo en cuenta que durante la fase común del concurso se prima la continuidad de la empresa en las manos del deudor.

En la fase de convenio, la enajenación de determinadas unidades productivas se contempla como una medida más sin otorgarle carácter prioritario<sup>29</sup>, ya que, como se avanzó, en esta fase, la lógica parece ser la de conti-

<sup>29</sup> Así, en la fase de convenio, el art. 100.2 de la Ley indica que «también podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes

nidad de la empresa en manos del deudor. Además, y siguiendo con esta lógica, parece darse prioridad a la transmisión *parcial* de la empresa. Junto a ello, la Ley impone que, en su caso, las proposiciones de enajenación incluyan la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o de las unidades productivas a las que afecte, de modo que el adquirente no puede «cerrar» la empresa a continuación de su adquisición. En suma, pues, en la fase de convenio, y pese a que la finalidad básica de la Ley concursal no es la de conservación de la empresa, se prima la continuidad de la actividad empresarial en manos del deudor o, en su defecto, mediante un convenio de cesión que impone al cesionario tal continuidad. Sin embargo, repárese en que no se impone expresamente al cesionario la continuidad de los puestos de trabajo.

Con todo, la ley deja sin resolver diversos aspectos que, a nuestros efectos, resultan fundamentales. En efecto, no se indica ni cuál es el régimen jurídico aplicable en punto a las deudas anteriores del empresario transmisor, ni si los trabajadores afectados por la cesión van a mantener las mismas condiciones laborales de las que disfrutaban, ni qué régimen jurídico resultará de aplicación si se pretende modificar, suspender o extinguir esas relaciones laborales en el marco de un convenio en el que se acuerda la transmisión parcial o total de la empresa.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, entendemos que, habida cuenta de que deberá alcanzarse un acuerdo sobre las deudas pendientes, es lo cierto que nada impedirá que se pacte que el adquirente no asuma las deudas anteriores ni que se considere responsable solidario, pues la Ley Concursal es *lex specialis* en este caso y no limita la libertad de las partes del convenio en este punto<sup>30</sup>.

Tampoco la Ley Concursal excluye la posibilidad de que, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, previa la transmisión o con ocasión de la transmisión, se proceda a una modificación, suspensión o despido colectivos siguiendo a tal efecto las reglas previstas en el art. 64 del mismo cuerpo legal, en cuya virtud es el juez de lo

---

y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores». Véase sobre el particular, DEL REY GUANTER, S., LUQUE PARRA, M.: «La transmisión de empresas en situaciones concursales», *Relaciones Laborales*, núm. 23-24/2003, págs. 145 y ss.

<sup>30</sup> En este sentido, DEL REY GUANTER, S.-LUQUE PARRA, M.: «La transmisión...», cit., pág. 153.

mercantil el que, a falta de acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, podrá decidir discrecionalmente sobre la oportunidad de tales medidas. Téngase en cuenta a este respecto que, como se avanzó, la Ley Concursal no impone al cesionario la continuidad de los puestos de trabajo, planteándose la duda de si es válida una extinción colectiva de contratos de trabajo con ocasión de la transmisión cuando, posteriormente, el empresario cesionario contrata a nuevos trabajadores para continuar la actividad.

Por otra parte, y pese a que la Ley Concursal no prevé expresamente tal posibilidad, nada impide que el cesionario y los representantes de los trabajadores suscriban acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo, amparándose a tal fin en lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 44 ET.

En la fase de liquidación, en cambio, se prevén dos regímenes jurídicos diferenciados. Así, por una lado, el art. 148.1 de la Ley Concursal, de conformidad con el cual dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación a la administración concursal, ésta presentará al juez «un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos»<sup>31</sup>.

En este caso, a diferencia de la fase de convenio, se alude a la enajenación unitaria o total de la empresa y al adquirente ya no se le exige ni siquiera la continuidad de la actividad empresarial, esto es, no impone la Ley que se prioricen las ofertas que pretendan dicha continuidad. Además, a diferencia también del supuesto anteriormente analizado, se expresa claramente que es posible la extinción, suspensión y modificación colectiva de contratos siguiendo a tales efectos lo dispuesto en el art. 64, que, como se avanzó, otorga al juez mercantil la última palabra en cuanto a la decisión extintiva, suspensiva o modificativa.

Con todo, la Ley Concursal prevé un régimen supletorio —propuesta supletoria— para los casos en que fracase la propuesta principal, esto es, no llegue a aprobarse un plan de liquidación o, de aprobarse, para todo aquello que no hubiere previsto el aprobado. Dichas reglas supletorias, que regirán las operaciones de liquidación, se recogen en el art. 149 Ley Concursal<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Asimismo el art. 148.4 señala que «4. En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 de esta Ley».

<sup>32</sup> De conformidad con el referido precepto, deben destacarse las siguientes medidas: «1.ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades producti-

Del citado precepto se infiere que, en cuanto derecho supletorio, se prioriza tanto la transmisión total de la empresa como las ofertas de compra que garanticen la continuidad de la empresa o de las unidades productivas autónomas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En este caso, sí se alude expresamente a que el compromiso de continuidad del adquirente alcanza al mantenimiento de los puestos de trabajo. Con todo, aunque este tipo de ofertas tendrán carácter preferente, no queda totalmente excluida la posibilidad de aceptar ofertas de compra en sentido contrario.

En esta fase el legislador concursal sí se refiere expresamente a la posible existencia de una sucesión de empresa cuando la liquidación de la misma suponga la enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas, indicando que, en tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA. De la misma manera, la ley prevé que, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

---

vas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos. La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta y si ésta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa.

2.<sup>a</sup> En el caso de que las operaciones de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación en las condiciones de trabajo, se estará a lo dispuesto en el artículo 64 de esta Ley.

3.<sup>a</sup> (...) En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En todo caso serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores.

2. Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.<sup>a</sup> del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo».

Sea como fuere, lo decisivo es que el régimen de la transmisión de empresa no presenta el mismo alcance en uno u otro supuesto de solución del concurso y que, como regla general, no se aplica el régimen jurídico del art. 44 ET, al menos en toda su extensión, cuando nos situamos ante supuestos de insolvencia, entendida ésta como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones.

De ahí, pues, que pueda sostenerse que el legislador español se ha acogido a las excepciones previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE en los supuestos de convenio y liquidación, respectivamente. Pese a todo, hay que reconocer que, a efectos prácticos, la nueva regulación puede interpretarse en clave más protectora que la hasta fechas recientes vigente. Ciertamente, las decisiones sobre extinción, suspensión, modificación y transmisión de la empresa se van a adoptar de forma integral en el marco de un único procedimiento dentro del que se va a priorizar la continuidad de la actividad empresarial respecto de aquellas empresas que se consideren total o parcialmente viables, pese a que el régimen jurídico del art. 44 ET podrá verse fuertemente modalizado por la posibilidad de extinguir, suspender y/o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores, y limitar o excluir la responsabilidad solidaria del adquirente por las deudas del anterior.

En cambio, la regulación anterior no priorizaba la continuidad de la actividad empresarial en los casos de declaración de quiebra, de modo que si los síndicos acordaban la no continuidad, era posible acudir a un ERE, y, únicamente en caso de venta judicial de una entidad económica, se aplicaba el régimen jurídico del art. 44 ET con la salvedad de que el nuevo adquirente podía proceder a un ERE si decidía no continuar o suspender la actividad del anterior. Cierto es que, de producirse la continuidad de la actividad empresarial, en principio, no cabía acudir sin más —por el mero hecho de la transmisión— a medidas modificativas, extintivas o suspensivas, mas no es menos cierto que tal régimen —más rígido— producía un contraefecto negativo como es la penalización de la continuidad de la empresa. Tratándose de supuestos menos graves —suspensión de pagos—, la normativa anterior no contemplaba una regulación específica, debiendo acudirse, en su caso, a lo dispuesto con carácter general en el art. 51 ET si es que la solución a la situación empresarial pasaba por la extinción de contratos. De este modo, en ambos casos, si tras la aprobación del ERE, algunos o todos los trabajadores afectados por el mismo decidían constituir una SAL y proseguir la totalidad o parte de la actividad empresarial, se aplicaba igualmente sin matices lo dispuesto en el art. 44 ET. Ante ello, como se ha visto, la jurisprudencia reaccionó efectuando una interpretación finalista de tal precepto legal.

Retomando en este punto la cuestión principal que nos ocupa, esto es, determinar la corrección de la previsión introducida en el art. 104 LGSS, en

cuya virtud se entenderá que existe sucesión de empresa aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior, cabe empezar señalando que resulta obvio que tal modificación normativa responde a la voluntad del legislador de zanjar la línea jurisprudencial favorable a la inaplicabilidad o aplicabilidad excepcional del régimen del art. 44 ET a tales supuestos, en base a una interpretación finalista de la garantía prevista en tal precepto legal. Al margen de que ello nos pueda parecer reprochable desde una perspectiva social, no puede negarse que la ley tiene, en principio, competencia para corregir tal criterio jurisprudencial. Sin embargo, más dudosa resulta la posibilidad de que esa ley obvie la nueva regulación que se deriva de otra ley —la Ley Concursal—, que resulta ser ley especial por lo que se refiere al instituto de la transmisión de empresa en los supuestos de insolvencia empresarial.

Y es que, constante doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha venido considerando que el concepto *laboral* de transmisión de empresa es el que resulta aplicable al ámbito de la Seguridad Social<sup>33</sup>, sin que quepa manejar un concepto autónomo desligado del art. 44 ET y de la Directiva 2001/23/CE, y ahora también de la Ley Concursal. Del mismo modo, el art. 10.1 RD 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema, confirma la traslación del concepto «laboral» de transmisión de empresa al ámbito que nos ocupa<sup>34</sup>. Consiguientemente, el LGSS no puede considerar existente una sucesión de empresa, de forma automática y sin matizaciones, en un supuesto en que «laboralmente» sería dudosa su calificación como tal, no sólo porque siempre será preciso acreditar que se ha transmitido una «entidad económica», sino también porque la aplicación del régimen jurídico del art. 44 ET dependerá en cada caso de la solución concreta que se dé al procedimiento concursal.

Todo ello evidencia que, en definitiva, el régimen especial de responsabilidad a efectos de Seguridad Social previsto en los arts. 104 y 127 LGSS no pretende tanto la protección de los intereses de los trabajadores como la

<sup>33</sup> Por todas, STS de 28 de octubre de 1997, RJ 1997/7085: «fijada dicha sucesión por la jurisdicción laboral, no puede ser desconocida en este orden contencioso-administrativo, y una vez establecido, por tanto, el vínculo entre ambas empresas, tal decisión fijada por el orden jurisdiccional laboral que le es propio, incide necesariamente en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo».

<sup>34</sup> En efecto, el referido precepto reglamentario nos indica que «tal responsabilidad no es exigible a los adquirentes de elementos aislados de la explotación, industria o negocio respectivo, salvo que las adquisiciones aisladas, realizadas por una o varias personas, permitan la continuación de la explotación, industria o negocio».



protección del patrimonio de la Seguridad Social. Finalidad que se ha llevado demasiado lejos por la LDE al no tomar en consideración la particular situación de las SAL y la necesidad de no gravar en exceso las iniciativas tendentes al mantenimiento de la empresa, máxime cuando son los propios trabajadores afectados por la crisis empresarial los que apuestan por su continuidad.





# LA CONTROVERTIDA REFORMA DE LA DIRECTIVA SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

CARMEN FERRADANS CARAMÉS

*Profesora Ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad de Cádiz*

## EXTRACTO

La modificación de la Directiva 2003/88/CE, relativa al tiempo de trabajo, en lo referente al mantenimiento o supresión de la institución del «*opt-out*», a la ampliación de los períodos de referencia, a la configuración de lo que debe entenderse por tiempo de trabajo efectivo y a la introducción de medidas de ordenación del tiempo de trabajo que faciliten la conciliación de la vida laboral y familiar, está implicando un arduo trabajo de entendimiento entre las distintas instituciones comunitarias. Amplias divergencias se plantean entre la Comisión y el Parlamento Europeos y también entre varios países miembros de la Unión Europea, abogados, si continúan manteniéndose en sus posiciones, a un largo y difícil proceso negociador para alcanzar un acuerdo aceptado y aceptable para la mayoría.

El debate sobre la conservación o la eliminación del «*opt-out*» está provocando la discusión más compleja. La continuidad de esta institución, por una parte, influye en gran medida en el mantenimiento de la competitividad de algunos Estados de la Unión Europea y, por otra, se puede convertir en un factor grave de riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores, así como para la conciliación de la vida familiar y profesional.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PROCESO DE REVISIÓN
3. LOS PERÍODOS DE REFERENCIA
4. EL «OPT-OUT»
  - 4.1. Argumentos a favor y en contra de su supresión
  - 4.2. Propuestas
5. EL CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO
6. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR
7. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

En el año 1993 se adoptó la Directiva 93/104/CEE, de 23 de noviembre, sobre la ordenación del tiempo de trabajo. La importancia de esta Directiva radica en que en ella se fijan las normas mínimas europeas sobre la jornada semanal, trabajos nocturnos, descansos diarios o vacaciones mínimas. No cabe duda de que el tiempo de trabajo es una condición de trabajo, pero simultáneamente hay que señalarlo como una de las instituciones cuya regulación contribuye a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo. Es por ello que la Directiva adoptó como base, aunque no sin falta de polémica <sup>1</sup>, el desarrollo de la materia de seguridad y salud en el trabajo.

La Directiva reseñada ha sido sometida en los años siguientes a varias modificaciones. En primer lugar, por medio de la Directiva 2000/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, se alteró el contenido de su artículo 1.3, con el objeto de ampliar su ámbito subjetivo, ya que hasta entonces habían estado desprovistos de su protección los trabajadores móviles (transportes de pasajeros o mercancías por carretera, vía aérea o nave-

<sup>1</sup> La misma se plasmó en el planteamiento de un recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por el Reino Unido, que entendía que la base aducida, el artículo 118A del Tratado Constitutivo de la Unión Europea en la versión anterior al Tratado de Ámsterdam de 1997 era incorrecta. El Reino Unido interpuso recurso de anulación de la Directiva, siendo su razonamiento principal el hecho de que el tiempo de trabajo no se incardina en la seguridad y salud, sino entre las condiciones de trabajo. El TJCE resolvió en su sentencia 213/1996, de 12 de noviembre, As. C-84/1994, desestimando el recurso en su práctica totalidad, salvo en lo relativo al descanso semanal en domingo. La sentencia afirma de forma tajante que lo que regula la Directiva es la seguridad, la higiene y la salud de los trabajadores, y que a falta de otras precisiones los conceptos de seguridad y salud no deben interpretarse de forma restrictiva, en el sentido de que se refieren a todos los factores que pueden afectar a la salud y a la seguridad del trabajador. Por lo tanto, la sentencia declara que la ordenación del tiempo de trabajo no aparece necesariamente concebida como un instrumento de creación de la política de empleo y las medidas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo que constituyen el objeto de la Directiva contribuyen directamente a la mejora de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

gación interior), «*off-shore*» (plataformas o buques), así como los médicos en períodos de formación, trabajadores ferroviarios, de telecomunicaciones, servicios de abastecimiento, puertos y aeropuertos.

En segundo lugar, fue adoptada la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, que vino a modificar y completar algunos de los aspectos regulados en la primitiva 93/104/CEE.

En tercer lugar, la Directiva 2003/88/CE vuelve a ser objeto de gran atención. Esto es así, porque el 22 de septiembre de 2004 se presentó por la Comisión una primera propuesta de modificación de la misma, que ha sido discutida en el Pleno del Parlamento Europeo y a posteriori el 31 de mayo de 2005 se ha presentado una segunda, que ha sido analizada en el Consejo de Ministros de junio del mismo año.

El antecedente de estas dos propuestas de revisión se encuentra en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 30 de diciembre de 2003<sup>2</sup>, que planteó la necesidad de estudiar diversas disposiciones incluidas en la primitiva Directiva 93/104/CEE, puesto que en su momento se previó la revisión de éstas antes de la expiración de un período de siete años a partir de la fecha límite de trasposición por los Estados miembros, es decir, antes del 23 de noviembre de 2003. Dichas disposiciones se refieren a las excepciones del período de referencia para la aplicación del artículo 6, relativo a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, y a la facultad de no aplicar el artículo 6 si el trabajador está de acuerdo con ello, lo que se denomina «*opt-out*».

El debate que rodea la modificación de esta Directiva ha adquirido gran relevancia, porque implica una definición sustancial sobre el futuro del modelo social europeo y sobre la existencia misma de la Europa Social. En torno a la misma se concentra la discusión en un marco bifronte. Por una parte, atendiendo al sentido del tiempo de trabajo como condición de trabajo, con una especial tendencia flexibilizadora y por otra según su sentido garantista de la seguridad y salud de los trabajadores<sup>3</sup>. Esto conlleva que se traslade a esta materia el pulso entre flexibilidad empresarial y seguridad para los trabajadores, y que se lleven ya varios meses de discusión en el seno de las instituciones europeas sin que se consiga aunar las posturas de

<sup>2</sup> Cfr. la COM (2003) 843 final, de 30 de diciembre de 2003.

<sup>3</sup> La discusión sobre este carácter bifronte de la ordenación del tiempo de trabajo ha sido ampliamente reflejada en la doctrina, vid entre otros MERINO SENOVILLA, H., «La jornada de trabajo», en AA.VV., Coordinador VALDÉS DAL RÉ, F., *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 375 y RIVERO LAMAS, J., «Régimen de la jornada y los horarios en la reforma del Estatuto de los Trabajadores», *Documentación Laboral*, núm. 47, 1995, pág. 27.

las partes. Se plantean amplias divergencias entre el Parlamento Europeo y la Comisión, y también entre los distintos países miembros de la Unión Europea (esencialmente entre el Reino Unido y la mayoría de los países restantes). Todo ello, sin embargo, está abocado a un largo y arduo proceso negociador, que necesita alcanzar un acuerdo de la mayoría de los implicados.

## 2. EL PROCESO DE REVISIÓN

La reforma de Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo resulta esencial. Como se ha subrayado, la primera institución europea que prestó atención a la misma fue la Comisión Europea que, en diciembre de 2003, presentó una Comunicación en la que planteaba esta cuestión. En la misma la Comisión solicitaba que sus destinatarios, el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones y los interlocutores sociales a nivel comunitario, expresaran su opinión sobre la necesidad de revisar el texto actual de la Directiva o introducir otras iniciativas, no necesariamente legislativas.

En lo relativo a los interlocutores sociales se entendió que con este acto se producía la consulta establecida en el apartado 2 del artículo 138 del Tratado. Tras esto la Comisión consultó de nuevo a los interlocutores sociales a escala comunitaria sobre el contenido de la propuesta contemplada, de conformidad con el apartado 3 del artículo 138 del Tratado<sup>4</sup>. Como resultado de esta fase de consultas los interlocutores sociales declinaron la invitación de entablar negociaciones con el fin de llegar a un acuerdo europeo en este ámbito y solicitaron a la Comisión que presentara una propuesta de Directiva.

Las materias que debían abordarse en la reforma prevista ya fueron puestas de manifiesto por la Comisión en su Comunicación de diciembre de 2003:

- Los períodos de referencia.
- Las condiciones de aplicación del inciso i) de la letra b) del apartado 1 del artículo 18, el «*opt-out*».
- La definición de tiempo de trabajo, a raíz de la controversia suscitada por la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en las sentencias SIMAP y JAEGER<sup>5</sup>.
- Medidas destinadas a conciliar mejor el trabajo con la vida familiar.

<sup>4</sup> Cfr. la primera consulta en COM (2003) 843 final y la segunda en SEC (2004) 610.

<sup>5</sup> Sentencia de 3 de octubre de 2000, As.C-303/98, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana y Sentencia de 9 de septiembre de 2003, As.C-151/02, JAEGER.

La Comisión también proclamó que era necesario buscar una solución equilibrada que pudiera satisfacer los criterios y orientaciones posibles y anunció los criterios que se debían cumplir en la propuesta a presentar: 1) ofrecer un nivel elevado de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores en relación con el tiempo de trabajo, 2) dar a las empresas y a los Estados miembros mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo, 3) mejorar la compatibilidad entre el trabajo y la vida familiar y 4) no imponer obligaciones excesivas a las empresas, especialmente a las PYMES.

Ante la negativa de los interlocutores sociales a negociar con vistas a finalizar un acuerdo comunitario sobre esta materia, es la Comisión la que elabora la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo<sup>6</sup>. Según la Comisión la misma representa un paquete equilibrado de medidas que mantiene el objetivo principal —la salud y la seguridad de los trabajadores— al tiempo que responde a las necesidades de la moderna economía europea, aportando mayor flexibilidad y manteniendo la competitividad<sup>7</sup>.

En el fondo de esta propuesta de Directiva está la necesidad de revisar la regulación de los períodos de referencia y del «*opt-out*», tal y como exigió la primitiva Directiva 93/104/CEE, y los problemas planteados por la jurisprudencia del TJCE sobre la definición del tiempo de trabajo. Todas estas importantes modificaciones tienen que ser compatibilizadas con el respeto de los derechos fundamentales, en particular con el derecho que tiene todo trabajador a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas (artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)), y con el derecho a conciliar la vida familiar y profesional (artículo 33 de la Carta)<sup>8</sup>. Por ello, a continuación se analizará el conte-

<sup>6</sup> COM (2004) 607 final, de septiembre de 2004.

<sup>7</sup> La flexibilidad de la organización del tiempo de trabajo permitirá satisfacer las necesidades tanto de los empresarios como de los trabajadores. Para los primeros el aspecto esencial será poder adaptar el tiempo de trabajo efectivo a las fluctuaciones de la demanda, que puede ser estacional o irregular. Para los segundos, una mayor flexibilidad puede permitirles conciliar mejor el trabajo con los compromisos familiares.

<sup>8</sup> En este mismo sentido, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989, establece que «todo trabajador debe poder beneficiarse (...) de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad» y que «deberán tomarse las medidas adecuadas para proseguir la armonización por la vía del progreso, de las condiciones existentes en este ámbito». Asimismo, en la Carta Social Europea del Consejo de Europa, de 1961 (revisada en 1996), que ha sido reconocida por todos los Estados miembros de la Unión Europea, se formula el derecho social a condiciones de trabajo equitativas, incluyéndose la obligación para los Estados contratantes de «fijar una razonable duración diaria y sema-

nido material de la propuesta, con el objeto de estudiar la extensa controversia suscitada en torno a distintos puntos de la misma.

### 3. LOS PERÍODOS DE REFERENCIA

Los períodos de referencia en la aplicación de los artículos 5 (descanso semanal) y 6 (duración del trabajo semanal) se establecen en el artículo 16 de la Directiva.

En lo que respecta al cálculo de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal (por lo general 48 horas), en el apartado 2 del artículo 16 se establece un período de referencia que no exceda de cuatro meses. Sin embargo, caben excepciones al artículo 16, de modo que es posible alargar los períodos de referencia, en los casos previstos en los apartados del artículo 17. Esta posibilidad de introducir exclusiones<sup>9</sup> está limitada por el apartado 4 del artículo 17 de la Directiva, que señala que *«la facultad de establecer excepciones a lo dispuesto e el punto 2 del artículo 16, (...), no podrá tener como consecuencia el establecimiento de un período de referencia superior a seis meses. No obstante los Estados miembros podrán permitir que, siempre que se respeten los principios generales de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales establezcan períodos de referencia que, en ningún caso, deberán ser superiores a doce meses»*.

Por lo tanto, de conformidad con el contenido vigente de la Directiva, el período de referencia para el cálculo de las 48 horas está fijado en cuatro meses, podrá fijarse en seis meses en los casos en los que sean posibles excepciones al artículo 16 y mediante convenio colectivo podrá ampliarse hasta el año.

Las distintas legislaciones de los Estados miembros son diversas en esta materia. En algunos casos, en lugar de limitar el tiempo de trabajo medio durante un período de referencia determinado, los Estados miembros esta-

---

nal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral», así como de «garantizar un reposo semanal» (artículo 2). Del espíritu de ambas Cartas se deduce que la limitación y la reducción progresiva del tiempo de trabajo representan un derecho social fundamental y que la armonización a través de disposiciones mínimas a nivel europeo deberá conducir al progreso social.

<sup>9</sup> El artículo 17.4 de la Directiva precisa que antes de la finalización de un período de siete años a partir de la fecha contemplada en la letra a) del apartado 1 del artículo 18, es decir el 23 de noviembre de 2003, el Consejo, sobre la base de una propuesta de la Comisión, acompañada de un informe de evaluación, reexaminará las disposiciones del presente apartado y el curso que deberá dárseles.



blecen un límite diario y/o semanal absoluto, aunque autorizando las horas extraordinarias dentro de los límites diarios, semanales, mensuales o anuales. En otros<sup>10</sup> se reproducen las disposiciones de la Directiva, se fija un período de referencia de cuatro meses para el cálculo de la duración media máxima de trabajo semanal y la posibilidad de establecer un período de referencia más largo mediante convenio colectivo, aunque sin que éste exceda de doce meses. En otros<sup>11</sup> los períodos de referencia no se fijan mediante Ley, sino mediante convenio colectivo. Otros Estados miembros tienen períodos de referencia diferentes, habitualmente de un año, que se aplican únicamente para el cálculo del período de trabajo ordinario, por lo general inferior a las 48 horas previstas en la Directiva, por ejemplo en España, según lo dispuesto por el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, la duración de la jornada de trabajo no podrá superar las 40 horas semanales de promedio en cómputo anual.

La tendencia que parece extenderse y consolidarse en la mayoría de los países miembros es la fijación de un período de referencia anual. Esta opción, según el artículo 17.4 de la Directiva, sólo puede introducirse por convenio o acuerdo colectivo. Esto conlleva el problema práctico de que la cobertura de la negociación colectiva varía sustancialmente de unos Estados miembros a otros, lo que plantea distinciones entre los mismos. El caso más extremo es el del Reino Unido, donde la tasa de cobertura de la negociación colectiva es ínfima<sup>12</sup>.

En efecto, la negociación de convenios colectivos en el Reino Unido está rodeada de unas reglas muy singulares. En el sistema británico resulta esencial el reconocimiento de un sindicato, pues del mismo deriva la legitimación para participar en la negociación colectiva<sup>13</sup> y a la vez hay que resaltar que la estructura de la negociación colectiva es esencialmente de empresa y no sectorial.

Hay que subrayar que del derecho a ser parte activa de la negociación como interlocutor no deriva uno a adoptar un convenio, ni, en su caso, la

<sup>10</sup> En Grecia, Irlanda, Portugal y Reino Unido.

<sup>11</sup> En Dinamarca son los convenios colectivos los que establecen los períodos de referencia, oscilando los mismos entre los 4 y los 12 meses. En Finlandia el período de referencia de cuatro meses se aplica únicamente en lo que respecta al número máximo de horas extraordinarias. En los convenios colectivos se puede fijar un período de referencia de un año para el período de trabajo ordinario, así como para el límite de las horas extraordinarias.

<sup>12</sup> Según datos de la Comisión Europea en el Reino Unido la cobertura de la negociación colectiva, es decir la proporción de trabajadores cuyas condiciones de trabajo son establecidas al menos en alguna medida mediante convenios colectivos, es apenas del 36%, siendo la tasa de cobertura aún más baja si sólo se tuviera en consideración al sector privado, el 22%.

<sup>13</sup> *Vid.*, de forma amplia, BARROW, C., BLUNT, S., GIBBONS, S., MANLEY, I y ROSE, N., «Employment Relation Act», *Blackstone's Press Limited*, Londres, 2001, págs. 100 a 148.

fuerza vinculante del acordado. Ello es así porque, según el *common law*, el convenio no obliga al empresario/s y representantes de los trabajadores suscriptores del mismo, y sólo si los negociadores lo acuerdan expresamente quedarán vinculados jurídicamente. Consecuentemente, el convenio colectivo no es una fuente del derecho, cuyo contenido se incorpora automáticamente a los contratos de trabajo, sino que requiere, en adición a su conclusión, el mutuo acuerdo de las partes para crear obligaciones jurídicas entre las mismas. En caso de que las partes decidan incorporar el contenido del convenio colectivo negociado —que debe constar por escrito— al contrato de trabajo, debe existir un acto expreso, una muestra explícita de la intención de las mismas, que permita exigir el cumplimiento de lo estipulado ante un tribunal laboral <sup>14</sup>.

Además, el hecho de que exista un sindicato reconocido no garantiza la conclusión de un convenio colectivo, y caso de que se pueda finalizar el mismo tampoco es segura su incorporación a un contrato de trabajo individual y, por lo tanto, su efecto legal.

Una posible válvula de escape a esta situación sería el reconocimiento de legitimación para negociar a los representantes elegidos, el segundo canal representativo operativo desde el año 1999 en el Reino Unido. Sin embargo, esto no es así. No obstante, hay que resaltar que de forma alternativa al sistema de negociación colectiva descrito, existe un sistema informal de negociación colectiva (*informal system of workplace bargaining*). Por medio del mismo, en determinadas materias, como el tiempo de trabajo o el permiso parental para cuidado de hijos, se atribuye en exclusiva a los representantes elegidos por los trabajadores afectados, y no a los sindicatos reconocidos, la facultad de suscribir acuerdos de empresa (*workfoce agreements*), los cuales, en las empresas con 20 o menos trabajadores, incluso pueden ser firmados alternativamente por la mayoría de los trabajadores afectados.

En materia de tiempo de trabajo, la regulación aplicable, las *Working Time Regulations*, admite la conclusión de este tipo de acuerdos, con la finalidad de adaptar y/o flexibilizar las normas sobre ordenación del tiempo de trabajo en atención a las particularidades de cada empresa o incluso de

<sup>14</sup> Cfr. sobre el efecto legal de los convenios colectivos y su incorporación a los contratos de trabajo individuales, HUMPHREYS, N., «Trade Unions Law», *Blackstone's Press Limited*, London, 1999, pág. 82 y ANDERMAN, S., «Labour Law», *Butterworths*, Londres, 2000, págs. 85-95. Por ejemplo, una evidencia de que las partes quieren incorporar el convenio a un contrato de trabajo se encontrará cuando en el contrato se indique por escrito la referencia al convenio colectivo aplicable. No obstante, deberán analizarse caso a caso los términos del contrato, para verificar si existe una muestra explícita o implícita de voluntad de las partes, debiendo ser estos datos, en su caso, interpretados por los tribunales laborales.

un grupo de trabajadores de la misma<sup>15</sup>. En el marco de un *workforce agreement* se puede incrementar el período de referencia en el que se calcula la duración de la jornada de trabajo, desde 17 semanas, que es lo estipulado legalmente, hasta 52 semanas<sup>16</sup> o se pueden modificar las reglas que regulan los descansos diarios y semanales.

Ahora bien, la opción que brinda la legislación británica de introducir excepciones a determinadas disposiciones de la Directiva mediante acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales no ha sido muy utilizada<sup>17</sup> hasta el momento. Por lo tanto, sigue sin existir una difusión amplia de esta opción flexibilizadora tanto en los convenios colectivos negociados por sindicatos reconocidos como en los *workforce agreements*.

En la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión en septiembre de 2004, en la letra b) del artículo 16, se prescribe que el período de referencia normal se mantiene en cuatro meses. Sin embargo, los Estados miembros, y no sólo la negociación colectiva, podrán ampliar este período a un año. Correlativamente, se suprime la posibilidad dispuesta en los apartados 1 y 3 del artículo 17, así como la prevista en los párrafos primero y tercero del artículo 19 y en el apartado 2 del artículo 20 de la Directiva, de introducir ciertas excepciones al período de referencia de cuatro meses, puesto que se entiende que si la legislación nacional puede llegar a fijar un período de referencia de un año, ya no es necesario prever una excepción que permita ampliar dicho período a seis meses. Con la nueva previsión se pretende simplificar el régimen existente, adaptarlo mejor a las necesidades de empresas y trabajadores<sup>18</sup> y crear posibilidades para nuevos modelos de ordenación del tiempo de trabajo.

<sup>15</sup> Cfr. DEAKIN, S., y MORRIS, G., «Labour Law», 3.ª edición, *Butterworths*, 2001, pág. 309. Hay una serie de reglas mínimas que deben ser seguidas a la hora de negociar este tipo de acuerdos. Así, el mismo debe ser finalizado por escrito, especificar la fecha en la que empezará su aplicación, su vigencia no puede ser superior a cinco años, puede ser aplicable a todos o a un grupo de trabajadores —en cuyo caso hay que identificar el elemento que los unifica, por ejemplo, su función, lugar de trabajo o departamento—, puede ser firmado por los representantes elegidos o bien en las empresas con 20 o menos empleados por éstos o por la mayoría de los empleados y antes de su entrada en vigor el empresario tiene que entregar una copia del mismo y una guía para su comprensión a los trabajadores.

<sup>16</sup> Vid. BARNARD, C., «The Working Time Regulations 1998», *Industrial Labour Journal*, núm. 28, 1999, pág. 66, que destaca el importante papel que pueden llegar a tener los interlocutores sociales en determinadas materias: el trabajo nocturno, el descanso diario y semanal, el descanso en el trabajo y los períodos de referencia.

<sup>17</sup> Cfr. en este sentido BARNARD, C., et al, *The use and necessity of article 18.1 (b) (i) of the Working Time Directive in the United Kingdom*, Informe final, diciembre de 2002, pág. 114.

<sup>18</sup> Vid. al respecto la Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva, concretamente su considerando octavo.

La novedad esencial de esta revisión es la admisibilidad de que los períodos de referencia puedan ser extendidos hasta doce meses no sólo por acuerdo entre los interlocutores sociales, sino por la actividad legislativa o reglamentaria del Estado, siempre y cuando se aduzcan razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo y se respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, y a reserva de la consulta a los interlocutores sociales interesados, de que se impulse el diálogo social en esta materia y de que la duración del período de referencia no puede ser nunca superior a la duración del contrato de trabajo. Con esta opción lo que se pretende por la Comisión es dar solución a sistemas como el del mercado laboral británico, en el cual la tasa de cobertura de la negociación colectiva es muy reducida, lo que ha dificultado la difusión de la anualización de los períodos de referencia.

Los interlocutores sociales comunitarios se han pronunciado de forma diversa sobre esta modificación. El CES (Confederación Europea de Sindicatos) considera que la posibilidad proyectada es contraria a acuerdos modernos sobre el tiempo de trabajo y defiende que se mantenga el modelo actualmente vigente<sup>19</sup>. Mientras que la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria y Empresarios de Europa) y el CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública) entienden que la Directiva debería permitir un periodo de referencia de un año, y admitir que por convenio colectivo se pudiera prolongar, con el objeto de responder a las necesidades de las empresas sujetas a fuertes fluctuaciones y reducir las cargas administrativas, especialmente a las PYMES.

Entre las instituciones europeas, sin embargo, no parecen existir grandes divergencias en esta materia. El Parlamento Europeo acepta la propuesta de la Comisión, aunque requiere para la ampliación del período de referencia la existencia de mayores garantías para la seguridad y la salud de los trabajadores, así como la previa consulta a cada trabajador afectado por la medida<sup>20</sup> y/o a sus representantes sobre la introducción de la ordenación

<sup>19</sup> Cfr. en este sentido el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva, de 18 de abril de 2005, COM (2004) 607 final, que afirma que la Directiva vigente ya permite la prolongación del período de referencia exclusivamente por convenio colectivo, y que dada la difusión de esta posibilidad en los países miembros, los interlocutores sociales ya gozan de la flexibilidad necesaria para adaptar el tiempo de trabajo a fin de abordar las diferentes situaciones que se registran en los distintos Estados miembros, sectores y empresas. Y por consiguiente considera que debería mantenerse la normativa vigente.

<sup>20</sup> Cfr. el informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, ponente Alejandro Cercas, COM (2004) 0607-C6-0122/2004, de 25 de abril de 2005.

propuesta del tiempo de trabajo y las modificaciones a la misma. En este sentido el informe Cercas afirma que «*la ampliación del período de referencia puede tener un impacto sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, en la medida que permitirá hacer unas jornadas semanales más largas y un número de jornadas más largas a lo largo del año*». No obstante, tal y como también destaca este europarlamentario, la ampliación del período de referencia a una anualidad no influiría en el cómputo total de horas de trabajo al año ni en el número total de horas de descanso, sino únicamente en su distribución.

Finalmente, la Propuesta modificada de Directiva presentada por la Comisión el 31 de mayo de 2005<sup>21</sup> abunda en esta línea, prescribiendo lo siguiente en el artículo 19: «*Los Estados miembros, siempre que se respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas o técnicas relacionadas con la organización del trabajo, el período de referencia se amplíe hasta un máximo de doce meses:*

- a) *mediante convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales, según lo establecido en el artículo 18;*
- b) *mediante disposiciones legales o reglamentarias, siempre que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que:*
  - *el empresario informe y consulte con la debida antelación a los trabajadores y/o a sus representantes sobre la introducción de dicho período de referencia;*
  - *el empresario adopte las medidas necesarias para prevenir y/o remediar cualquier riesgo para la salud y la seguridad que pueda estar relacionado con la introducción de dicho período de referencia».*

Por todo ello parece razonable que se permita la ampliación del período de referencia, tal y como la Comisión y el Parlamento Europeo proponen<sup>22</sup>. Es decir, admitir la anualización del periodo de referencia por medio

<sup>21</sup> Vid. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, COM(2005) 246 final.

<sup>22</sup> En este sentido el Comité de las Regiones se muestra a favor del período de referencia anual, especialmente en sectores sujetos a grandes variaciones estacionales de la demanda de sus productos o cuyos servicios contribuyen a la mejora de la competitividad. Vid. Dictamen del Comité de las Regiones, de 14 de abril de 2005 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo COM (2004) 607 final. Igualmente a favor la Comisión de Industria, Investigación y Energía para la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, en Opinión de 20 de abril de 2005. Y la Comisión

de la autonomía colectiva o por vía legal en los países o en los sectores donde no hay convenios colectivos aplicables, exigiéndose garantías para que la misma sea compatible con la salud y seguridad de los trabajadores y para que éstos sean informados y consultados con anterioridad.

#### 4. EL «OPT-OUT»

El «opt-out» se configura como la posibilidad de los Estados miembros de inaplicar el límite máximo de 48 horas de trabajo semanal establecido en el artículo 6.b) de la Directiva 2003/88<sup>23</sup>. El artículo 18 de la Directiva recoge la opción de los Estados miembros —siempre que salvaguarden la seguridad y la salud de los trabajadores— de no aplicar el artículo 6, a condición de que se adopten las medidas necesarias para garantizar que:

- a) ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en el punto 2 del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo;
- b) ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento a realizar dicho trabajo;
- c) el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo;
- d) los registros se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y/o salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal;
- e) el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para desarrollar un trabajo que exceda de 48 horas en el período de referencia indicado.

Por lo tanto, en virtud de este artículo, un Estado miembro puede prever en su legislación nacional la opción de que un trabajador trabaje, como

de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, en Opinión de 4 de abril de 2005 a la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, que también se muestra a favor de fijar un período de referencia de 12 meses, a condición de que se establezcan controles y garantías estrictos de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Precizando que no deberían admitirse excepciones al período de referencia de 4 meses respecto a las mujeres embarazadas.

<sup>23</sup> Cfr. sobre esta institución RABANAL CARBAJO, P., «La Directiva 93/104/CE, sobre la ordenación del tiempo de trabajo», *Actualidad Laboral*, núm. 23, 2000, pág.410.



media, más de 48 horas semanales, siempre que se respeten las condiciones establecidas en los distintos guiones de este precepto. Estas son, fundamentalmente, la obtención del acuerdo individual del trabajador y la obligación de llevar registros.

El Estado miembro que desee hacer uso de la facultad de no aplicar el artículo 6 deberá, por ende, adoptar las medidas necesarias para velar por que se produzca el consentimiento libre y voluntario del trabajador<sup>24</sup>, que en ningún caso podrá ser sustituido por el consentimiento expresado por los interlocutores sociales en un convenio o acuerdo colectivo<sup>25</sup>.

Probablemente este es el punto más controvertido de la revisión de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo, puesto que en torno al mismo confluyen intereses divergentes. Por un lado la Comisión y algunos de los países miembros, fundamentalmente el Reino Unido, se han mostrado favorables al mantenimiento de esta posibilidad, aunque rodeada de mayores garantías para evitar abusos. Y por otro el Parlamento, la Confederación Europea de Sindicatos y otro bloque de países, entre ellos España, son partidarios de derogar esta opción de la legislación comunitaria.

#### 4.1. Argumentos a favor y en contra de su supresión

Son varias las razones que se aducen por los que abogan por eliminar la cláusula del «*opt-out*». Por un lado las basadas propiamente en la seguridad y salud de los trabajadores, porque difícilmente puede fomentarse una cultura de prevención de riesgos laborales si se incrementa la duración de la jornada laboral, aumentándose con ello el cansancio físico y psíquico de los trabajadores y, por consiguiente, el riesgo de que se produzcan accidentes laborales. Por otro, también existen argumentos que permiten dudar de la real y efectiva libertad de los empleados a la hora de consentir la realización de un exceso de horas de trabajo, porque en algunos países y supuestos se evidencia que el trabajador puede sentirse presionado a la firma de este acuerdo, a causa de conseguir un puesto de trabajo o con el miedo de perder el actual. Además, si la tendencia actual en el ámbito laboral se dirige hacia la conciliación de la vida laboral y familiar, en nada favorece ese fin el mantenimiento de una situación en la que los trabajadores podrían tra-

<sup>24</sup> Cfr. STJCE PFEIFFER, de 5 de octubre de 2004, que en su apartado 84 dice que para establecer válidamente una excepción a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal (...) el consentimiento del trabajador debe ser no solamente individual, sino también expresa y libremente manifestado.

<sup>25</sup> Al respecto de forma expresa y clara STJCE SIMAP, de 3 de octubre de 2003, As.-C-303/98, punto 73.

bajar un número prolongado de horas. Por último se alega que tras la incorporación de Estados del este a la Unión Europea (Polonia, República Checa, Estonia...), en los que las condiciones laborales son inferiores a las de los Estados miembros occidentales y, por lo tanto, los costes sociales, si se continúa admitiendo el «*opt-out*» puede llegar a producirse una situación de «*dumping*» social. Esto es así, porque la combinación de unos salarios menores con la posibilidad de trabajar en dichos países del este un mayor número de horas semanales, motivará el traslado de empresas a dichos Estados.

El Parlamento Europeo es el más firme defensor de la eliminación de la cláusula del «*opt-out*», puesto que entiende que el primer objetivo de la Directiva debe ser la protección de la salud y seguridad de los trabajadores<sup>26</sup>. Con esta figura, sin embargo, el Parlamento considera que los Estados miembros se pueden servir del derecho social comunitario a la carta, frente a los principios del Tratado<sup>27</sup>, y en contra de todas las evidencias que señalan que jornadas de trabajo sin límites son un factor grave de riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores, así como para la conciliación de la vida familiar y profesional, ya que con esta cultura se dificulta el acceso de las mujeres al mercado de trabajo y se favorece que exista una menor dedicación de los hombres a su papel parental<sup>28</sup>.

A *sensu* contrario la Comisión y algunos Estados miembros, como el Reino Unido o Polonia, son partidarios de mantener esta cláusula.

La Comisión es favorable a esta posibilidad, pero plantea un sistema dual de alternativas en su propuesta de septiembre de 2004. Si existe un acuerdo sobre «*opt-out*» entre los agentes sociales, el trabajador podrá pos-

<sup>26</sup> El Informe del Parlamento Europeo, de abril de 2005, subraya que es necesario encontrar un equilibrio entre flexibilidad y seguridad, trayendo a colación lo que al respecto establece la propia Comisión «una mayor flexibilidad no es contradictoria con un nivel adecuado de protección a la salud y a la seguridad, siempre que existan normas mínimas y de salvaguardia, así como controles adecuados». A juicio del Parlamento, este principio de normas mínimas europeas en general, y de las relativas a la jornada máxima semanal en particular, es la principal dificultad para revisar la Directiva, focalizada en el debate sobre la figura del «*opt-out*».

<sup>27</sup> La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclama en su artículo 31.2 que todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas. Y en el 33, el derecho a conciliar la vida laboral y familiar.

<sup>28</sup> También se manifiestan en contra de mantener la vigencia de la cláusula del «*opt-out*» el Comité de las Regiones y la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, en informes de abril de 2005. En igual sentido el Consejo Económico y Social duda sobre si la propuesta de la Comisión es adecuada para lograr los objetivos perseguidos y solicita tanto a la Comisión, al Consejo como al Parlamento Europeo que se examine el «*opt-out*» individual desde el punto de vista de si mantenerlo no es contrario al espíritu y objetivos de la propia Directiva.

teriormente de manera individual acogerse al mismo; en caso contrario, el trabajador seguirá teniendo derecho al «*opt-out*», pero con unos requisitos adicionales<sup>29</sup>. La Comisión prevé que la posibilidad de no aplicación del tiempo máximo de trabajo semanal estará condicionada a su autorización previa por convenio colectivo o acuerdo entre los interlocutores sociales, pero sólo en caso de que dichos acuerdos sean posibles de conformidad con la legislación o prácticas nacionales. Sino, previendo la situación de países como el Reino Unido en el que la tasa de cobertura de la negociación colectiva es escasa o de determinadas empresas como las PYMES en las que probablemente no existirán representantes legitimados para concluir un convenio, la opción de no aplicación del tiempo máximo de trabajo semanal con el consentimiento individual seguirá existiendo. No obstante, en este último caso las condiciones de aplicación se revisan para evitar los abusos y asegurar que la elección del trabajador es completamente libre, y se fija un límite máximo de duración del tiempo de trabajo semanal en cualquier semana.

Según la propuesta de modificación de la Directiva presentada por la Comisión en septiembre de 2004, los Estados miembros que hagan uso de esta facultad deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que:

- a) Ningún empresario pueda exigir a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, salvo que se haya obtenido el consentimiento por escrito del trabajador; la validez de dicho consentimiento no podrá ser superior a un año, renovable; un consentimiento dado en el momento de la firma del contrato o durante el período de prueba se considerará nulo y sin efecto.
- b) Ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo.
- c) Ningún trabajador pueda trabajar más de 65 horas en el transcurso de un período de siete días, a menos que un convenio colectivo o acuerdo entre los interlocutores sociales disponga lo contrario.

<sup>29</sup> Cfr. COM (2004) 607 final, de 22 de septiembre de 2004. El artículo 22 de la Propuesta de Directiva establece que «siempre que se respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, los Estados miembros podrán autorizar la no aplicación del artículo 6. El ejercicio de esta facultad debe estar expresamente previsto en el convenio colectivo o en el acuerdo celebrado entre interlocutores sociales a escala nacional o regional o, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales, a través de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a un nivel adecuado.

El ejercicio de esta facultad será posible asimismo por acuerdo entre el empresario y el trabajador cuando no haya un convenio colectivo vigente ni exista en la empresa o el establecimiento en cuestión una representación del personal facultada para celebrar un convenio colectivo o un acuerdo entre interlocutores en este ámbito, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales».

- d) El empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúan trabajos de este tipo y del número de horas efectivamente trabajadas.
- e) Los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal.
- f) El empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, así como las horas efectivamente trabajadas por dichos trabajadores.

Estas prescripciones tienen por objeto<sup>30</sup>, fundamentalmente, garantizar que el consentimiento del trabajador sea exteriorizado por escrito, que no sea dado al inicio de la relación laboral o durante el período de prueba, que tenga validez durante un plazo limitado, fijar un límite máximo absoluto de horas de trabajo y obligar a mantener determinados registros.

Algunas de estas condiciones ya son señaladas por la Directiva 2003/88/CE. Sin embargo, al existir indicios de que no son cumplidas en algunos Estados miembros, esencialmente en el Reino Unido, la Comisión ha querido reforzarlas.

En efecto, el Reino Unido al efectuar la transposición de la Directiva<sup>31</sup>, en las *Working Time Regulations* 1998, recurrió a la posibilidad de no aplicación del artículo 6<sup>32</sup>. Ello fue impulsado por el hecho de que aproximadamente 4 millones de personas, el 16 % de la mano de obra británica, trabajan más de 48 horas a la semana<sup>33</sup>. Hay que tener en cuenta, sin embar-

<sup>30</sup> La propuesta de revisión de la Directiva presentada en septiembre, además de todo lo anterior, exige que a los cinco años de la entrada en vigor de la misma, la Comisión presente al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación de las disposiciones de la presente Directiva, en particular sobre los apartados 1 y 2 del artículo 22, es decir las condiciones de ejercicio del «opt-out» por los Estados miembros que hagan uso de esta facultad. Es más, se precisa que dicho informe se acompañará, en su caso, de las propuestas convenientes para, si se considera necesario, suprimir gradualmente esta disposición.

<sup>31</sup> Cfr. sobre la situación preexistente a esta regulación BARNARD, C., «The judgement of the European Court of Justice in United Kingdom v Council: The Working Time Directive», en Aa.Vv., *The ECJ'S working time judgment: The social market vindicated*, University of Cambridge, Centre for European Legal Studies, Cels Occasional Paper, núm. 2, 1997.

<sup>32</sup> Vid. sobre su contenido BARNARD, C., «The working time regulations 1998», *Industrial Law Journal*, núm. 28, 1999, págs. 62 a 75.

<sup>33</sup> El estudio del Ministerio de Trabajo británico, «A survey of worker's experience of the working time regulations», 2004, que resalta estos datos, así como que el porcentaje de personas que manifiestan trabajar habitualmente más de 48 horas disminuye constantemente, aunque con lentitud, a partir de 1999.

go, que las cifras anteriormente citadas se refieren a trabajadores que, en la práctica, manifiestan que trabajan habitualmente más de 48 horas semanales, siendo el número de los que firman el acuerdo de no aplicación incluso superior. La explicación de este dato se encuentra en que en muchas ocasiones la suscripción del «*opt-out*» es una medida de precaución empresarial, ante las limitaciones existentes en la legislación que surge para implementar la Directiva comunitaria sobre la ordenación del tiempo de trabajo<sup>34</sup> y una costumbre más que una necesidad real, ya que al empresario le resulta menos costoso poder disponer, por ejemplo ante el surgimiento de circunstancias imprevistas, de un trabajador de la misma empresa más horas que contratar a uno nuevo.

El contenido de las *Working Time Regulations* ha sido criticado, por la falta de claridad de algunas de sus previsiones claves y por limitarse, en ocasiones, a copiar lo dispuesto por la Directiva, lo que ha provocado que algunas cuestiones hayan estado sujetas a controvertidas interpretaciones. Respecto al «*opt-out*» las garantías requeridas por los distintos guiones del inciso i) de la letra b) del apartado 1 del artículo 18 de la Directiva se incorporaron a esta normativa<sup>35</sup> exigiendo que el acuerdo individual: 1) se desarrollara por escrito, 2) que se concretara si estaba referido a un período determinado o indefinido, y, en su caso, 3) el plazo de preaviso para su rescisión (mínimo de 7 días y máximo de 3 meses), 4) que se obligue al empresario a llevar registros actualizados que contengan: una lista de los trabajadores que hayan aceptado esta posibilidad, la definición de las condiciones en las que el trabajador ha aceptado esta opción y la especificación del número de horas efectuadas por el trabajador para el empresario durante cada período de referencia desde la entrada en vigor del acuerdo, 5) que se pongan dichos registros a disposición de cualquier inspector designado por la *Health and Safety Executive* y 6) que se ponga a disposición de dichas autoridades, a petición de éstas, la información que soliciten sobre cualquier caso en que un trabajador haya aceptado no limitar su tiempo de trabajo.

Con la implementación de esta regulación se dio por transpuesta la Directiva 93/104/CEE en el Reino Unido, fijándose unos estándares mínimos

<sup>34</sup> Vid. «The business context to long hours working», informe del Ministerio de Trabajo Británico, 2003. Que también destaca que el número de trabajadores que acuerdan esta cláusula varía según el tipo de empresa, su tamaño y sector, y el nivel o categoría profesional del trabajador. De conformidad con estos parámetros este tipo de acuerdos es más usual en las pequeñas empresas, en el sector privado, fundamentalmente en los sectores de manufactura, construcción, transporte y comunicación. Respecto a la categoría o nivel profesional de los trabajadores son mayoritarios los managers o directivos que quieren trabajar más horas para poder realizar su trabajo de la forma más correcta posible y los trabajadores manuales, cuya motivación para acordar esta medida está ligada a la obtención de una mayor cuantía de salario.

<sup>35</sup> Cfr. BARNARD, C., «The working time regulations...», *op. cit.*, pág. 72.

sobre el tiempo de trabajo, que hasta ese momento no existían. No obstante, no tardaron en aparecer los primeros detractores que consideraban que con estas medidas se incrementaban la burocracia y las cargas empresariales, disminuyendo la competitividad de la economía británica.

Es por ello que en el año 1999<sup>36</sup> se realizó una reforma de las *Working Time Regulations*, con el objeto de aligerar algunas de las cargas implantadas en el año anterior, especialmente las relativas a los registros exigidos para la operatividad del «*opt-out*». Concretamente las normas sobre esta materia fueron sustituidas por el deber empresarial de llevar registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen trabajos de este tipo, a los cuales no se les aplica el límite máximo de jornada. Por lo tanto, el cambio efectuado es sustancial, ya que ahora sólo es precisa la identificación de los trabajadores que aceptan esta opción. Esto no es acorde a lo dispuesto por la Directiva 93/104/CEE, puesto que las detalladas reglas comunitarias vigentes en esta materia son reemplazadas por unas obligaciones generales.

Así, las normas sobre registros previstas en la Directiva establecen que el empresario debe llevar registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo y que los mismos deben ser puestos a disposición de las autoridades competentes. La intención del legislador comunitario es que el empresario lleve un registro de las horas realmente efectuadas por el trabajador que concluye un acuerdo de no aplicación y no sólo una relación nominal de los trabajadores que hayan firmado tal declaración. Esto es corroborado por el hecho de que las autoridades competentes puedan prohibir o restringir la posibilidad de trabajar más de 48 horas a fin de proteger la salud y seguridad de los trabajadores, pues sólo es posible tomar una decisión de este tipo si se puede acceder al registro de las horas efectivamente trabajadas por las personas que hayan firmado el acuerdo de no aplicación. Adicionalmente, la Comisión detecta, tras el estudio de diversos informes realizados<sup>37</sup>, que concurren indicios de que en el Reino Unido existe una cierta generalización de la presentación del acuerdo de no aplicación en el momento de la firma del contrato de trabajo, lo que choca frontalmente con el deber de garantizar el libre consentimiento del trabajador.

Por otra parte, con una normativa como la vigente en el Reino Unido desde 1999, se plantea el problema adicional de la imposibilidad de contro-

<sup>36</sup> Cfr. BARNARD, C., «The working time regulations 1999», *Industrial Law Journal*, núm. 29, 1999, págs. 167 a 171.

<sup>37</sup> Vid. el estudio del Ministerio de Trabajo británico, «A survey of worker's experience of the working time regulations», 2004, que afirma que entre las principales razones aducidas por los trabajadores para suscribir un acuerdo de «*opt-out*», en un 44%, se encuentra el hecho de que el mismo es entendido como una condición más de trabajo.



lar el cumplimiento de otras disposiciones de la Directiva, por ejemplo el descanso diario, las pausas o el descanso semanal<sup>38</sup>, dado que sino se dispone de ningún registro sobre el tiempo de trabajo efectivamente realizado por los trabajadores que firman el «*opt-out*», no se podrán verificar estos extremos.

A pesar de las objeciones expuestas a la legislación británica, tras la presentación de la propuesta de revisión de la Directiva 2003/88/CE por la Comisión, el Reino Unido se muestra favorable al mantenimiento de esta figura. El Gobierno británico está de acuerdo con eliminar la cultura de trabajar un número muy prolongado de horas, pero al mismo tiempo considera que la eliminación del «*opt-out*» no es el método para ello, ya que esta institución permite a los trabajadores elegir si quieren o no trabajar más de 48 horas, está sujeta a una apropiada regulación de seguridad e higiene y permite a los empresarios afrontar con flexibilidad los retos que les plantea el mercado<sup>39</sup>. Sólo los sindicatos británicos se muestran favorables a eliminar el «*opt-out*», por las implicaciones que el desarrollo del mismo puede tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, expuestos con más probabilidad a accidentes de trabajo.

#### 4.2. Propuestas

Al hilo de la modificación prevista de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo, tras la exposición de las posiciones a favor y en con-

<sup>38</sup> En materia de descansos resulta interesante la cuestión planteada por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña, que discute si este país ha adoptado todas las medidas necesarias para el ejercicio del derecho de los trabajadores a su descanso mínimo diario y semanal y ha incumplido la legislación comunitaria al permitir excepciones a los límites máximos de la jornada semanal y de la jornada de trabajo nocturno en el caso de aquellos trabajadores cuya jornada sólo tenga parcialmente una duración medida o establecida previamente o cuando ésta sólo pueda ser determinada en parte por los propios trabajadores. Dado que todavía no se ha emitido sentencia al respecto se pueden traer a colación las conclusiones presentadas por la Abogada General Juliane Kokott, el 9 de marzo de 2006, que propone al TJCE que decida que el Reino Unido ha incumplido las obligaciones que le incumben al adaptar su derecho interno a la Directiva 93/104/CEE. Esto es así, porque entiende que ni la normativa británica, relativa a los períodos mínimos de descanso, ni la guía del Ministerio de Comercio e Industria, a pesar de no tener fuerza vinculante, respetan el espíritu y finalidad, los objetivos de la Directiva 93/104/CEE. Por lo tanto, a juicio de la abogada general el Reino Unido incumple su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para que los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario y semanal, en el sentido de los artículos 3 y 5 de la Directiva, lo que pone de manifiesto la fragilidad de la normativa británica sobre el tiempo de trabajo.

<sup>39</sup> Cfr. el documento de respuestas del Reino Unido a la Comunicación de la Comisión concerniente a la revisión de la Directiva 93/104/CEE, en [www.dti.org](http://www.dti.org).

tra del mantenimiento del *opt-out*, es evidente la existencia de una mani-fiesta controversia sobre esta cuestión. En esta situación de conflicto se encuentra esta cuestión cuando en mayo de 2005 ha sido presentada una nueva propuesta de modificación de la Directiva por la Comisión, que introduce algunas innovaciones.

La Comisión sigue manteniendo la posibilidad del «*opt-out*», pero la sujeta a un período transitorio, 3 años desde la entrada en vigor de la nueva Directiva, y siempre y cuando se respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. A su vez, sólo se contempla el ejercicio de esta facultad cuando así se prevea expresamente en un convenio colectivo, o en la legislación nacional, eliminándose la referencia al acuerdo individual. Respecto a las garantías que se deberán cumplir por los Estados miembros que decidan acogerse a esta opción, también se introducen ciertas modificaciones : 1) ningún trabajador puede trabajar más de 55 horas, y no 65, en el transcurso de siete días, a menos que un convenio colectivo o acuerdo entre los interlocutores sociales disponga lo contrario, 2) el empresario debe llevar registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo, adecuados para determinar que se cumplen las disposiciones de la presente Directiva, no sólo el listado de los trabajadores que realizan un pacto de este tipo y 3) el empresario debe facilitar a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de 48 horas en un período de siete días (...) así como los registros adecuados para determinar que se cumplen las disposiciones de la presente Directiva<sup>40</sup>.

Las modificaciones introducidas no son sustanciales. Es más, en cuanto a la eliminación progresiva de esta figura, incluso se prevé una válvula de escape. Esto es así, porque los Estados miembros que ya hubieran ejercido esta opción antes de la nueva Directiva, como el Reino Unido, podrán, por motivos relacionados con el funcionamiento de sus mercados de trabajo —lo que está rodeada de una amplia indefinición—, solicitar la prolongación de dicha facultad más allá de los 3 años mencionados, siendo la Comisión la que decidirá sobre el curso que ha de darse a dicha solicitud justificando debidamente su decisión.

Una vez analizadas todas las posiciones expuestas resta todavía un arduo camino por recorrer. Presentada el informe del Parlamento y la segunda propuesta de la Comisión en mayo de 2005, el texto se trasladó al Con-

<sup>40</sup> Cfr. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, de 31 de mayo de 2005, COM (2005) 246 final.



sejo de Ministros de la Unión, que el 2 de junio confirmó, a instancias del Reino Unido, la alternativa que admite el «*opt-out*». Ahora vuelve a ser el turno del Parlamento que, probablemente, reenviará la pretensión nuevamente al Consejo para una segunda lectura, revisión y, en su caso, aprobación. Teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las distintas instituciones y Estados miembros, es más que probable que hasta bien entrado el año 2006 no exista una decisión final al respecto, la cual, en caso de no alcanzarse mediante acuerdo, deberá ser tomada mediante un procedimiento de conciliación entre miembros del Parlamento y del Consejo. En el supuesto de no lograrse tampoco un acuerdo en esta última instancia, la pretensión reformadora expiraría.

A nuestro juicio, hay que verter diversas apreciaciones sobre esta controvertida cuestión. Por una parte, tal y como está configurada en la Directiva vigente los riesgos de abusos y uso irregular de esta institución son evidentes, y ello se hace manifiesto en el hecho de que las garantías que deben rodear al ejercicio de esta potestad en alguno de los Estados miembros, tal y como se ha constatado en el Reino Unido, han sido relativizadas. Por otra, y de forma consecuente con lo antedicho, si se decide mantenerla, aún de forma transitoria, es necesario dotar a la voluntariedad exigida de un mayor vigor. El «*opt-out*», partiendo de que sea admitido expresamente en la legislación nacional o en un convenio colectivo, requiere en todo caso el consenso bilateral de las partes, siendo primordial para salvaguardar el mismo dos pilares esenciales: la celebración de un pacto específico y la posibilidad de renunciar al mismo.

En lo que se refiere a la voluntariedad de su conclusión debería precisarse de forma clara y expresa que su concertación tiene que realizarse por escrito y que no es un requisito constitutivo para la existencia del vínculo contractual principal. Esto es así, porque en el marco de la autonomía de la voluntad individual, que se plasma en el pacto, subyace un mayor riesgo de que el empresario doblegue la voluntad del trabajador, pudiendo originarse una situación anómala, a modo de denuncia modificativa<sup>41</sup>, en la que el asalariado preste su consentimiento condicionado por la eventual existencia de un apercibimiento de extinción o modificación *in peius* de su contrato de trabajo. A estos efectos, la tutela colectiva será esencial para eludir

<sup>41</sup> La denuncia modificativa es definida por CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, MTSS, Madrid, 1982, pág. 422, como «el negocio jurídico mixto, por el que el empresario ejercita su facultad de resolución unilateral del contrato de trabajo y, de forma coetánea, formula al trabajador una propuesta de conservación de la relación laboral, si éste acepta modificar las condiciones de cumplimiento de la prestación debida. Constituyendo una fórmula por la que el empleador fuerza a la otra parte a aceptar la modificación de las condiciones laborales, bajo el apercibimiento de que en caso contrario lo despedirá».

todo riesgo de imposición del «*opt-out*», ya que deberá procurar que no se sustraiga su conclusión del ámbito consensual y evitar que el rechazo de un trabajador a su suscripción, por ejemplo a causa de las necesidades derivadas de la conciliación de su vida laboral y familiar, dé lugar a su sanción o despido, dado que el asalariado únicamente estará ejercitando una facultad, sin deber ser forzado por la eventual consecuencia negativa que sucederá a su rechazo. En este caso, es obligado delimitar cuáles son las competencias que tienen los representantes de los trabajadores de cada país, en el supuesto de que en los mismos se admita la cláusula de no aplicación, para comprobar la intensidad de las mismas y verificar si el control requerido es riguroso o sólo desplegará unos efectos leves.

También resulta esencial que en los Estados miembros que permitan el «*opt-out*», ya sea en su legislación nacional o en la negociación colectiva, se obligue a que su celebración esté rodeada de una determinada forma, además de su carácter escrito, determinándose que en caso de inobservarse la forma prescrita se producirá una cierta consecuencia jurídica. La más extrema consistiría en decretar la nulidad del pacto mismo por no respetar lo dispuesto al efecto<sup>42</sup>. Y otras podrían concretarse en la imposición de las infracciones administrativas que se tipificaran<sup>43</sup>.

Respecto a la renuncia, debería preverse que el acuerdo puede rescindirse en cualquier momento, siempre y cuando se emita el preaviso pertinente. Esto, sin embargo, no parece desprenderse del contenido de la propuesta de Directiva, que parece dar a entender que la duración del mismo es anual y renovable por ese mismo período.

Por último resulta primordial, para evitar los abusos denunciados, precisar los datos que deben ser incluidos en los registros. Tal y como ya se ha resaltado, los mismos no deben ser meramente programáticos, sino que deben incluir obligatoriamente una serie de informaciones, fundamentalmente los trabajadores que suscriben este pacto y el número total de horas realizadas, con el objeto de poder controlar el cumplimiento del resto de las disposiciones de la Directiva (esencialmente las relativas a los descansos). Como contrapunto, el problema que conllevan todas estas exigencias es la carga burocrática que supone para los empresarios.

<sup>42</sup> Tal y como ocurre en el ordenamiento jurídico español cuando se dota de unos efectos *ad solemnitatem* a la no celebración por escrito de un período de prueba o del pacto de horas complementarias ligado a un contrato a tiempo parcial indefinido.

<sup>43</sup> A modo de ejemplo podemos traer a colación en el artículo 6.6 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que establece que cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales serán tipificados como infracciones leves

A nuestro juicio, lo más correcto, de conformidad con el espíritu y finalidad de la Directiva, y una vez subrayado que a pesar de las modificaciones propuestas aún persisten riesgos de abusos en la utilización del «*opt-out*», es que esta facultad sea eliminada paulatinamente del mercado de trabajo europeo. La Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo representa una norma mínima para lograr los objetivos sociales de la Comunidad, deduciéndose del contenido de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, que forma parte de la futura Constitución Europea, la existencia de un derecho social fundamental a limitar la duración máxima del tiempo de trabajo.

En la mayoría de los Estados miembros las legislaciones nacionales en materia de tiempo de trabajo parten de la base de una iniciativa compartida entre empleador y trabajador para definir de manera satisfactoria la ordenación del tiempo de trabajo. Lo más usual es que los interlocutores sociales, en el marco de la normativa sobre el tiempo de trabajo, solucionen en los convenios colectivos, en distintos niveles, los problemas que se planteen en los lugares de trabajo sobre esta cuestión, constituyendo responsabilidad última de cada uno de los Estados miembros garantizar la protección general de la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la limitación legal del tiempo de trabajo semanal<sup>44</sup>. Las partes negociadoras de los convenios colectivos, tomando en consideración al mismo tiempo las necesidades de un sector o empresa y la garantía de la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, tienen capacidad para acordar formas flexibles de organizar el tiempo de trabajo en el marco de límites máximos legales, conciliándose así la flexibilidad con la seguridad.

En España, por ejemplo, la jornada máxima laboral es de 40 horas semanales, permitiéndose adicionalmente un total de 80 de horas extraordinarias anuales. Según el Estatuto de los Trabajadores, el cálculo de la jornada máxima promedio se hace en cómputo anual. Por lo tanto, la combinación del uso del período de referencia anual con el máximo de jornada anual permite ya más flexibilidad que la Directiva vigente, que establece de forma general que la jornada máxima será de 48 horas semanales en un período de referencia de cuatro meses. Por ejemplo, un trabajador español podría prestar servicios con una jornada ordinaria de 50 horas semanales durante un período de cuatro meses, siempre y cuando en el período restante del año ajustara la jornada ordinaria de trabajo para no superar en cómputo anual las 40 horas semanales. Esta situación es lícita en el marco del Derecho co-

<sup>44</sup> Cfr. en este sentido el Dictamen emitido por el Consejo Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva, de 18 de mayo de 2005, COM (2004) 607 final.

unitario vigente, si entendemos que España se acoge a que el artículo 18 de la Directiva recoge la posibilidad de excepcionar mediante la negociación colectiva la aplicación del período de referencia de cuatro meses, siempre y cuando se concedan a los trabajadores períodos equivalente de descanso compensatorio.

Si al hilo de la reforma de la Directiva 2003/88/CE una de las medidas que se implantan es la generalización del período de referencia de 12 meses, se contribuirá a que, aún suprimiéndose el «*opt-out*» y fijándose un límite máximo legal de jornada semanal de 48 horas a la semana en ese período, se pueda generar en todos los países miembros, combinando las posibilidades existentes en cada legislación nacional y en la negociación colectiva, un escenario con un equilibrio suficiente entre flexibilidad y seguridad.

De este modo se favorecería que en países como el Reino Unido<sup>45</sup> se cambiara la cultura favorable a jornadas de trabajo muy largas, extendiéndose nuevas formas de organización del trabajo mediante la implantación y difusión de prácticas que permitan períodos de referencia anuales acompañados de disminuciones de las horas de trabajo. Al mismo tiempo se crearía un contexto propicio a las negociaciones entre los interlocutores sociales británicos sobre la reorganización de los patrones de trabajo, que alcanzaría no sólo a acuerdos sobre tiempo de trabajo, sino también sobre otras materias, como las retribuciones, la productividad, la seguridad e higiene..., lo que coadyuvaría a incrementar el peso de la negociación colectiva en este país.

Como conclusión de todo lo antedicho, a nuestro juicio, lo más correcto es que en la nueva Directiva que se adopte se ponga fin a la base legal existente para que los Estados miembros se acojan al «*opt-out*», dejando transcurrir un período transitorio de 36 meses para que esta supresión no sea traumática para los países que actualmente lo admiten. Durante este intervalo temporal, además, se deberán aplicar las garantías más estrictas previstas por la Comisión, con el objeto de incrementar los controles que garanticen que la voluntad de los trabajadores que acepten esta figura sea libre.

## 5. EL CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO

En el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE se define al tiempo de trabajo como «*todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus*

<sup>45</sup> Vid. BARNARD, C., DEAKINS, S y HOBBS, R., «Opting out of the 48 hours week: employer necessity or individual choice? An empirical study of the operation of article 18.1.(b) of the Working Time Directive in the United Kingdom», *Industrial Law Journal*, núm. 32, 2003, pág. 223 y ss.



*funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales*». Y el período de descanso, por exclusión, se define como todo período que no sea tiempo de trabajo. En la Directiva no existe ninguna categoría intermedia, por lo que un período determinado sólo puede ser considerado tiempo de trabajo o de descanso.

Con el objeto de lograr una mayor precisión sobre esta materia hay que traer a colación la doctrina emitida por el TJCE, en sentencias SIMAP y JAEGER, respectivamente de 3 de octubre de 2000 y de 9 de septiembre de 2003<sup>46</sup>. El TJCE afirma que los elementos característicos del tiempo de trabajo —según el artículo 2.1 de la vigente Directiva 2003/88/CE, de 4 noviembre, el período durante el que el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales—, concurren únicamente cuando el personal está presente en el centro de trabajo, y no por el mero hecho de estar localizable, pues en este caso sólo debe entenderse como tiempo de trabajo el correspondiente a la efectiva prestación de servicios<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Cfr. la STJCE SIMAP vs Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana, As. C-303/98, de 3 de octubre de 2000, en la que se plantea al Alto Tribunal si cuando los médicos que realizan turnos de atención continuada (guardias), mediante los dos sistemas posibles: de localización y de presencia física, debe estimarse todo este tiempo como de trabajo o sólo aquél efectivamente invertido en la realización de la actividad para la que son llamados. Así como en el mismo sentido el Auto CIG vs el servicio Gallego de Salud, As.C-241/99, de 3 de julio de 2001. Asimismo, la reciente STJCE JAEGER y KIEL, de 9 de septiembre de 2003, As. C-151/02, manifiesta que es preciso considerar que un servicio de atención continuada que efectúa un médico en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo a efectos de la Directiva 93/104/CEE, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios.

<sup>47</sup> El TJCE en su sentencia SIMAP manifestó que «el tiempo dedicado a la atención continuada prestado por los médicos de equipos de atención primaria, bien mediante el régimen de presencia física en los centros sanitarios debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104. Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria». En la sentencia JAEGER se precisó que un servicio de atención continuada que un médico efectúa en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo con arreglo a la Directiva, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se requieran sus servicios». Secundando esta doctrina por la que los elementos característicos del tiempo de trabajo son las obligaciones de hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y de permanecer a disposición de éste para poder prestar inmediatamente servicios en caso de necesidad, vid en la jurisprudencia española, entre otras, STSJ de Galicia, de 21 de marzo de 2001, Ar. 2128 y STSJ de Aragón, de 18 de marzo de 2002, Ar. 922.

Esta doctrina tiene importantes consecuencias en determinados sectores de los distintos Estados miembros, esencialmente en el de la sanidad<sup>48</sup>, que requieren períodos de guardia regulares. Esto es así, porque antes de la sentencia SIMAP el concepto de tiempo de trabajo se solía interpretar en el sentido de que no exigía considerar como tiempo de trabajo las fases de inactividad durante el servicio de atención continuada, no equiparándose los períodos de atención continuada al tiempo de trabajo a que se refiere el artículo 2 de la Directiva. En algunos países miembros estaban en vigor disposiciones relativas a categorías intermedias entre estos dos conceptos, como la disponibilidad, las actividades de guardia, de permanencia, de desplazamientos<sup>49</sup>, etc. Aunque en la mayoría de los mismos los períodos inactivos del tiempo dedicado a la atención continuada estaban excluidos del tiempo de trabajo.

El impacto de esta doctrina jurisprudencial, dado que ahora a igual tiempo de trabajo se llegará antes al umbral que delimita la duración máxima del tiempo de trabajo, lleva consigo en la mayoría de los Estados miembros, en sectores como el sanitario, la contratación de un número adicional de recursos humanos, el estudio de nuevas formas de trabajo en equipo multidisciplinar, la prestación, cuando sea posible, con profesionales sanitarios, no médicos, de determinados servicios, el rediseño de servicios en

<sup>48</sup> Otros sectores en los que esta definición del tiempo de trabajo tiene una fuerte incidencia son: los bomberos, la policía, trabajadores de la hostelería, cuidadores en internados, personal de residencias de ancianos, trabajadores ferroviarios o funcionarios de prisiones.

<sup>49</sup> Cfr. a modo de ejemplo, en España, el RD 1561/1995, de 8 de septiembre, de jornadas especiales de trabajo, que en su artículo 8, limitado al sector del transporte, establece lo siguiente:

— Se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga. Siéndole aplicable la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo prevista en el artículo 34 del ET y los límites establecidos para las horas extraordinarias en el artículo 35.

— Se considerará tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentre *a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo*, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta o similares. Las horas de presencia no computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite de las horas extraordinarias.

Además, se establece que los convenios colectivos aplicables a estos sectores determinarán, en cada caso, los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia, no pudiendo exceder de 20 horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes, y distribuyéndose con arreglo a los criterios que se pacten colectivamente, con el respeto debido a los períodos de descanso entre jornadas y semanal propios de cada actividad.

algunas áreas..., para prestar el mismo nivel de calidad<sup>50</sup>. Otra opción para eludir las importantes consecuencias que derivan de esta línea jurisprudencial, sería extender la práctica del «*opt-out*» entre los médicos, pero no se puede obviar, en primer lugar, que su aceptación debe ser siempre voluntaria y no todos los médicos la querrán, y en segundo lugar que, tal y como se ha analizado en el punto 4 de este estudio, esta institución está inmersa en un controvertido proceso de debate, no estando garantizada su permanencia tras la revisión de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo.

Son varias las alternativas que, con el objeto de preservar los servicios esenciales y eludir unos efectos desproporcionados, podrían ser adoptadas al hilo de la revisión de la Directiva:

1. *Permitir* que los Estados miembros puedan *derogar* las reglas que surgen de la jurisprudencia del TJCE sobre el cómputo del tiempo de trabajo durante las guardias. De este modo los distintos países podrían, a través de su legislación o de convenios colectivos, admitir que a diferentes niveles —nacional, local— se adoptaran fórmulas alternativas, como la definición de una proporción del tiempo de trabajo total en guardia como tiempo de trabajo. Esto permitiría más flexibilidad.

2. Alterar el contenido de la Directiva, creando una *nueva categoría de tiempo de inactividad*, un período durante el cual el trabajador está trabajando a llamada, en una guardia, pero en el cual no es requerido para desarrollar sus actividades, siendo libre para dormir o descansar. Este tiempo no contaría como trabajo efectivo, a efectos de calcular el límite máximo de jornada o de delimitar los descansos a que se tienen derecho. Los Estados miembros, en este supuesto, también deberían estar habilitados a determinar qué proporción del tiempo denominado inactivo debería ser computado, fijando por ejemplo una proporción estándar o dejando esta materia a la negociación colectiva.

3. *Modificar la definición de tiempo de trabajo* establecida en el artículo 2 de la Directiva, para aclarar que esta categoría no incluye los períodos en los que el trabajador está trabajando a llamada, y no es requerido efectivamente para realizar sus obligaciones, teniendo libertad para descan-

<sup>50</sup> Por ejemplo, el Gobierno Alemán señala que, de conformidad con esta línea jurisprudencial, las necesidades de personal aumentarían en un 24% y que se necesitarían entre 15.000 y 27.000 médicos más, requiriendo, a su vez, unos costes adicionales de uso 1750 millones de euros. En el Reino Unido sería necesario contratar entre 6250 y 12550 médicos, situándose los costes adicionales entre 380 y 780 millones de libras esterlinas. En los Países Bajos se deberían contratar a 10000 nuevos miembros del personal sanitario, lo cual representaría un coste adicional de 400 millones de euros. Existe un problema, además de financiero, de imposibilidad de encontrar a un número de candidatos suficiente con la cualificación necesaria para desempeñar estos servicios.

sar o dormir. Esto permitiría que la Directiva se interpretara de la misma forma que antes que se emitiera la jurisprudencia resultante de las sentencias SIMAP y JAEGER, resolviéndose los problemas que surgen en la mayoría de los Estados miembros respecto, esencialmente, la atención de los servicios sanitarios.

Algunos Estados miembros, como el Reino Unido<sup>51</sup>, se posicionan a favor de la operatividad de una opción similar a la segunda, es decir que aboga por admitir la existencia de variaciones en la noción de tiempo de trabajo inactivo. En este sentido entiende que se debería permitir que los Estados miembros pudieran adoptar normas que delimitaran qué proporción del tiempo de inactividad es tiempo de trabajo en cada sector específico. Con esta alternativa se proporcionaría flexibilidad a los Estados sobre el tratamiento del tiempo de inactividad. No obstante, como ya se ha resaltado en apartados anteriores, la situación británica es muy singular, y teniendo en cuenta la escasa tasa de cobertura de la negociación colectiva en este país, el Reino Unido pretende poder realizar este tratamiento más específico del tiempo de inactividad por medio de convenios colectivos sectoriales o bien de normas Estatales que, para conseguir los mismos efectos que la regulación convencional, regularmente deberán ser revisadas con el objeto de adaptarse de la forma más ágil posible a los cambios y circunstancias concretas.

Tras destacar cuáles son las opciones posibles, hay que prestar atención a la reacción efectivamente producida al hilo de la presentación por la Comisión de las propuestas de modificación de la Directiva. La Comisión Europea plantea que los períodos de tiempo latente o inactivo durante el tiempo de guardia, en los que no se realiza un trabajo real y efectivo, no deben gozar del mismo nivel de protección que los períodos realmente activos. Por lo tanto, tales intervalos no deben ser equiparados a tiempo de trabajo, de conformidad con la definición de la Directiva. No obstante, deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de admitir lo contrario mediante la legislación nacional de cada uno, así como mediante la negociación colectiva entre los agentes sociales<sup>52</sup>.

De forma más concreta, la primera de las propuestas de la Comisión, fechada en septiembre de 2004, establece, con el objeto de eludir los efectos de la línea jurisprudencial surgida en los pronunciamientos

<sup>51</sup> Cfr. el Documento «Communication from the Comision concernig the re-examination of Directive 93/104/CE concerning certain aspects of the organisation of working time. Response of the United Kingdom», 2004, en [www.dti.org](http://www.dti.org).

<sup>52</sup> Cfr. en este mismo sentido del informe del Comité de las Regiones, así como la Comisión de Industria, Investigación y Energía. En contra Comisión de Derechos de la Mujer e igualdad de Género, que entiende que permitiendo esto se dañan las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar.



reseñados<sup>53</sup>, dos nuevas definiciones, en adición a tiempo de trabajo y tiempo de descanso, el tiempo de atención continuada, en el que el trabajador tiene la obligación de permanecer en el lugar de trabajo, y el período inactivo del tiempo de atención continuada. En esta propuesta se dispone que el tiempo de atención continuada durante el que no se trabaje no contará como tiempo de trabajo, y sí el tiempo de atención continuada en el que el trabajador ejerce efectivamente su actividad o funciones. Lo expuesto presenta una laguna de gran envergadura, puesto que no se aclara cómo se mide el tiempo de trabajo en los períodos de atención continuada y en la práctica esta cuestión puede estar rodeada de una gran heterogeneidad.

El Parlamento Europeo, en oposición, aboga por la consideración del período inactivo de las guardias como tiempo efectivamente trabajado, aunque admitiendo que por ley o convenio colectivo estos tiempos puedan ser computados de forma específica a efectos de la duración media semanal máxima de 48 horas. Consecuentemente, el Parlamento aboga por contabilizar todas las horas de guardia como tiempo de trabajo efectivo, pero simultáneamente admite un cómputo especial y diferenciado de aquellas horas de inactividad, por ejemplo determinándose que tres horas de guardia computadas corresponden a nueve horas reales de guardia, y siempre y cuando coetáneamente a esta medida se cumplan los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

Tras estos primeros movimientos la Comisión, al presentar su segunda propuesta de modificación de la Directiva en mayo de 2005<sup>54</sup>, realiza ciertas precisiones. El período inactivo del tiempo de atención continuada no se considerará tiempo de trabajo, a menos que la legislación nacional o, de conformidad con la legislación o la prácticas nacionales, un convenio colectivo o un acuerdo entre interlocutores sociales dispongan de otro modo. Para aclarar esto último, y dado que surgen dificultades para determinar que porción del período inactivo de atención continuada debe ser contabilizado como tiempo de trabajo, se concreta que el período inactivo del tiempo de atención continuada *podrá* calcularse sobre la base de una *media del número de horas o de una proporción del tiempo de atención continuada que tenga*

<sup>53</sup> Vid. sobre los efectos resaltados de forma detenida, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La aplicación de la Directiva 93/104/CEE al personal estatuario de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 12 a 17.

<sup>54</sup> Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, de 22 de septiembre de 2004 (COM 2004 607 final). Y Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, de 31 de mayo de 2005, (COM 2005 246 final).

en cuenta la experiencia del sector de que se trate, en virtud de convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales o previa consulta de éstos. Con ello se conseguirá que, dado que en los distintos sectores, profesiones y empresas existen condiciones distintas de aplicación del tiempo de atención continuada, por ejemplo pueden surgir diferencias en el sector hospitalario en función del tamaño de los hospitales o de las especialidades médicas, se adopten normas especiales, adaptadas a cada sector y actividad, que deberán establecer, fundamentalmente, las partes negociadoras de los convenios colectivos.

Asimismo, en la propuesta de la Comisión se concreta que los períodos efectivamente inactivos del tiempo de atención continuada no se tendrán en cuenta para el cálculo de los períodos de descanso (diario, semanal) <sup>55</sup> que correspondan, lo que conlleva que se dote de gran relevancia a la delimitación del modo de escisión de estas dos categorías, el período activo y el inactivo del tiempo de atención continuada, en los convenios colectivos.

Hay que subrayar que el TJCE, el 1 de diciembre de 2005, ha emitido la sentencia ABDELKADER DELLAS <sup>56</sup>, que reitera sus pronunciamientos anteriores sobre esta cuestión. En esta sentencia se dilucida si en determinadas profesiones y empleos que comporten fases de inactividad pueden fijarse una duración equivalente a la duración legal del trabajo <sup>57</sup>. El supuesto de hecho concreto se refiere a albergues que son gestionados por personas privadas sin ánimo de lucro. En este caso para computar el tiempo de trabajo de los trabajadores, cada nueve horas de trabajo de vigilancia nocturna en las habitaciones de guardia se contabiliza como tres horas de trabajo efectivo, añadiéndose media hora más por cada 60 minutos suplementarios. Los afectados por este Decreto entienden que las reglas del mismo son incompatibles con los objetivos de la Directiva 93/104/CEE. Esto es así, porque se implanta un modo de cómputo específico del tiempo de trabajo de los servicios de vigilancia nocturna que no exigen la intervención constante del personal, cuando el TJCE ha declarado en sus sentencias SIMAP y JAEGER que el tiempo de inactividad debe ser computado de forma íntegra a efectos

<sup>55</sup> Cfr. un análisis de la cuestión de los descansos desde la perspectiva comunitaria en LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Evolución normativa de los descansos laborales*, MTAS, Madrid, 2005, págs. 120 a 125.

<sup>56</sup> *Vid.* sentencia del TJCE de 1 de diciembre de 2005, As. C-14/04. ABDELKADER DELLAS vs Ministerio de Trabajo Francés.

<sup>57</sup> La legislación francesa establece que la adopción de Decretos sobre esta materia y su revisión será realizada previa consulta con las organizaciones de empresarios y trabajadores interesadas y teniendo en cuenta, en su caso, los resultados de las negociaciones llevadas a cabo entre éstas.

del cumplimiento por los empresario de sus obligaciones en materia de duración máxima de la jornada y de los períodos de descanso.

Según el contenido de la sentencia de diciembre de 2005 la Directiva no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y de descanso, y la intensidad del trabajo o el rendimiento no son criterios a tener en cuenta para definir el tiempo de trabajo. El pronunciamiento jurisprudencial abunda en la idea de que la definición de tiempo de trabajo y de períodos de descanso, sus elementos característicos, son conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, el establecimiento de unas disposiciones mínimas para mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores. Por lo tanto, todos los Estados miembros, con el objeto de proteger eficazmente la seguridad y la salud de los trabajadores deben garantizar de forma uniforme el respeto a los umbrales fijados por la Directiva, fundamentalmente los relativos a la duración máxima del tiempo de trabajo y al cumplimiento de los descansos, no encajando en los márgenes permitidos el supuesto de hecho descrito en el caso de la sentencia <sup>58</sup>.

Consecuentemente, en tanto en cuanto no se realice una modificación de la legislación comunitaria, que, en línea con lo propuesto por la Comisión, introduzca la categoría del período inactivo del tiempo de atención continuada y un modo específico de cómputo proporcional del mismo, no existirá base legal para adoptar una legislación como la francesa.

Sobre esta cuestión parece que no existe una amplia divergencia entre Comisión y Parlamento. Ahora bien, resulta llamativo que con cualquiera de las alternativas propuestas no se secunda la jurisprudencia emanada del TJCE <sup>59</sup>. Al contrario, en este caso la legislación comunitaria conlleva una intervención correctora, para eludir el impacto negativo que su contenido puede tener sobre la suficiencia y calidad de los recursos humanos y los costes de determinados sectores productivos, fundamentalmente el sanitario. En función de los distintos datos expuestos, tanto jurisprudenciales como institucionales, da la impresión de que la modificación futura de la Directiva podría incidir más en aclarar o dotar de mayor precisión los términos de la misma que en producir un cambio profundo de su contenido.

<sup>58</sup> A pesar de que como se alega por el Gobierno francés la normativa discutida establece que todas las horas de presencia son contabilizadas a efectos de la delimitación de los períodos de descanso correspondientes y a que todo el tiempo de presencia en el lugar de trabajo, sea activo o inactivo, no sea considerado tiempo de descanso.

<sup>59</sup> Cfr. en este sentido el Informe del Comité Económico y Social Europeo, que hace hincapié en este argumento y en que es necesario que las instituciones comunitarias al abordar esta revisión legislativa busquen un planteamiento compatible con el TJCE.

## 6. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

A la reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo se ha incorporado un elemento de debate que no fue tan tenido en cuenta en sus versiones precedentes. Ahora expresamente se hace referencia a que la nueva norma comunitaria debe facilitar la conciliación del trabajo y la vida familiar<sup>60</sup>. Este enfoque es simultáneo con el logro de un equilibrio adecuado en esta materia entre flexibilidad y seguridad, y todo ello sin olvidar que el fin primordial de esta Directiva es la protección eficaz de la seguridad y la salud de los trabajadores. Por lo tanto, nos encontramos con una complejidad de intereses presentes, que deberán ser compatibilizados con el objeto de obtener el resultado más óptimo posible.

En un principio podría parecer que algunos los objetivos señalados son contradictorios, por ejemplo se podría pensar que la obtención de una mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo no casa con la consecución de mejoras en materia de conciliación. Sin embargo, lo esencial será conseguir un equilibrio en este contexto heterogéneo. Si para los empresarios una mayor flexibilidad del tiempo de trabajo conlleva poder adaptar el tiempo de trabajo efectivo a las variables fluctuaciones de la demanda, a cambios imprevistos, etc., para los trabajadores ésta puede permitirles compatibilizar mejor el trabajo con los compromisos familiares. En la práctica cada caso será diferente, y el logro del equilibrio entre flexibilidad y seguridad será fruto en gran medida de la negociación entre el empleador y el trabajador o sus representantes<sup>61</sup>.

A estos efectos, en todos los países miembros, por vía legislativa o a través de acuerdos entre interlocutores sociales, se han adoptado distintas medidas que tienen como fin flexibilizar el tiempo de trabajo y permitir una mayor compatibilidad entre la vida profesional y familiar. Éstas son muy variadas, tanto por su contenido como por su ámbito de aplicación personal, aunque algunas de ellas se repiten con mayor reiteración: la reducción

<sup>60</sup> En la Comunicación emitida por la Comisión en diciembre de 2003 se señalaba que la necesidad de compatibilizar mejor la vida profesional y la vida familiar se debe a los cambios sociológicos en las sociedades europeas, en particular la llegada masiva de mujeres al mercado de trabajo, el incremento de divorcios, la inestabilidad y heterogeneidad de la estructura del hogar o incluso la evolución demográfica.

<sup>61</sup> Cfr. FERRADANS CARAMÉS, C., *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 38. Por ejemplo en el trabajo a tiempo parcial, los trabajadores entenderán que a menor tiempo de trabajo existen mayores posibilidades de compatibilizar trabajo y responsabilidades familiares, mientras que los empresarios considerarán que existen más posibilidades de distribución del tiempo de trabajo. En este caso la negociación es la solución más efectiva para conseguir la adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades tanto de los empresarios como de los trabajadores.



o adaptación del tiempo de trabajo para ocuparse de niños de corta edad o familiares dependientes, el fomento de trabajo a tiempo parcial, la admisión de fórmulas que permitan mayores posibilidades de adaptación del tiempo de trabajo individual o el establecimiento de sistemas de ahorro de tiempo de trabajo.

Esta línea de tendencia, sin embargo, es seguida de forma vaga en la propuesta de modificación de la Directiva presentada en septiembre de 2004 por la Comisión. En la misma, únicamente se hacía referencia en su considerando sexto a que para mejorar la compatibilidad entre vida profesional y familiar, en el marco de los objetivos de la Estrategia de Lisboa, «*incumbe a los Estados miembros fomentar la negociación entre los interlocutores sociales en este ámbito*».

Con este llamamiento no se satisface de forma suficiente el logro de este objetivo de política social y esto es puesto de manifiesto por el Parlamento Europeo<sup>62</sup>. Esta institución hace hincapié en que el mismo debe estar presente en las distintas medidas sobre la ordenación del tiempo de trabajo previstas en la Directiva, y no sólo de forma tangencial en los considerandos de la misma. Así, la conciliación de la vida laboral y familiar debe ser tenida en cuenta para fijar la duración y organización semanal del tiempo de trabajo, ya que la misma será obstaculizada si se sigue permitiendo jornadas laborales muy largas, mediante la operatividad de la cláusula del «*opt-out*»<sup>63</sup>; asimismo, respecto al concepto de tiempo de trabajo, también pueden existir importantes implicaciones para la compatibilización de vida profesional y familiar, pues puede que se considere que no todo el tiempo de atención continuada es definible como tiempo de trabajo, y que, no obstante, durante todo ese tiempo no se pueda atender a la familia; otro posible aspecto en el que están imbricados la gestión del tiempo de trabajo y la conciliación es el trabajo con un cierto ritmo, y la aplicación del principio de adecuación del trabajo a la persona, ya que según estas premisas deberían facilitarse, por ejemplo, las solicitudes de cambios en la organización del trabajo por motivos familiares, que deberían examinarse por los empresarios de forma justa y equitativa.

<sup>62</sup> En este mismo sentido el Informe de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género.

<sup>63</sup> El dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva, de 18 de mayo de 2005, señala que la mayor conciliación del trabajo y de la familia exige en el futuro tiempos de trabajo planificables y calculables, es decir una flexibilidad que no se ajuste exclusivamente a los intereses empresariales, sino que permita a los padres interesados un margen de acción para distribuir el tiempo de trabajo en función de las necesidades familiares. Esta institución destaca que el «*opt-out*» individual no contribuye a ello, ya que permite la prolongación del tiempo de trabajo diario y semanal más allá de las disposiciones mínimas de la Directiva.

Teniendo en consideración algunas de las precisiones expuestas, en la segunda propuesta de modificación de la Directiva presentada por la Comisión se ha dado mayor relevancia a la conciliación de la vida familiar y laboral. En una primera aproximación, en las referencias realizadas en sus considerandos hay que subrayar que se incide<sup>64</sup> en que es necesario encontrar un nuevo equilibrio entre la conciliación de la vida profesional y la vida familiar, por un lado, y una mayor flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, por otro.

En una segunda aproximación hay que resaltar que se introduce un nuevo artículo 2. *ter* en la Directiva, denominado *Conciliación de la vida laboral y familiar*, en el cual se reitera lo ya establecido anteriormente de forma vaga «*Los Estados miembros animarán a los interlocutores sociales a que celebren, en el nivel adecuado y sin perjuicio de su autonomía, acuerdos destinados a mejorar la compatibilidad entre la vida familiar y la vida profesional*». Tal y como se ha subrayado los términos de este mandato no son imperativos, pues simplemente se dispone que los Estados «animarán», es decir fomentarán, impulsarán, a los interlocutores sociales a llegar a acuerdos con este fin, sin fijar unos objetivos más precisos.

Este mismo artículo añade que «*Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que: — los empresarios informen a sus trabajadores, con la debida antelación, de cualquier cambio en la organización del tiempo de trabajo, y*

*— los trabajadores puedan solicitar cambios en su horario y ritmo de trabajo y los empresarios estén obligados a considerar tales solicitudes teniendo en cuenta las necesidades de flexibilidad de los empresarios y de los trabajadores*». Con esta prescripción se introduce en escena el problema, más acentuado en lo trabajadores que necesitan conciliar vida laboral y familiar, de la falta de certeza del contenido de la prestación y del modo de su ejecución. El sentido del nuevo artículo propuesto es que los cambios en la duración o distribución del tiempo de trabajo sean preavisados con una debida antelación, que debería ser concretada por la autonomía colectiva, a los trabajadores afectados, para que en concordancia puedan programar su tiempo de no trabajo. Así, la definición del calendario laboral por el empre-

<sup>64</sup> El considerando quinto establece que la conciliación de la vida laboral y familiar es también un elemento esencial para lograr los objetivos que se ha fijado la Unión en la estrategia de Lisboa, en particular para incrementar el índice de empleo de las mujeres. Y en el considerando séptimo se prescribe que «es preciso reforzar la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores y aumentar la flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, en particular en lo que se refiere al tiempo de atención continuada y, más específicamente, a los períodos inactivos durante el tiempo de atención continuada, así como encontrar un nuevo equilibrio entre la conciliación de la vida profesional y la vida familiar, por un lado, y una mayor flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, por otro».



sario, aún pudiendo fijar una distribución flexible del tiempo de trabajo, deberá respetar en todo caso las disposiciones legales imperativas aplicables en cada Estado, en España por ejemplo los artículos 34.2, 3 y 4, 36.1, 37.1 y 2 y 38.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>65</sup>, así como las pautas que se puedan introducir en la negociación colectiva al respecto. A modo de ejemplo, en los convenios colectivos se pueden fijar franjas horarias, días de la semana, e incluso el número máximo de horas que pueden ser requeridas en la franja elegida, con el objeto de que tales indicaciones, según los intereses particulares de las partes concernidas, sean seguidas al concretar la duración y distribución de la jornada de trabajo de cada trabajador. Con ello se consigue, coetáneamente, satisfacer las necesidades de flexibilidad empresarial y que el trabajador pueda identificar los tiempos de trabajo y de descanso y programar su tiempo de no trabajo.

Siendo positivo el mayor énfasis que se hace en esta materia en la propuesta de Directiva de mayo de 2005, no se puede dejar de mirar la perspectiva que debe guiar su desarrollo. A nuestro juicio, la conciliación de la vida laboral y familiar debe estar presente en la ordenación del tiempo de trabajo de forma transversal, puesto que en todos sus aspectos tiene connotaciones. Por ejemplo, ya se hizo hincapié anteriormente en la importancia que puede tener una mayor o menor duración de la jornada laboral o unos períodos de referencia más flexibles para compatibilizar trabajo y familia. Por ello, es necesario que esta materia además de ser objeto de un artículo específico de la futura Directiva, esté presente de forma horizontal en todas y cada una de las medidas que se prevean.

## 7. CONCLUSIONES

La modificación de la Directiva 2003/88/CE, relativa al tiempo de trabajo, está conllevando un arduo trabajo de entendimiento entre los distintos países e instituciones comunitarios. Ahora bien, la idea de un acuerdo no parece que vaya a llegar con prontitud, ya que probablemente hasta la segunda mitad del año 2006 no se alcance el mismo. Respecto a la ampliación del período de referencia, la definición del tiempo de trabajo o la introducción de medidas de ordenación del tiempo de trabajo que faciliten la conciliación de la vida laboral y familiar, no parece que existan demasiados escollos para llegar a un consenso. Sin embargo, los principales problemas

<sup>65</sup> Será necesario respetar en todo caso prescripciones sobre la duración y distribución del tiempo de trabajo, tales como la duración máxima de la jornada ordinaria, los períodos de descanso dentro de la jornada de trabajo, entre una jornada y otra, semanal y anual. Así como los límites que rodean el desarrollo de horas extraordinarias y de jornadas en horario nocturno.



surgen en torno a la figura del «*opt-out*», que ha sido erigida piedra angular de todo el proceso, puesto que de la misma depende en gran medida la competitividad de algunos Estados de la Unión Europea. Sólo resta esperar y ver como van transcurriendo las negociaciones durante los meses venideros.

A nuestro juicio el «*opt-out*», de conformidad con el espíritu y objetivo de la Directiva, debe ser eliminado paulatinamente del mercado de trabajo europeo. Si al hilo de la reforma de la Directiva 2003/88/CE una de las medidas que se implantan es la generalización del período de referencia de 12 meses, ello contribuirá a que, aunque se fije que el límite máximo legal de jornada semanal es de 48 horas a la semana, se pueda generar en todos los países miembros, combinando las posibilidades existentes en cada legislación nacional y en la negociación colectiva, un escenario con un equilibrio suficiente entre flexibilidad y seguridad.



2

---

# Mercado de Trabajo







# EFICACIA DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO FEMENINO DE ÁMBITO ESTATAL

JOSÉ MARÍA CARIDAD Y OCERÍN

*Catedrático de Estadística de y Econometría*  
Universidad de Córdoba

PILAR NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS

*ETEA*  
Universidad de Córdoba

GENOVEVA MILLÁN VÁZQUEZ DE LA TORRE

*Profesora Titular de Estadística y Econometría*  
Universidad de Córdoba

## EXTRACTO

A través de un estudio interdisciplinar, se procede a efectuar un recorrido por distintas medidas legislativas del pasado reciente, se usan diversos métodos y estadísticas que permiten evaluar la realidad española respecto al empleo femenino.

En la primera parte se pretende analizar como reacciona el mercado laboral femenino ante las principales actuaciones normativas en materia de política de empleo femenino en el ámbito estatal; sobre todo, en las medidas que actúan sobre la demanda de empleo, consistentes básicamente en medidas de fomento del empleo (principalmente bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social) y también medidas laborales de derecho individual trabajo (y complementarias de Seguridad Social) dirigidas a la expansión del empleo; muy especialmente, las medidas laborales para promover la igualdad de oportunidades y la conciliación de la vida laboral y familiar.

En la segunda parte se aborda el problema de la modelización econométrica, utilizando diversas técnicas. La utilización de métodos econométricos permite cuantificar los efectos de medidas laborales, tanto legislativas como administrativas, sobre los mercados de trabajo, pudiendo valorar sus efectos y cuantificar la influencia de las mismas con relación a los fines e intenciones originales del legislador, y del decisor socio-económico.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ACTUACIONES DE POLÍTICA DE EMPLEO FEMENINO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO Y ESTATAL
  - 2.1. Política estatal de fomento de la contratación indefinida de mujeres
  - 2.2. Medidas dirigidas a colectivos con especiales dificultades: las mujeres víctimas de violencia de género
3. MEDIDAS DE POLÍTICA DE EMPLEO DIRIGIDAS AL COLECTIVO DE TRABAJADORES CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES
  - 3.1. Incidencia de las medidas de fomento del empleo y laborales sobre el empleo de los trabajadores con responsabilidades familiares
  - 3.2. Insuficiencia en la normativa laboral de medidas laborales que garanticen un empleo de calidad de los trabajadores con responsabilidades familiares
4. EVALUACIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO AL EMPLEO FEMENINO DE ÁMBITO ESTATAL
5. PREDICCIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO FEMENINO EN ESPAÑA
6. CONCLUSIONES DERIVADAS DEL USO DE MODELOS

## 1. INTRODUCCIÓN

De sobra es conocido que si bien en España se ha incrementado notablemente la tasa de participación de la mujer en la vida económica en los últimos años, ésta sigue siendo escasa (el 47,47% frente al 68,93% de la masculina)<sup>1</sup>. Si se compara con algunos de los países de nuestro entorno como Francia o Suecia (todavía no hemos alcanzado la tasa de población activa de Francia de 1998), es una de las más bajas de la Unión Europea. Los datos demográficos demuestran que en los países del Norte de Europa, en concreto en los países Escandinavos, con una población femenina inferior tienen mayor número de mujeres activas que en la Europa del Sur. Las tasas de actividad laboral femenina son más elevadas en Dinamarca (60 por ciento); Suecia (58 por ciento); Holanda (56 por ciento) y Reino Unido (55 por ciento); países todos ellos en los que la incorporación de las mujeres al mundo laboral fue temprana. En el extremo opuesto, estarían países como Italia (37 por ciento) y Grecia (38 por ciento) precisamente en los que dicha incorporación ha sido más tardía<sup>2</sup>.

Centrándonos en la evolución acaecida en España, cabe resaltar que, en 1960 no llegaban ni a dos millones y medio las mujeres españolas que trabajaban fuera del hogar<sup>3</sup>. En la década de los setenta comenzó el incre-

<sup>1</sup> EPA primer trimestre 2006.

<sup>2</sup> Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de febrero de 2005, «Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres, 2005».

<sup>3</sup> INEM.



mento masivo de su participación en el mercado de trabajo <sup>4</sup>, alcanzando en el primer trimestre de 2006, más de 7,8 millones, con un aumento del 0,77% con respecto al trimestre anterior <sup>5</sup>. Como es sabido, ello no significa que en el pasado las mujeres estuvieran inactivas, sino más bien al contrario, simplemente no recibían o recibían una escasa remuneración por su trabajo. Además de realizar el trabajo doméstico, educaban a los hijos, participaban en las tareas del campo (Andalucía y Galicia principalmente) y también en la artesanía y el comercio; pero, a pesar de ello, en la mayoría de los casos, no figuraban como trabajadoras ya que el asegurado era el cabeza de familia, estando la mujer casi las mismas horas que el hombre ejerciendo dicha actividad prácticamente «gratis», es decir, sin tener en cuenta el coste de oportunidad correspondiente. En el momento presente, quedan pocos oficios que no ejerzan las mujeres, pero, es importante resaltar que, principalmente, ocupan puestos que les permiten conciliar la vida profesional y familiar. De manera que el 70% de las mujeres trabajadoras españolas se concentran mayoritariamente en cinco grupos de actividad: funcionarias públicas; empleadas de empresas; empleadas de hogar; obreras industriales sin cualificación; maestras y profesiones relacionadas con la salud (enfermeras y médicos). Sin duda por esta razón, son muy pocas las mujeres españolas que desarrollan una carrera industrial o científica <sup>6</sup>. Tampoco es frecuente que las mujeres accedan a puestos ejecutivos o altos cargos en empresa, como lo demuestra el hecho de que en los equipos directivos de las 1000 empresas más importantes de España tan solo el 3,25% de los puestos los ocupan mujeres.

En contraste con esta situación, y, como dato muy positivo, hemos de resaltar que, en los últimos tiempos, la mujer es, sin duda, motor de arran-

<sup>4</sup> Varios fueron los factores que incidieron en este incremento, entre ellos los siguientes:

- 1.º) Un mayor nivel educativo.
- 2.º) Nuevos electrodomésticos.
- 3.º) La generalización de los anticonceptivos.
- 4.º) El crecimiento del sector terciario.

5.º) La concienciación de las interesadas de adquirir autonomía financiera (Millán, G., en un estudio realizado en 1999 (*El mercado de trabajo en Andalucía*, Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía.), para las mujeres andaluzas tener éxito, significa un 33% ser económicamente independiente, mientras que tener hijos un 29,2%).

<sup>5</sup> 7.764.720 mujeres ocupadas en el cuarto trimestre 2005.

<sup>6</sup> MILLÁN VÁZQUEZ DE LA TORRE, G., *Modelos econométricos de demanda de educación superior y empleo*, Consejería de Educación y Ciencia, Junta de Andalucía, Sevilla, 1995, señala que en la última década, existen más mujeres universitarias, con mejores expedientes que los hombres pero que estudian carreras relacionadas con la Ciencias Sociales y de la Salud, existiendo un bajo porcentaje que se dedican a estudios Técnicos (Ingeniería y Arquitectura).

que del mercado laboral. Así pues, de los 4.260.883 de nuevos afiliados a la Seguridad Social<sup>7</sup> (desde el cuarto trimestre de 1997 al cuarto trimestre de 2004), 2.253.442 son mujeres; es decir el 52,88% de los nuevos empleos creados en los últimos siete años fueron ocupados por mujeres, descendiendo la tasa de paro para ese mismo período del 27,85% al 14,55%. E incluso se espera que, para el primer semestre del año 2006, esta tasa sea inferior al 10%. Para lograr estos objetivos, los sucesivos Gobiernos españoles han elaborado, dentro de sus políticas de empleo y en el marco de una Estrategia Europea para el Empleo, distintas medidas de carácter legal para favorecer la incorporación de la mujer al trabajo, algunas han sido efectivas y otras no tanto como se esperaba.

En la primera parte de estudio, y en concreto en los siguientes epígrafes se trata de analizar como reacciona el mercado laboral femenino ante las principales actuaciones normativas en materia de política de empleo femenino en el ámbito estatal. Centrando nuestros esfuerzos, sobre todo, en las medidas que actúan sobre la demanda de empleo, consistentes básicamente en medidas de fomento del empleo (principalmente bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social)<sup>8</sup> y también medidas laborales<sup>9</sup> de derecho individual del trabajo. Estas últimas dirigidas a la expansión del empleo, mediante la modalización de las instituciones nucleares del contrato de trabajo (contratación laboral, salarios, tiempo de trabajo, despido...) <sup>10</sup>; entre las que hay que destacar, muy especialmente, las medidas laborales para promover la igualdad de oportunidades y la conciliación de la vida laboral y familiar <sup>11</sup>.

De todas estas premisas arranca nuestro análisis, para realizarlo partiremos del ámbito del Derecho del empleo, grupo normativo especial dentro del Derecho del trabajo, al que en parte excede, y al que, principalmente, compete actuar sobre el mercado de trabajo, en nuestro caso sobre el femenino; si bien el ordenamiento laboral en su conjunto, y muy especialmente, el Derecho individual del trabajo, aunque utilicen técnicas diferentes, com-

<sup>7</sup> Series del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>8</sup> Residenciadas dentro del Derecho del empleo, por medio de las cuales se procura el abaratamiento del coste de la mano de obra femenina para convertirla en un bien que resulte más atractivo para el empresario, propiciando la contratación por cuenta ajena (bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social principalmente).

<sup>9</sup> Así como medidas complementarias de Seguridad Social.

<sup>10</sup> Sobre estas categorías, CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El nuevo derecho del empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre», *Aranzadi Social* núm. 19/2003, págs. 3 y ss.

<sup>11</sup> No constituirán objeto específico de nuestro estudio, en el momento presente, las denominadas medidas de creación de empleo, las cuales se dirigen a facilitar la creación de empresas, tienen como finalidad la creación directa de empleo e inciden sobre la oferta de empleo (fomento de pymes, autoempleo, economía social...).



parten, desde hace años, como objetivo prioritario la conservación, el reparto y la expansión del empleo.

En la segunda parte, se aborda el problema de la modelización econométrica, utilizando diversas técnicas. La utilización de métodos econométricos permite cuantificar los efectos de medidas laborales, tanto legislativas como administrativas, sobre los mercados de trabajo, pudiendo valorar sus efectos y cuantificar la influencia de las mismas con relación a los fines e intenciones originales del legislador, y del decisor socio-económico. Además constituyen una herramienta necesaria para poder evaluar a priori distintas políticas alternativas<sup>12</sup>. En este marco se encuadra este análisis interdisciplinar, en el que, al lado de un recorrido por distintas medidas legislativas del pasado reciente, se usan diversos métodos y estadísticas que permiten evaluar la realidad española, y abordar estudios interregionales, que permitan desarrollar un sistema de incentivos específicos en diversas regiones del país, y en ámbitos especialmente desfavorecidos hacia la mujer, como es el rural. Los factores que influyen en el empleo femenino se han estudiado de forma cuantitativa, a través de unos modelos econométricos y de series temporales. Las medidas legales adoptadas en el pasado reciente para favorecer la incorporación de la mujer al mundo del trabajo han tenido una influencia en la evolución de las contrataciones. Varios factores exógenos condicionan la contratación de mujeres, lo cual es investigado mediante un modelo logístico, determinando las variables exógenas que tienen influencia en la situación de estar empleada una mujer. El conocimiento de estos factores causales puede ser de utilidad al legislador ante modificaciones de los incentivos laborales para incrementar el empleo femenino y la igualdad entre sexos, anticipando el efecto que tendrán medidas legales que afecten a las citadas variables.

La utilización de técnicas econométricas en el ámbito del Derecho laboral, hace posible la cuantificación de resultados, y contribuye a facilitar el proceso de toma de decisiones legislativas, que pueden basarse, además de en los sistemas ideológicos y percepciones de la realidad, en datos y en observaciones de la misma, y en las interrelaciones entre distintas magnitudes socio-económicas, su importancia relativa, y las interacciones que se producen entre distintas medidas de política económica sobre los sistemas que pretenden regular.

Los modelos logísticos empleados cuantifican los citados factores causales que influyen en el empleo femenino, y su valoración relativa en cuanto a controlar la probabilidad de obtener un puesto de trabajo. Las com-

<sup>12</sup> CARIDAD Y O CERÍN, J. M., *Econometría, Modelos econométricos*, Barcelona, Reverte, 1998.



paraciones interregionales entre dichos factores se obtienen como producto adicional. La utilidad de éstos modelos se extiende al diseño de políticas específicas de incentivos complementarios en regiones menos favorecidas en cuanto a la situación de la mujer, es decir, a medidas legislativas y de políticas económicas adaptables al entorno variable que existen entre distintas zonas de España.

Un análisis clásico de evolución temporal se ha abordado mediante modelos dinámicos, para realizar predicciones a corto, y, a veces, a medio plazo, de la evolución del empleo por sexos. La EPA proporciona información complementaria de utilidad. Con estos modelos se pueden apreciar desviaciones que son atribuibles parcialmente a medidas legislativas. Como línea inmediata en este sentido, cabe la valoración, en cuanto a su influencia en el mercado de trabajo, de algunas medidas legislativas que pretenden incentivar el empleo femenino, la igualdad entre sexos, la temporalidad, u otras características relacionadas.

## **2. ACTUACIONES DE POLÍTICA DE EMPLEO FEMENINO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO Y ESTATAL**

Las competencias de la Unión Europea en materia de política de empleo quedan limitadas a labores de coordinación de las políticas nacionales, consistentes en la revisión de los informes anuales de los Estados Miembros sobre las medidas adoptadas por ellos en materia de empleo, para, en su caso, formular, a través del Consejo y la Comisión, orientaciones y recomendaciones al respecto<sup>13</sup>. Sin embargo, su papel de coordinación no debe ser minusvalorado ya que permite la identificación de los pilares básicos sobre los que en cada momento es oportuno realizar las acciones más intensas en materia de empleo, posibilitando una convergencia material entre las políticas de los diferentes Estados; aun careciendo la Unión Europea en este ámbito de potestad armonizadora de las distintas legislaciones<sup>14</sup>. De ahí se deriva que el influjo de la Unión Europea sea decisivo en nuestra política y, por tanto, también en nuestra legislación interna sobre

<sup>13</sup> Entre estas Recomendaciones se encontraba la necesidad de poner remedio al viejo problema de la alta tasa de desempleo femenina en relación con la media europea

<sup>14</sup> Tras las directrices adoptadas en el Consejo Europeo Extraordinario de Luxemburgo de noviembre de 1997 en el que se fijó la estrategia coordinada de las políticas nacionales de empleo (Estrategia Europea para el Empleo) con la fijación de unas Directrices para el Empleo para el año 1998; uno de cuyos cuatro pilares era reforzar la política de igualdad de oportunidades, directrices posteriormente incorporadas por los Estados Miembros en sus planes nacionales de acción para el empleo del año 1998.



empleo<sup>15</sup>. Precisamente, la urgencia de poner en marcha el contenido del nuevo Título VIII del Tratado de la Unión Europea, tras la reforma de Ámsterdam, consagrado al empleo, y la necesidad de dar soluciones, en este nuevo contexto, al descorazonador panorama que arrojaban nuestros indicadores respecto a la media europea en el primer trimestre de 1997<sup>16</sup>, determinaron una importante intervención normativa para la mejora del mercado de trabajo por parte del Estado español, en la que se llevaron a cabo significativas reformas mediante la aprobación de la Ley 63/1997, de Medidas urgentes de mejora del mercado de trabajo y de fomento de la contratación indefinida, de 26 de diciembre de 1997<sup>17</sup>; acompañada de la Ley 64/1997, de 26 de diciembre de 1997 que regula incentivos en materia de Seguridad Social para fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo<sup>18</sup>. El cambio de tendencia normativa, a favor de la contratación indefinida, que supusieron este conjunto de medidas; su continuidad posterior, y su impacto en el conjunto del mercado de trabajo y, en particular, como veremos, en el mercado de trabajo femenino, justifica que situemos en ese preciso momento el comienzo de nuestro análisis. Resumidamente las medidas consistieron, en la creación de un contrato indefinido para fomento del empleo<sup>19</sup> (en adelante CFCI) y, en el apoyo económico de la contratación indefinida mediante bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social.

## 2.1. Política estatal de fomento de la contratación indefinida de mujeres

Centrándonos en la incidencia de la referida normativa de 1997 en el mercado de trabajo femenino, el contrato indefinido para fomento del em-

<sup>15</sup> CRUZ VILLALÓN, J. y GÓMEZ GORDILLO, R., «Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos, comunitario nacional y autonómico», *Temas Laborales*, núm. 61, 2001, págs. 88 y ss.

<sup>16</sup> Desempleo cercano a 3,5 millones de personas y una tasa de paro 21.5 %, con un empleo temporal de 33,6% y un empleo a tiempo parcial del 8%.

<sup>17</sup> El origen de esta Ley fue un Real Decreto-ley, de 16 de mayo de 1997, que fue sometido a debate y votación de la totalidad del Congreso de los Diputados acordándose su validación, así como su tramitación como proyecto de Ley, convirtiéndose finalmente en esta Ley 63/97.

<sup>18</sup> Para completar su contenido se aprobó otra norma que regula incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo. La incentivación se concreta en bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, debidamente graduadas y se completa con normas específicas que tienen en cuenta las circunstancias personales que concurren en determinados colectivos de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo.

<sup>19</sup> Introducido como medida coyuntural, posteriormente la Ley 12/2001 normalizará la institución y ampliará sus destinatarios.

pleo no estaba dirigido expresamente en esta primera regulación al colectivo de mujeres desempleadas<sup>20</sup>; sin embargo los incentivos complementarios en materia de Seguridad Social sí reservaron la mayor bonificación para mujeres que presten servicios en profesiones u oficios en que estén subrepresentadas<sup>21</sup>. Adicionalmente, entre las políticas activas de empleo incorporadas por esta normativa (Ley 63/97), hay que destacar el abaratamiento de la extinción del contrato indefinido para fomento del empleo; aunque no se trate de una medida de fomento del empleo propiamente dicha, sino una medida laboral que hace posible la fluidez en la contratación de asalariados, en nuestro caso mujeres, promoviendo la flexibilidad de salida. Con frecuencia, el Derecho individual del Trabajo aporta soluciones en orden incentivar la creación de empleo, finalidad que comparte con el llamado Derecho del empleo, si bien las técnicas utilizadas son diferentes<sup>22</sup>.

En resumen, a partir del año 1997, el objetivo de las medidas de fomento del empleo femenino que se mantiene hasta el presente, se ciñe en potenciar, abaratándolo, y por tanto haciéndolo más atractivo para el empresario, el empleo estable de las mujeres; sobre todo el empleo de los colectivos de mujeres con especiales dificultades y en profesiones y ocupaciones con menor índice de empleo femenino<sup>23</sup>. Es necesario resaltar que esta técnica de fomento del empleo (incluida la conversión de contratos temporales en indefinidos) mediante la reducción de su coste se ha mostrado moderadamente eficaz. Ciertamente, la decisión de contratar no viene determinada por las medidas de reducción del coste económico, limitándose, en todo caso, al más modesto papel de acompañamiento de tal decisión una vez tomada; sin embargo la decisión de contratar por tiempo indefinido sí parece que está directamente ligada al factor de subsidiación, sin ayudas oficiales la cultura de la temporalidad impone su lógica<sup>24</sup>. En cifras, los resultados de la contratación indefinida fueron alentadores, pero francamente dis-

<sup>20</sup> No incluyó con una mención expresa, en esta primera regulación, entre sus destinatarios prioritarios al colectivo de mujeres desempleadas, sin embargo sí incluye a los desempleados jóvenes, parados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco y minusválidos.

<sup>21</sup> Para dar mayor eficacia al contenido de esta medida la Orden de 16 de septiembre de 1998 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales procede a establecer la relación de profesiones u oficios en los que se considera que la mujer está subrepresentada.

<sup>22</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., «El nuevo derecho del empleo...», cit., pág. 30.

<sup>23</sup> A efectos de determinar el rendimiento neto de las actividades a las que resulte aplicable y por las que no se haya renunciado a la modalidad de signos, índices o módulos del método de estimación objetiva del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, las trabajadoras contratadas indefinidamente, en el marco de la Ley 64/1997, no se computarán como personas asalariadas durante los veinticuatro meses siguientes a su contratación; lo mismo sucederá con aquellas que su contrato se haya transformado en indefinido.

<sup>24</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., «El nuevo derecho del empleo...», cit., pág. 16.

cretos en cuanto a los CFCI de nueva realización con mujeres. Concretamente, de un total de 331.841 CFCI iniciales celebrados en 1998, 219.049 lo fueron con hombres y 112.792 con mujeres; en 1999 se firmaron 389.539 CFCI iniciales, 251.150 con hombres y 138.389 con mujeres<sup>25</sup> que ascendieron a 94.899 desde el año 1997 al 2001. La medida que, sobre todo, resultó más eficaz fue la conversión (bonificada) de contratos temporales en indefinidos que ascendieron a 97.747 desde el año 1997 al año 2001<sup>26</sup>.

Respecto a la evolución del empleo en su conjunto, la realización de contratos indefinidos ordinarios aumentó de 68.446 en 1999 a 102.741 en el año 2000, para volver a descender a 90.546 en el año 2001. Sin embargo, existe un efecto negativo, que oscureció al positivo descrito, y es que el mercado laboral continuó dando preferencia a las nuevas contrataciones laborales temporales frente a las indefinidas con lo que se produjo un incremento del empleo precario<sup>27</sup>. Por tanto, transcurridos cuatro años desde la reforma de 1997, período fijado por la propia normativa para la valoración de su eficacia; en términos globales, la rectificación normativa de la política de empleo realizada no arrojó, en su conjunto, un resultado excesivamente satisfactorio. Es cierto, como hemos señalado, que el número de contrataciones indefinidas experimentó un cierto incremento; gracias, sobre todo, a la normalización institucional del contrato para fomento de la contratación indefinida y sus reducidos costes de extinción. Pero ello no se tradujo en un estimable retroceso de la tasa de la temporalidad, que en el año 2002 seguía siendo espectacularmente elevada, situándose el porcentaje de temporalidad global en el 31%<sup>28</sup>, apenas cuatro puntos menos que la registrada en los años 1996 o 1997, fundamentalmente centrada en el colectivo de mujeres y jóvenes; con esta ritmo de descenso sería necesario veinte años para igualarnos con la media europea.

A pesar de todo, la valoración positiva de los resultados obtenidos desde la normativa de fomento del empleo de 1997 por el partido en el Gobierno, calificados, de manera rimbombante, como «excelentes» en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 5/2001, de 3 de marzo, instalaron, como hemos señalado, una continuidad para el futuro de las medidas precedentes; que básicamente se mantuvieron introduciendo elementos correctores. La identificación de las mujeres desempleadas como grupo inde-

<sup>25</sup> <http://www.mtas.es/estadísticas>.

<sup>26</sup> <http://www.mtas.es/estadísticas>.

<sup>27</sup> CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. y otros, «El impacto de la normativa laboral sobre el empleo», en *Empleo y Mercado de trabajo: Nuevas Demandas, Nuevas Políticas, Nuevos Derechos, Monografías Temáticas laborales*, CARL, Sevilla, 2005, págs. 415 y ss.

<sup>28</sup> CES. *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral en España en el 2002*. Madrid, CES, 2003, pág. 277.

pendiente a efectos de la contratación indefinida para fomento del empleo es novedad del año 2001, aunque solo hasta cierto punto<sup>29</sup>. Esta novedad tuvo un cierto influjo en el aumento de su contratación a partir de ese momento. Quizás por no estar las mujeres identificadas en la Ley 63/97 como un colectivo independiente, fueron contratadas en menor medida que los hombres; pues lo fueron como jóvenes, como paradas de larga duración, como mayores de 45 años o minusválidas<sup>30</sup>.

A partir del año 2001, existió una continuidad prácticamente absoluta en el apoyo a la contratación indefinida (incluida la conversión en indefinidos de los contratos temporales) de mujeres desempleadas; reflejada, fundamentalmente, en los sucesivos Programas Anuales de Fomento del Empleo de los años 2002 a 2006<sup>31</sup>. Desde el año 2002<sup>32</sup>, estos Programas ampliaron el colectivo de destinatarios de ayudas a la contratación, incluidas las mujeres desempleadas, graduando las bonificaciones, por grupos, en función de sus dificultades para la inserción por razón de la edad, duración del período de desempleo, pertenencia a sectores con menor índice de empleo

<sup>29</sup> Como ya hemos señalado la Ley 64/97 incentivaba con bonificaciones de la cuota de Seguridad Social a los empresarios que contratasen indefinidamente mujeres en actividades u oficios en los que se hallen subrepresentadas; posteriormente el Programa para Fomento del Empleo del año 1999 volvió a insistir en la idea identificando ya al colectivo de mujeres contratadas en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino y lo mismo haría el Programa de Fomento del Empleo del año 2000, que no se limitó a aludir a las mujeres en el apartado relativo a los incentivos sino que directamente las incluyó como uno de los colectivos definidos en su ámbito de aplicación.

<sup>30</sup> LUJÁN ALCÁZAR, J., «El contrato para fomento de la contratación indefinida», en *La reforma Laboral del 2001*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 142.

<sup>31</sup> Los Programa de Fomento del Empleo para los años 2003-2006 conceden determinados beneficios —bonificaciones de las cuotas empresariales por contingencias comunes— a los empresarios que celebren contratos de trabajo indefinidos con mujeres con dificultades de inserción laboral. Se bonifican las cuotas empresariales a la Seguridad Social de los contratos indefinidos en los siguientes casos:

— mujeres desempleadas de 16 a 45 años (el veinticinco por ciento de la cuota durante los 24 meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato);

— mujeres desempleadas contratadas para trabajar en actividades con menor índice de empleo femenino que además llevaran inscritas en la oficina de empleo un mínimo de seis meses consecutivos o fueran mayores de 45 años (setenta por ciento, el primer año, y sesenta por ciento por ciento el segundo).

— Mujeres desempleadas inscritas en la Oficina de Empleo que sea contratadas en los veinticuatro meses siguientes al parto (bonificación del cien por cien en los doce meses siguientes al inicio del contrato (redactado por RDL 5/2002).

<sup>32</sup> Llegados a este punto es obligada la referencia La nueva Ley de Empleo de 16 de diciembre del 2003 (Ley 56/2003, de 16 de diciembre) que si bien por tratarse de una Ley marco no incorpora medidas al respecto, si incluye entre sus objetivos el aseguramiento de políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a las mujeres.



femenino; y, por haber sido madres recientemente, reforzando significativamente las bonificaciones en este último caso. Cabe pensar, a pesar de la insuficiencia de datos disponibles, que esta diferenciación por grupos fuese más eficaz respecto a cada uno de los segmentos de población femenina contemplados, al intensificar los esfuerzos en los colectivos más necesitados de ayuda<sup>33</sup>.

Muy recientemente, el pasado 9 de mayo de 2006 se aprobó el Acuerdo para la mejora y crecimiento del empleo, primer acuerdo tripartito laboral suscrito desde el año 1981, entre Gobierno, Organizaciones Empresariales y Confederaciones Sindicales. Cuyo eje central gira entorno a la reducción de la temporalidad; el reto que incorpora no es aumentar el empleo sino que sea de mejor calidad. Promueve instrumentos novedosos, encaminados sobre todo a la contratación indefinida inicial. A través de reglas contra el encadenamiento abusivo de contratos temporales y la extensión del uso del contrato de fomento de la contratación indefinida para la conversión de contratos temporales en indefinidos, siempre que los contratos temporales se celebre antes del 31 de diciembre de 2007<sup>34</sup>.

La nueva formulación de incentivos a la contratación indefinida reflejada en el Acuerdo Tripartito de 9 de mayo de 2006 se estructura, básicamente, entorno a las siguientes líneas generales para el futuro:

1. Un Plan extraordinario para la reducción de la temporalidad<sup>35</sup>.
2. La Supresión total a partir de 2007 de los incentivos actuales a la conversión de contratos temporales en indefinidos<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Existió ausencia de registros que permitan conocer cual es el volumen de empresas que se acogen a estas bonificaciones, así como también ausencia de controles específicos en los que se realice un seguimiento a las empresas para conocer el grado de cumplimiento de estas medidas de empleo. Hasta enero del 2005 se carecía de datos sobre el volumen total de contratos bonificados, lo cual imposibilita la realización de un análisis, por ejemplo de la incidencia en el mercado de trabajo habían tenido las recientes modalidades contractuales dirigidas a mujeres paradas contratadas en los veinticuatro meses siguientes de tener un hijo, a las mujeres víctimas de violencia doméstica, o las bonificaciones introducidas por los contactos suspendidos de mujeres por descanso por maternidad o en excedencia por cuidado de hijos y que se reincorporen en los veinticuatro meses siguientes a la suspensión (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. y otros, «El impacto de la normativa laboral...», cit. pág. 417).

<sup>34</sup> En la regulación vigente del contrato temporal se tenía que haber celebrado antes del 31 de diciembre de 2003.

<sup>35</sup> Durante el segundo semestre de 2006 se continuará bonificando, incluso con una mejora adicional, la conversión en indefinidos (tanto los ordinarios como de fomento de la contratación indefinida) de los contratos temporales que estén en vigor en la fecha de la reforma legislativa.

<sup>36</sup> Para desincentivar el recurso inicial a los contratos temporales cuya conversión posterior en indefinidos era bonificada. A partir de 2007 solo serán objeto de ayudas los contratos indefinidos iniciales

3. Sustitución de los actuales porcentajes de bonificación de cuotas de la Seguridad Social<sup>37</sup> por módulos fijos de ayuda mensual diferentes para los distintos colectivos.
4. Ampliación de la duración de los incentivos de los 2 años actuales a 4 años para beneficiar la permanencia de los contratos<sup>38</sup>.

Respecto al colectivo de mujeres se incluye para el futuro un nuevo incentivo a la contratación indefinida de mujeres que se reincorporen al empleo después de cinco años de inactividad, siempre que acrediten, anteriormente a su retirada del mercado de trabajo, un período de ocupación mínima con alta en la Seguridad Social de tres años.

## 2.2. Medidas dirigidas a colectivos con especiales dificultades: las mujeres víctimas de violencia de género

Entre las intervenciones de los poderes públicos para la eliminación de la violencia de género en las mujeres, la más importante y ambiciosa ha sido la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género (en adelante LOIVG), que pretende dar una respuesta global a la violencia que se ejerce contra las mujeres, con medidas preventivas y también con medidas encaminadas a proteger a quienes ya están sufriendo esta situación<sup>39</sup>. Entre este último grupo de medidas, se encuentran un conjunto de políticas activas de empleo de las que estas mujeres son destinatarias prioritarias; y que básicamente se ciñen a programas específicos para fomento del empleo y la contratación de las desempleadas<sup>40</sup>, apoyando al empresario económicamente para favorecer su contratación (indefinida o temporal); así como su sustitución o traslado en caso de necesidad. Complementariamente, el legislador toma en consideración el hecho de que la mujer que sufre violencia en el ámbito familiar tiene una vida profesional que con seguridad se verá afectada por su situación, y para favorecer la conservación de su trabajo y su estabilidad en el empleo le otorga un grupo de derechos de contenido laboral, tales como la suspensión de su con-

<sup>37</sup> Que benefician más a los trabajadores con altos salarios.

<sup>38</sup> Se mantiene el carácter indefinido de los incentivos para mayores de 45 años y discapacitados.

<sup>39</sup> Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral de la violencia de género.

<sup>40</sup> Para abaratar el coste de su contratación, se bonifica la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes (65 por ciento) durante un máximo de veinticuatro meses por su contratación temporal o indefinida.



trato y el traslado con reserva de puesto de trabajo<sup>41</sup>, y efectos en el ámbito de la Seguridad Social sustitutivos del salario en ambos casos. Para aligerar el coste de su sustitución o traslado, se bonifica el contrato de interinidad para sustituir a las trabajadoras víctimas de violencia de género que se vean obligadas a suspender su contrato de trabajo o a trasladarse o cambiar de centro de trabajo<sup>42</sup>.

Asimismo respecto a las medidas de creación de empleo, en el marco del Plan de Empleo del Reino de España, se incluye a partir del año 2005 un programa de acción específico para las inscritas como desempleadas, en el que se promociona el inicio de una nueva actividad por cuenta propia (artículo 22 de la Ley Orgánica Integral de Violencia de Género, 28 de diciembre 2004)<sup>43</sup>.

A pesar de todo, este conjunto de medidas arroja una escasa eficacia, como dato indicativo, en el año 2004, el Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social refleja tan solo 98 nuevas contrataciones entre este colectivo.

### 3. MEDIDAS DE POLÍTICA DE EMPLEO DIRIGIDAS AL COLECTIVO DE TRABAJADORES CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES

Las nuevas directrices comunitarias para el empleo en los Estados miembros de la Unión en el marco general de la Estrategia Europea hasta el año 2010 sitúan la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la con-

<sup>41</sup> QUINTANILLA NAVARRO, B., «Violencia de género y derechos sociolaborales, La L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», *Temas Laborales* núm. 80, 2005, pág. 28 y pág. 48.

<sup>42</sup> La bonificación es del cien por cien de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el período de suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de puesto de trabajo.

<sup>43</sup> En lo relativo a las normas autonómicas debemos destacar que es común la previsión de la inserción laboral de las víctimas del maltrato doméstico; se suele promover su contratación laboral y su constitución como trabajadoras autónomas y socias cooperativistas. Así se pronuncia el art. 22 de la Ley cántabra, el artículo 38 de la Ley canaria, el artículo 14 de la Ley de Castilla-la Mancha, el art. 17 de la Ley foral de Navarra. En esta última norma se indica también que el Servicio Navarro de Empleo dará preferencia a la colocación de este colectivo en las listas de demanda de empleo. También el Plan de Empleo femenino previsto en el art. 22 de la Ley gallega para la igualdad de las mujeres y los hombres atenderá entre sus objetivos prioritarios a la inserción laboral de este colectivo. En todos los casos queda claro que el empresario contratante estará obligado a guardar confidencialidad absoluta sobre las circunstancias personales de la mujer víctima de violencia.

ciliación de la vida laboral y familiar entre los ejes de las políticas de empleo femenino, partiendo del presupuesto de que las desigualdades existentes entre hombres y mujeres, con relación al empleo, desempleo y la remuneración, conectadas con la asunción mayoritaria por parte de las mujeres de las responsabilidades familiares son factores que subyacen al problema del desempleo femenino<sup>44</sup>. Parece, por tanto, lógico afirmar que la remoción de dichas desigualdades de trato y un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, tendrán una incidencia positiva en la evolución del empleo femenino<sup>45</sup>. Asimismo el Informe de la Comisión de expertos para el Dialogo Social de enero del año 2005 señala como objetivo prioritario a alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

De sobra es conocida la incidencia que el factor responsabilidades familiares tiene en el mercado de trabajo femenino. El ejercicio de las responsabilidades constituye un factor claramente detractor del empleo femenino, ya que dificulta el acceso<sup>46</sup>, permanencia y estabilidad en el empleo de este colectivo; y también empeora sus condiciones de trabajo. Por ello, este colectivo de trabajadores es terreno privilegiado para la intervención

<sup>44</sup> Para hacer frente, entre otros aspectos, a los nuevos retos que planteaba la ampliación de la Unión Europea y las profundas transformaciones económicas y sociales de los últimos años, en el 2003 se adoptó una nueva Estrategia Europea de Empleo con tres objetivos primordiales: el pleno empleo, la promoción de la calidad y la productividad en el trabajo, y el fomento de la cohesión social y un mercado de trabajo inclusivo. En su desarrollo se elaboró una Decisión con fecha 22 de julio de 2003, cuyas directrices fueron mantenidas por la Decisión del Consejo de 4 de octubre de 2004, para que los Estados miembros la tomen en cuenta en sus políticas de empleo hasta el año 2010. Las políticas de empleo se encaminarán a conseguir como promedio en la Unión Europea una tasa de empleo general del 67% en el 2005 y del 70% en 2010 y una tasa de empleo femenino del 57% en el 2005 y del 60 % en el 2010.

<sup>45</sup> El Consejo Europeo de Barcelona, 15 y 16 de marzo del 2002, acordó que los Estados miembros deberían a más tardar en el 2010 prestar servicios de guardería al 90% de los niños de edades comprendidas entre los tres años y la edad de escolarización obligatoria, y al menos al 33% de los menores de 3 años. Deberían abordarse los factores que subyacen a las diferencias entre hombres y mujeres en materia de desempleo y remuneración, y deberían alcanzarse objetivos concretos fijados para su reducción sin poner en entredicho el principio de diferenciación salarial en función de la productividad y de la situación del mercado de trabajo.

<sup>46</sup> El Anteproyecto de la futura Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres de 3 de marzo de 2006, contiene una previsión al respecto, se añade un nuevo artículo 22 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre (discriminaciones relativas al acceso en el empleo), de Empleo en los términos siguientes. Art. 22 «...en particular se consideran discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar. En todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico».



de las políticas de fomento del empleo; sobre todo estatales, ya que como es sabido, las Comunidades autónomas encuentran en este terreno restricciones competenciales para su actuación<sup>47</sup>.

Sobre el factor responsabilidades familiares inciden básicamente, en el ámbito estatal, de manera simultánea, buscando una mayor eficacia, políticas activas de fomento del empleo de dos tipos: medidas laborales (y también de seguridad social) y de fomento del empleo. Por un lado, las medidas laborales, reconocen a estos trabajadores derechos cada vez más amplios, a la vez que garantías de conservación del puesto de trabajo durante su disfrute; y medidas de fomento del empleo, que se centran en el apoyo económico al empresario para la aligerar las cargas derivadas de su contratación, incentivando, sobre todo, su acceso al empleo y el mantenimiento de éste<sup>48</sup>; para así contrarrestar el efecto negativo sobre el empresario de las ventajas que la normativa laboral les concede. Quizás el mayor acierto en orden a su eficacia para favorecer la expansión del empleo, sea que estas medidas interactúan en sus objetivos, para buscar un punto de equilibrio entre los intereses de los trabajadores con responsabilidades familiares y el interés del empresario. De manera que, a lo largo del tiempo las medidas de fomento del empleo corrigen deficiencias de las medidas laborales y viceversa. La principal deficiencia de ambas es que su actuación se ciñe básicamente sobre la relación laboral y este planteamiento resulta claramente insuficiente. Conectando con lo anteriormente dicho, una política eficaz de conciliación de vida laboral y familiar ha de partir necesariamente de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, de que nadie se vea perjudicado en sus condiciones de trabajo por el ejercicio de los derechos conferidos para compatibilizar el trabajo y la familia. La consecución de estos objetivos presupone una estrategia global e integrada que permita organizar mejor los horarios de trabajo, una mayor flexibilidad, así como la vuelta más fácil a la vida profesional después de haberse ausentado por un período de tiempo por motivos familiares.

### 3.1. Incidencia de las medidas de fomento del empleo y laborales sobre el empleo de los trabajadores con responsabilidades familiares

Poco después de la reforma de 1997 surge la primera normativa estatal que pretende evitar reticencias del empresario en la contratación de mujeres por motivos relacionados con la maternidad, aligerando las cargas económicas que soportaba (el llamado «coste cero de la maternidad») median-

<sup>47</sup> Al respecto, CRUZ VILLALÓN, J. y GÓMEZ GORDILLO, R., «Las políticas de empleo...», cit.

te el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998. Para así contrarrestar, buscando precisamente ese punto de equilibrio aludido, el efecto negativo sobre el empleo femenino de la expansión que desde el año 1999, con la aprobación de la Ley de la Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, y las medidas laborales y también de Seguridad Social en ella contenidas, experimentará la protección de los trabajadores con responsabilidades familiares<sup>49</sup>. Además, a partir del 2001, se bonifican también las cuotas a la Seguridad Social de los trabajadores en períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, de manera que ya si es posible hablar, con toda propiedad, de coste cero de la maternidad; o, mejor dicho de «coste promocionado», ya que la empresa tiene menos gastos que si no hubiera surgido el acontecimiento familiar, dado que una persona disfruta del permiso por maternidad y la otra la sustituye; y la empresa no tiene que abonar cotización por ninguna de las dos<sup>50</sup>.

Dentro de las medidas de política de empleo adoptadas por la reforma del mercado de trabajo del 2001, conectadas con las anteriores actuaciones relativas a la conciliación de la vida laboral y familiar, se estimula por primera vez, como colectivo especialmente protegido, el acceso al empleo de mujeres desempleadas que hayan sido recientemente (en los veinticuatro meses anteriores) madres, intensificando la bonificación de cuotas, respecto a otros colectivos de mujeres desempleadas<sup>51</sup>. Esta normativa parece situar el período crítico de reincorporación de la madre al mercado de trabajo en los tres años del hijo y por ello refuerza de manera especial la protección de la trabajadora durante su transcurso. Esta medida, sin embargo, dejaba desprotegidas a las trabajadoras empleadas que habían sido recientemente madres cuya situación respecto a la estabilidad en el empleo es especialmente vulnerable; por ello, el legislador, a partir del año 2003, reaccionó bonificando<sup>52</sup> a la empresa donde presten su actividad y se reincor-

<sup>48</sup> Para ello se aligeran los costes de su sustitución durante el disfrute de los descansos y se incentiva económicamente al empresario por el reingreso de estos trabajadores tras ellos.

<sup>49</sup> Esta Ley básicamente amplió los derechos reconocidos a los trabajadores, flexibilizó su disfrute, promocionó la participación del padre en el cuidado del hijo; y sobre todo reforzó la estabilidad en el empleo durante determinados períodos en que los trabajadores se encuentran ejercitando sus responsabilidades familiares. Respecto al coste de las sustituciones dio entrada a la situación de riesgo durante el embarazo para ampliar los supuestos en que se conceden las bonificaciones.

<sup>50</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «“Coste Cero” y “Coste Promocionado” en sustituciones por maternidad y otras circunstancias (la Disposición Adicional Segunda del RD Ley 5/2001)», en *La Reforma Laboral de 2001*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 156 y ss.

<sup>51</sup> La bonificación será del cien por cien, durante un período de doce meses

<sup>52</sup> También con el cien por cien



poren<sup>53</sup>. Cabe pensar que esta previsión contiene un mecanismo adicional de protección de la estabilidad en el empleo de la madre trabajadora en el momento de su reincorporación con el que se pretenden subsanar deficiencias de la Ley de Conciliación de la vida laboral y familiar al respecto. La Ley de Conciliación de la Vida laboral y familiar reforzó significativamente la estabilidad en el empleo de los trabajadores con responsabilidades familiares, incorporando una garantía de presunción de nulidad del despido (disciplinario y objetivo) durante determinadas situaciones y períodos protegidos, entre los cuales no incluía el momento inmediatamente posterior a la reincorporación tras el permiso por maternidad o la excedencia por cuidado de hijos. Por tanto, el hecho de que la normativa de fomento del empleo a partir del año 2003 incentivase al empresario en estos momentos críticos podría ser un mecanismo complementario de supervivencia del contrato de trabajo. De cara al futuro, la nueva Ley Orgánica de Igualdad incidirá también sobre estas cuestiones, incluyendo expresamente nuevas situaciones protegidas por la aludida garantía de nulidad (entre las que se encuentra el momento de reincorporación tras el permiso por maternidad) y ampliará con carácter general el lapso de tiempo en que establece este blindaje del contrato de trabajo por motivos familiares<sup>54</sup>.

Resumidamente, las modificaciones que comporta la futura Ley Orgánica de Igualdad y que ya aparecen, a salvo de las posibles modificaciones que pueda experimentar, en el Anteproyecto 3 de marzo de 2006 de la misma, afectan a muchas de las normas aquí comentadas. En conjunto, podríamos destacar que la nueva Ley intensifica muy significativamente la protección otorgada a los trabajadores con responsabilidades familiares, extendiendo el ámbito subjetivo de su protección<sup>55</sup>; incluyendo nuevos derechos,

<sup>53</sup> Introducida también en el Programa de Fomento del Empleo para el año 2004, dicha previsión se mantendrá en el año 2005 y 2006, ampliándose a los hombres y a las mujeres que se reincorporen tras el permiso por maternidad o la excedencia por cuidado de hijo en los dos años siguientes al parto.

<sup>54</sup> El Anteproyecto de la Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres de 3 de marzo de 2006 establece la nulidad de nuevos supuestos de extinción del contrato de trabajo, entre ellos el riesgo durante la lactancia natural o por enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural; y concretamente el período de reincorporación tras la suspensión por maternidad.

<sup>55</sup> El Anteproyecto de 3 de marzo de 2006 de la Ley de Igualdad modifica el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, el artículo art. 45, 1, apartado «d) maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por venir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes».

(permiso por paternidad, riesgo durante la lactancia natural); ampliando los períodos protegidos (como en el caso de la suspensión por riesgo durante la lactancia natural que puede extenderse hasta los nueve meses), etc.<sup>56</sup>. Consecuentemente, el Anteproyecto de la Ley de Igualdad, incrementa el apoyo económico al empresario con relación a las bonificaciones para afrontar los mayores costes de sustitución de los trabajadores que se ausenten para ejercer sus responsabilidades familiares<sup>57</sup>; sin embargo, dicho incremento en absoluto resulta equivalente, desde nuestro punto de vista, con el extenso catálogo de nuevos derechos dirigidos a los trabajadores con responsabilidades familiares que incorpora. A salvo de la necesidad real de mejorar la conciliación de la vida laboral y familiar, nos atreveríamos a decir que con esta nueva Ley la balanza se descompensa en contra del interés del empresario, con el consiguiente posible efecto negativo para el empleo femenino.

Antes de seguir adelante, y puesto que una de las novedades de la nueva Ley de Igualdad es el denominado permiso por paternidad, es obligada alguna referencia sobre esta nueva figura; claro está desde la óptica de la incidencia en el empleo femenino<sup>58</sup>. Si bien el permiso por paternidad, no va ampliar por sí solo la tasa de actividad femenina, la implicación de los hombres en el cuidado de los hijos es un asunto esencial a estos efectos<sup>59</sup>. Sin la participación del padre no puede haber un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, lo que obviamente dificulta el acceso y, sobre todo, la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. Todavía es muy escaso el número de padres que hacen uso los derechos que les son

<sup>56</sup> Así se recoge en el Anteproyecto 3 de marzo de 2006 de la Ley de Igualdad modifica el Real Decreto Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones los contratos de interinidad de personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento.

<sup>57</sup> El Anteproyecto de Ley de Igualdad (3 de marzo de 2006) modifica la Ley de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (Ley 12/2001).

<sup>58</sup> El Gobierno venía anunciando desde principios del año 2005 que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales estaba elaborando una futura Ley de Igualdad que incluiría la regulación de un permiso por paternidad; finalmente, como hemos señalado, el Anteproyecto de dicha Ley ha visto la luz el pasado 3 de marzo del 2006. Por tal motivo el 19 de mayo del 2005, el PSOE, provocó el rechazo del Congreso a una proposición de ley presentada por el grupo catalán en el Senado (la iniciativa de CIU tuvo el respaldo de PNV y PP) para incrementar en cuatro semanas el actual período de dieciséis semanas.

<sup>59</sup> En palabras de la diputada socialista en el Pleno del Congreso el 19 de mayo del 2005 «el permiso por paternidad por sí solo no va ampliar la tasa de actividad femenina, sino que debe completarse con otra serie de medidas que garanticen que las mujeres puedan seguir trabajando después de ser madres y que eviten entre otras cosas que, que los empresarios extingan su contrato. Porque cuando una mujer se queda embarazada no la despiden, simplemente no la renuevan».



reconocidos para el ejercicio de dichas responsabilidades familiares, en concreto del período (de diez semanas como máximo) que, en la actualidad, pudieran disfrutar del permiso por maternidad. Al tratarse en su nueva configuración de un permiso autónomo, independiente, del de maternidad es posible que contribuya, con el paso del tiempo, a incrementar, la participación del padre en el cuidado del hijo recién nacido; ya que hasta el momento presente el disfrute del permiso por maternidad ha correspondido casi de manera exclusiva a la madre como lo demuestra el hecho de que en el año 2003 de los 239.858 permisos por maternidad disfrutados en España, 236.162 correspondieron a mujeres (98,46 %) <sup>60</sup>.

Es razonable pensar que, en parte, esta situación pueda deberse a la actual configuración del «permiso por maternidad» iniciada en 1989 con continuidad hasta la actualidad; además se producen disfunciones de la normativa actual con la normativa de Seguridad Social, cuyos ámbitos de protección no son siempre coincidentes. La configuración actual del permiso y su correspondiente prestación adolecen de la parentalidad necesaria, ya que otorgan la titularidad del descanso y de la prestación a la madre, quién puede decidir si descansa la totalidad de las dieciséis semanas o si reparte con el padre las semanas que excedan de las seis obligatorias. Además, la exigencia por parte de la normativa laboral y funcionarial de que la madre trabaje, y que cumpla determinados requisitos para disfrutar del descanso y acceder a la prestación por maternidad, y, así poderle transmitirle al padre estos derechos, ha supuesto en muchas ocasiones la exclusión del padre en el disfrute del permiso o de la prestación, o de ambos derechos; aun cuando ambos estuviesen, inicialmente, de acuerdo en su disfrute conjunto. Desde distintos ámbitos, se ha puesto de manifiesto la necesidad de ampliar el ámbito subjetivo de protección de la normativa laboral y de Seguridad Social sobre permiso y prestación por maternidad para remover al menos en el plano legal las dificultades de acceso del padre y promover el ejercicio de estos derechos, y así lo hará la futura Ley de Igualdad <sup>61</sup>. Entre los diversos mo-

<sup>60</sup> A partir de la reforma de 1989 del ET, el disfrute de las dieciséis semanas no tiene por qué llegar a cubrirse, ni por qué hacerlo exclusivamente la madre; es mas, hacerlo podría poner en peligro la promoción y su continuidad profesional.

<sup>61</sup> Conviene destacar, no obstante esta clara subordinación paterna a la voluntad/vicisitudes maternas, la introducción de ciertos matices «racionalizadores» que, sentados por criterio administrativo e inspirados —sin duda— por la búsqueda del bien y mejor protección del recién nacido, suponen la introducción de un juicio de valor estrictamente objetivo, en una suerte de esfuerzo «asexualizador» o eliminador de los lastres indeseables propios de una consideración estrictamente biológica del supuesto. Nos referimos a la Resolución de 21 de abril de 2004, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, según la que, en caso de fallecimiento de la madre, acaecido durante el parto o en momento posterior, y con independencia de que la misma se encontrara o no incluida en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguri-

delos de permiso por paternidad, finalmente saldrá adelante un permiso por paternidad autónomo, no supeditado a la opción materna a favor de su disfrute, ni al cumplimiento por parte de la madre de los requisitos para su disfrute, cuya duración al menos sea de ocho días<sup>62</sup>. Si efectivamente a través de todas estas medidas con el transcurso del tiempo llega a potenciarse la participación del padre en el cuidado del hijo; permitirá a la mujer ausentarse menos tiempo del trabajo por este motivo, pudiendo reincorporarse anticipadamente en caso de necesidad o conveniencia y, así, se favorecerá tanto la estabilidad en el empleo como la carrera profesional de la madre trabajadora, sin desatender por ello el cuidado del hijo.

### 3.2. Insuficiencia en la normativa laboral de medidas que garanticen un empleo de calidad de los trabajadores con responsabilidades familiares

En el plano normativo, y de la realidad, las responsabilidades familiares perjudican la carrera profesional de quien las asume, afectando a la calidad del empleo de las mujeres, en pérdida de derechos, pérdida de retribución, pérdida de promoción, etc. Para evitar que ello suceda, en primer lugar, habría que remover los obstáculos legales para su consecución, de manera que quienes ejerciten estos derechos (permisos, excedencias, reducciones de jornada) mantengan sus condiciones de trabajo (vacaciones, promoción...), incluida la retribución. Además, no solamente respecto a los derechos nacidos antes o durante las ausencias provocadas por motivos familiares, sino también los generados para el futuro durante dichos períodos. No obstante, hay que tomar en consideración un importante inconveniente, los efectos negativos de estas medidas sobre el empleo femenino; dado que muchas de estas ventajas de las que hablamos pesarían básicamente sobre el empresario, por ejemplo no sería el Estado el encargado de abonar a la madre (o al padre) el incentivo económico que deja de cobrar durante la sus-

---

dad Social, el padre podrá acceder a la prestación económica por maternidad (art. 133. *bis* y ss., del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), durante la totalidad del período reglamentario o de la parte de éste que reste, en su caso, hasta completar dicho período computado desde la fecha del parto, siempre que el trabajador acredite, por sí mismo, los requisitos exigidos por la normativa

<sup>62</sup> La experiencia de los países en que puede escogerse por los padres entre licencia de maternidad o de paternidad indica que son relativamente pocos los hombres que solicitan el permiso por paternidad. Una política interesante de estímulo en ese sentido es la de Noruega, donde al menos cuatro de las cincuenta y dos semanas de licencia parental deben ser tomadas por el padre; si el padre no las toma, se pierden.

pensión de su contrato por maternidad (o paternidad). Diferente sería que el Estado asumiese económicamente los perjuicios que el ejercicio de algunos de estos derechos comporta para los trabajadores con responsabilidades familiares, como en el caso de las trabajadoras que ven extinguido su contrato después de disfrutar una reducción de jornada por cuidado de hijos, y cobran una prestación por desempleo inferior a la que les hubiera correspondido de no reducir su jornada por tal motivo. Dicha prestación por desempleo podría entenderse, en términos extensivos, conforme a la Jurisprudencia del TJCE, como retribución, para así mantenerse durante el ejercicio de estos derechos y de esta manera garantizar la igualdad y la suficiencia económica de los trabajadores en tales circunstancias<sup>63</sup>. A pesar de todo, el Tribunal Supremo desestimó la pretensión de estas trabajadoras haciéndose eco de la ausencia de disposiciones que protejan la igualdad en las condiciones de las trabajadoras que ejercitan sus responsabilidades familiares<sup>64</sup>.

Como podemos constatar, la asunción de responsabilidades familiares se encuentra íntimamente relacionada con la discriminación retributiva, y por tanto es en mayor medida padecida por las mujeres, favoreciendo un empleo de baja calidad; de manera que si no se utilizan los elementos correctores necesarios, y no se posibilita a los trabajadores con responsabilidades familiares, hombres y mujeres, una carrera profesional en condiciones de igualdad, las mujeres siempre estarán discriminadas y los hombres

<sup>63</sup> Nos referimos al concepto de retribución acuñado por la Jurisprudencia del TJCE (entre otras, en Sentencia de 30 de marzo de 2004, asunto C-147/02 *Alabaster* (Ar. 80), Sentencia de 19 de noviembre de 1998, asunto C-66/98, Sentencia de *Pedersen y otros* (Ar. 280), y Sentencia de 13 de febrero de 1996 (Ar. 20) cuyo alcance es significativamente más extenso que en nuestro derecho y, que, poco a poco va calando en nuestros Tribunales, llevándolo prácticamente, a cualquier percepción que tenga conexión con el trabajo, inclusive las prestaciones de Seguridad Social. Así pues, en este terreno, el TJCE entiende por igualdad retributiva, y así lo recoge en numerosos pronunciamientos, el mantenimiento durante el disfrute de los derechos para el ejercicio de las responsabilidades de conceptos tales como, las prestaciones económicas por maternidad sustitutivas del salario; las percepciones recibidas del empresario durante el permiso de maternidad; la asignación a tanto alzado que se abona al inicio del permiso por maternidad; las mejoras de Seguridad Social (complementarias a la prestación por maternidad, prestación por jubilación —aportaciones a Planes de Pensiones—, etc.); la subida salarial ocurrida durante la baja por maternidad; la prestación que percibe la mujer embarazada durante la situación de incapacidad temporal, etc.

<sup>64</sup> El Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de marzo del 2005 (JUR/102.679) desestima la pretensión de la trabajadora y concede la prestación por desempleo basándose en nuestra normativa vigente aplicable, que solo toma en consideración el período que había estado con jornada reducida por guarda legal de un menor. Y así lo hace, en aras a la seguridad jurídica que no pueden modificar los Tribunales, reconociendo que dicha regulación actual puede resultar insatisfactoria desde el punto de vista de la conciliación del trabajo y la vida familiar, pero la superación de estas posibles insuficiencias con el coste financiero que ello supone corresponde al legislador.

escasamente participarán en el cuidado de los hijos. La práctica nos demuestra que es difícil imaginar una condición laboral que no tenga dimensión económica. El amplio concepto de retribución acuñado por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido, en parte, plasmado en la reforma del artículo 28 ET<sup>65</sup> realizada por la Ley 33/2002, de 5 de julio sobre igualdad de remuneración por razón de sexo. A nuestro juicio, con este precepto se realiza, la transposición de las directivas sobre igualdad retributiva<sup>66</sup>, y viene a compensar en cierta medida en el plano normativo la ausencia hasta ese momento de disposiciones legales que tutelen la igualdad en las condiciones de trabajo.

Como no podía ser de otra forma, el Anteproyecto de la Ley de Igualdad es parco en abordar estas cuestiones, remitiéndolas a la negociación colectiva<sup>67</sup> y a la tutela por la vía de la discriminación indirecta<sup>68</sup>. Sin embargo, sí deja un reflejo normativo de algunas de ellas, como la compatibilidad de las vacaciones y el permiso por maternidad, paternidad, etc.; tanto en el ámbito del empleo privado como el del empleo público<sup>69</sup>.

#### 4. EVALUACIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO AL EMPLEO FEMENINO DE ÁMBITO ESTATAL

En España no existe la cultura de evaluación de las distintas medidas adoptadas para favorecer el empleo, ni siquiera por las propias instituciones que las llevan a cabo; sin embargo es necesario que las políticas de empleo y, en concreto, las políticas activas del mercado de trabajo sean sometidas a un proceso de evaluación continuo y riguroso, ya que solamente hay indicios de que algunos casos algunos programas han tenido un éxito relati-

<sup>65</sup> A su vez el art. 28 del ET establece «...el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución.... cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo, en ninguno de los elementos o condiciones de aquella». Sin embargo el artículo 35 de la Constitución española proscribía la discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, con referencia expresa a la *remuneración* del trabajo, pero sin definir lo que a estos efectos debe entenderse por tal.

<sup>66</sup> Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975; Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978; Directiva 86/378/CEE, del Consejo, de 24 de julio; Directiva 2000/78/CEE, del Consejo, de 27 de noviembre del 2000.

<sup>67</sup> Art. 38. Anteproyecto 3 de marzo de 2006 de Ley Igualdad. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva: ...mediante la negociación colectiva se establecerán de igualdad de trato y no discriminación entre mujeres y hombres.

<sup>68</sup> Anteproyecto 3 de marzo de 2006 de Ley Orgánica de Igualdad (art. 5. concepto discriminación indirecta).

<sup>69</sup> Art. 54 del Anteproyecto de 3 de marzo de 2006 de Ley Orgánica de Igualdad.



vo <sup>70</sup>. Muchos de los programas relativos a políticas activas del mercado de trabajo se han desarrollado sin un conocimiento suficiente acerca de los efectos sobre los objetivos deseados para saber si están colaborando realmente al aumento de la contratación estable de mujeres, que es el objetivo a alcanzar; o si, simplemente, se están abaratando sin más las contrataciones que ya estuvieran decididas. Al igual que se desconoce si los contratos bonificados están perdurando en el tiempo o si su vigencia es de poco más que el tiempo en el que han sido subvencionados.

Numerosas han sido las críticas que se han hecho desde diversos ámbitos al sistema de fomento de la contratación estable de las mujeres instaurado en nuestra política de empleo de ámbito estatal, no solamente por el lado de la eficacia. Para empezar la excesiva dispersión de la normativa, que no solo incluye medidas cada anualidad, principalmente en la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, sino también en normas específicas en función del colectivo afectado; lo cual es posible que, como hemos visto en los apartados correspondientes, coyunturalmente mejore su eficacia para alguno de estos colectivos, pero dificulta la posibilidad de analizar la incidencia de estas técnicas en el fomento de la contratación general. A la vez que existe una excesiva movilidad normativa, caracterizada, por normas de vigencia anual que incorporan medidas de duración indefinida, lo cual convierten el sistema en caótico. Además, existió ausencia de registros que permitan conocer cual es el volumen de empresas que se acogen a estas bonificaciones, así como también ausencia de controles específicos en los que se realice un seguimiento a las empresas para conocer el grado de cumplimiento de estas medidas de empleo. Hasta enero del 2005 se carecía de datos sobre el volumen total de contratos bonificados, lo cual imposibilita la realización de un análisis, por ejemplo de la incidencia en el mercado de trabajo habían tenido las recientes modalidades contractuales dirigidas a mujeres paradas contratadas en los veinticuatro meses siguientes de tener un hijo, a las mujeres víctimas de violencia doméstica, o las bonificaciones introducidas por los contactos suspendidos de mujeres por descanso por maternidad o en excedencia por cuidado de hijos y que se reincorporen en los veinticuatro meses siguientes a la suspensión <sup>71</sup>.

En términos generales, y para recopilar lo dicho en cada uno de los apartados correspondientes, si efectuamos un análisis de la contratación indefinida, en todas sus modalidades, de 1999 al 2003 se produce un incremento en cuanto al número de contratos registrados, siendo la conversión del con-

<sup>70</sup> Apartado 8 del Informe de la Comisión de Expertos para el Dialogo Social de enero del 2005.

<sup>71</sup> CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., «El impacto de la normativa laboral ...», cit., págs. 373 y ss.

trato temporal en indefinido el que mayor número de contratos registra (a pesar de que el cómputo total del año 2003 es inferior al del 2002). De lo anterior se exceptúa el contrato indefinido de mujeres jóvenes que ha experimentado un importante descenso en el año 2003 pasando de 111. 426 contratos registrados en 1999 a 88.769 en el 2003.

**CUADRO I**  
**CONTRATOS INDEFINIDOS BONIFICADOS**  
**EN EL COLECTIVO DE MUJERES 1999-2004**

Año	Mujeres contratadas en los 24 meses siguientes al parto	Mujeres subrepresentadas inscritas en el servicio público con antigüedad superior o igual a seis meses	Mujeres subrepresentadas mayores de 45 años	Resto de mujeres subrepresentadas	Mujeres desempleadas entre 16-45 años	Mujeres víctimas de la violencia doméstica
1999		4743	19653	2355	111638	
2000		8377	21718	4659	131890	
2001		5345	17971	4608	86728	
2002		5529	28182	3015	110781	
2003		4774	27838	2978	91903	
2004*	2259	631	1539	2174	146403	98

\* del mes de enero al de noviembre

\*\* miles de contratos.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INE

El informe de la Comisión de expertos para el Diálogo Social (enero 2005) incorpora dichos datos en donde podemos apreciar que a pesar del incremento en la cuantía de las bonificaciones empresariales, sus efectos son escasos sobre el empleo indefinido de mujeres, ya que los empresarios siguen prefiriendo la mano de obra temporal, y en mayor medida la mano de obra masculina que la femenina.

La temporalidad se puede concebir como un instrumento al servicio de varios objetivos, si bien en la actualidad hay un claro divorcio entre su concepción en plano jurídico y su incidencia real. En el ordenamiento jurídico español actual, los contratos temporales se limitan, atendiendo al principio causalidad a los puestos de trabajo de duración determinada. Sin embargo en la práctica la elevada tasa de temporalidad no puede ser explicada por el peso de dichos puestos de trabajo, lo que sugiere que los contratos temporales están cumpliendo otras funciones; en concreto la provisión de flexibi-

alidad externa e interna a las empresas, tanto con relación a los puestos de trabajo de duración determinada como a otros puestos de trabajo que son permanentes.

CUADRO II  
CONTRATOS REGISTRADOS EN ESPAÑA SEGÚN SEXO Y DURACIÓN  
DE LOS MISMOS (AÑOS 1996-2005)

AÑO	VARONES CONTRATOS TEMPORALES	VARONES CONTRATOS INDEFINIDOS	MUJERES CONTRATOS TEMPORALES	MUJERES CONTRATOS INDEFINIDOS
	(miles)	(miles)	(miles)	(miles)
1996	209.1	5153.0	145.3	3120.2
1997	448.8	5762.1	258.7	3623.9
1998	611.2	6454.4	359.8	4238.0
1999	732.1	7065.2	486.2	4951.9
2000	708.8	7275.2	499.7	5345.3
2001	730.7	7281.7	573.3	5470.7
2002	714.2	7328.3	568.8	5568.0
2003	698.9	7548.5	570.9	5849.8
2004	775.7	8310.8	644.1	6620.3
2005	844.4	8650.8	698.4	6971.3
<b>2005*</b>	<b>294.2</b>	<b>2580.4</b>	<b>234.5</b>	<b>2036.3</b>
<b>2006*</b>	<b>362.2</b>	<b>2834.9</b>	<b>280.0</b>	<b>2219.9</b>

El cuadro refleja las cifras de nuevos contratos realizados en los años 1996-2004 (desde enero a diciembre); salvo en el año 2005 en que se especifica la cifra de los cuatro primeros meses (enero a abril) como referencia para el año 2006. Respecto al 2006 se reflejan las cifras de los cuatro primeros meses donde se aprecia una evolución positiva en todas las modalidades de contrato (indefinidos y temporales), en ambos sexos.

\* (enero-abril)

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INE

Es necesario mantener los recursos dedicados a dichas políticas, pero resulta ineludible atender a su reformulación, prestando especial atención a su evaluación y a la distribución de los recursos dedicados a diferentes políticas en función de los resultados que se pueden obtener. Entre los principales objetivos a considerar resulta prioritario alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; a la vez que una intensificación de las medidas para favorecer la contratación, permanencia y la estabilidad en el empleo del colectivo de trabajadoras con responsabilidades familiares.

Por último, existe una crítica generalizada a que las bonificaciones a la contratación provengan del INEM, dedicar los superávits del INEM a subvencionar a los empresarios por crear empleo indefinido, en lugar de dedicarlo a reservas, mejorar las prestaciones y disminuir las cotizaciones de trabajadores y empresarios no parece una política muy acertada en un país con escasa protección por desempleo, en que la tasa de cobertura no es elevada<sup>72</sup>.

Antes de finalizar este apartado, y con relación a posibles soluciones de cara al futuro próximo, damos por reproducido lo señalado en el apartado 2.1. sobre las medidas para reducir la temporalidad, y el nuevo programa de incentivos a la contratación indefinida, incorporado por el Acuerdo Tripartito del pasado 9 de mayo de 2006.

## 5. PREDICCIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO FEMENINO EN ESPAÑA

Una vez analizada la eficacia de las normas partiendo de la perspectiva jurídica, en el presente epígrafe, se efectuarán predicciones sobre demanda de empleo femenino, determinando la probabilidad de encontrar empleo o estar colocadas de las mujeres españolas, en función de sus características sociolaborales y demográficas; con ello lograremos un mayor conocimiento del mercado de trabajo femenino en España.

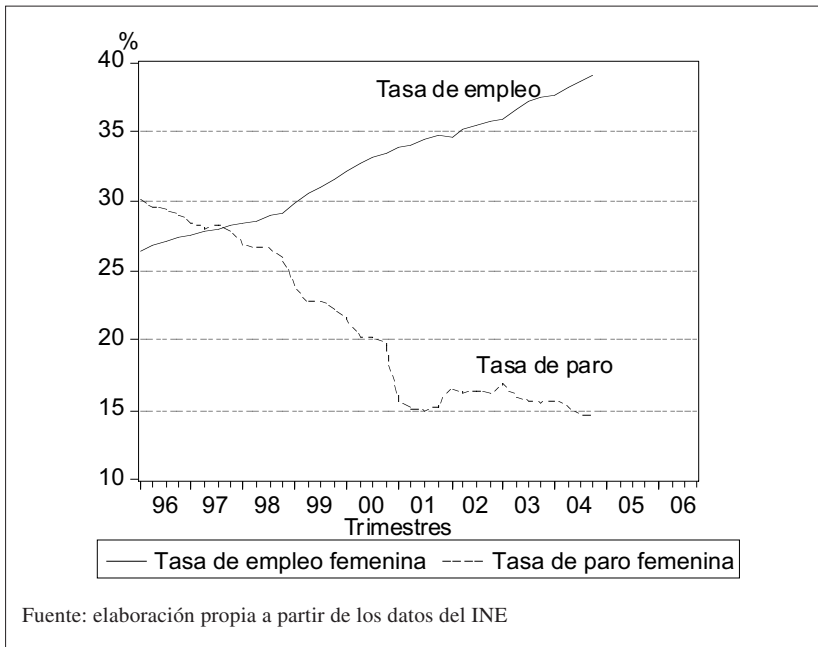
En este apartado se realizan dos tipos de análisis que describiremos a continuación. El primero, ha consistido en analizar la información aportada por la Encuesta de Población Activa sobre el colectivo de mujeres activas, empleadas y paradas de España desde el primer trimestre de 1996 hasta el cuarto trimestre 2004. Realizando un estudio temporal, utilizando la metodología de Box-Jenkins para explicar la evolución de dicho mercado. El segundo, ha consistido en desarrollar un modelo logit para estudiar el perfil de la mujer desempleada (características socioeconómicas de las mismas) en España basándonos en una encuesta realizada entre los meses de febrero de 2003 y diciembre de 2004 a 1200 mujeres españolas de las distintas comunidades autónomas, entre los 16 y los 65 años. Las variables más relevantes tomadas en consideración son: edad; estado civil; nivel de estudios; número de hijos; edad de los hijos; situación laboral (activa o en paro); tipo de trabajo (cuenta propia o ajena); tipo de contrato (temporal o indefinido); jornada laboral (media o completa); cargo que ocupa en la empresa; sector

<sup>72</sup> CARDENAL CARRO, M., «El informe de los Expertos para el diálogo social de enero de 2005», *Aranzadi Social* núm. 21, 2004, págs. 2 y ss.

donde se ubica; salario mensual neto; inscripción en el INEM en el supuesto de desempleadas.

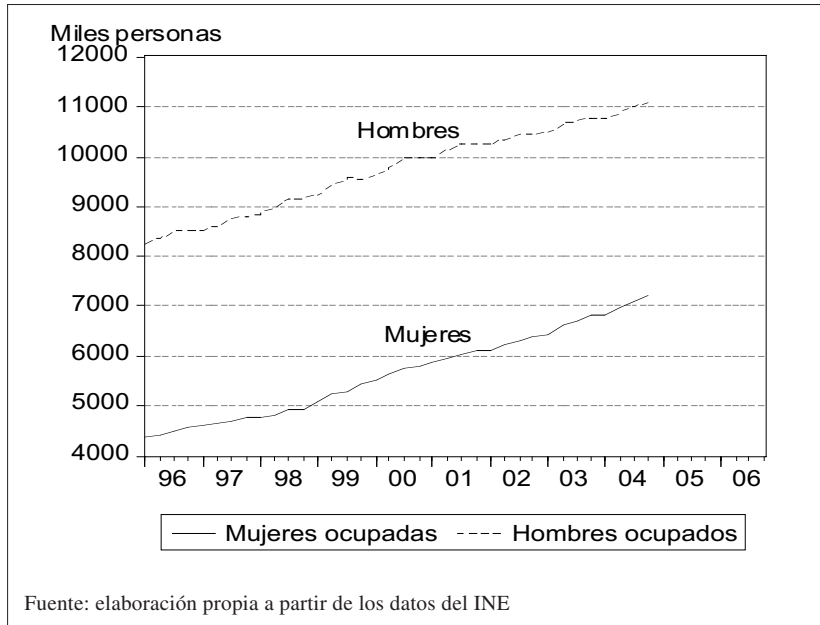
Con los datos recogidos por la EPA se ha procedido a analizar gráficamente la evolución de la tasa paro y empleo femenino

GRÁFICO I  
EVOLUCIÓN DE LA TASA DE ACTIVIDAD Y PARO FEMENINA



En el gráfico anterior se puede observar que hasta el tercer trimestre del año 1997 la tasa de paro femenino era superior a la de empleo, a partir del cuarto trimestre de ese mismo año se invierte la tendencia y la tasa de empleo es superior a la del paro. Por ello, las líneas que representan su evolución son cada vez más divergentes, de modo que la tasa de empleo llega a ser más del doble que la del paro en tan solo 7 años. Ello es debido, en gran parte, a la ley 63/97 de 26 de diciembre de medidas urgentes para la mejora de le mercado de trabajo y fomento de la contratación indefinida, que facilitó la incorporación de muchas mujeres al mercado de trabajo, elevando la tendencia de la línea de empleo y disminuyendo la de paro.

GRÁFICO II  
NÚMERO DE OCUPADOS POR SEXO MEDIDO EN MILES DE PERSONAS



No obstante, todavía queda mucho camino por recorrer hasta que el nivel de empleo femenino y masculino sean similares, como se demuestra en el Gráfico II, en el que se puede apreciar la considerable diferencia que existe todavía entre personas ocupadas en España por sexos. Ambas líneas, varones ocupados y mujeres ocupadas, presentan una evolución creciente, si bien la distancia entre ambas (empleo masculino y empleo femenino) ha disminuido en estos últimos años, el margen de diferencia es todavía muy elevado más de un 30%.

A partir de los datos de la EPA se ha modelizado la variable número de mujeres ocupadas estimándose el modelo ARIMA (1,1,0), el cual explica la evolución de dicha variable a lo largo del tiempo, con el objetivo de predecir cuál será el comportamiento que tendrá en el futuro y poder evaluar las medidas creadas para fomentar las contrataciones en dicho colectivo, y observar si han ido acompañadas de un aumento real de empleo.

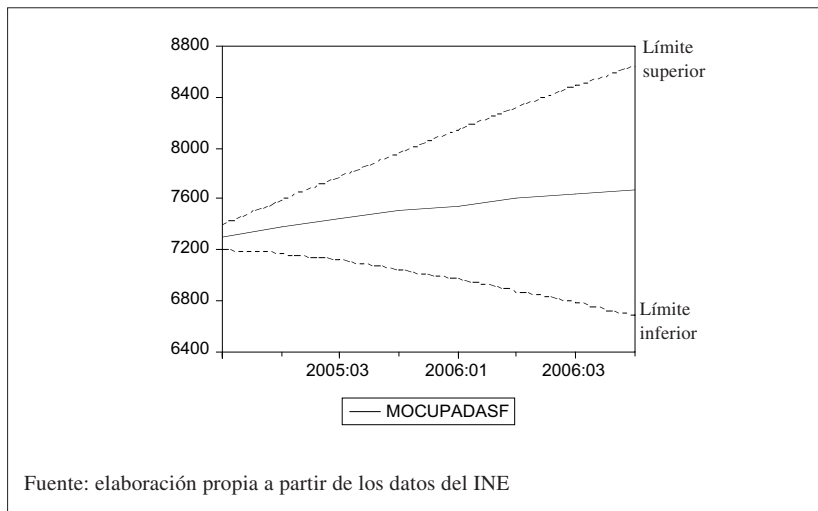
CUADRO III  
**ESTIMACIÓN DEL MODELO ARIMA PERTENECIENTE  
 A LA VARIABLE MUJERES OCUPADAS EN ESPAÑA**

$$(1 - 0.8603B) \nabla Mocupadas_t = a_t$$

(0.093)

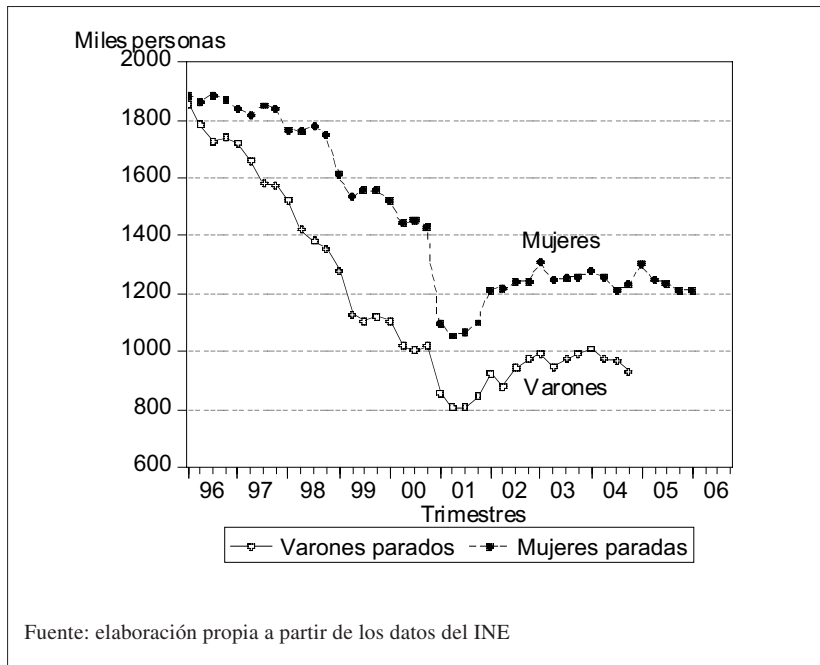
Fuente: elaboración propia

GRÁFICO III  
**PREDICIONES DE LA VARIABLE MUJERES OCUPADAS  
 PARA EL PERIODO 2005. 1T HASTA 2006. 4T**



En el gráfico III se puede observar que el número de mujeres ocupadas creció durante el año 2005 y continuará aumentando hasta el cuarto trimestre 2006, pudiendo llegar a alcanzar la cifra de 8 millones de mujeres ocupadas si la evolución del empleo es muy positiva (acercándose al límite superior de predicción); no es probable que con las nuevas medidas adoptadas (mayo 2006) disminuya el empleo por debajo de las cifras alcanzadas hasta ahora.

GRÁFICO IV  
EVOLUCIÓN DEL PARO EN EL COLECTIVO  
DE VARONES Y MUJERES (1996-2005)



Analizando la evolución del paro por sexos (gráfico IV), podemos observar que en el año 1996 el número de mujeres paradas y varones era prácticamente similar, 1.882.600 frente 1.852.700, respectivamente; pero, en tan solo siete años, si bien la cifra de parados ha disminuido en ambos colectivos la diferencia es un 15% superior en las mujeres 1.279.000 (cuarto trimestre 2004) frente 931.500 de los varones. A pesar de ello, no se ha vuelto a alcanzar la cifra mínima de parados del segundo trimestre del 2001. Que duda cabe que en esta circunstancia influiría la aprobación de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, Real Decreto Ley de 2 de marzo del 2001.

El cuadro siguiente muestra el modelo estimado para explicar el comportamiento de la variable mujeres paradas durante el periodo que comprende desde el primer trimestre 1996 al cuarto del 2004; esta variable es claramente estacional y alcanza el máximo índice de paro en el primer trimestre de cada año y los menores en el tercer trimestre, coincidentes con las vacaciones de verano.

CUADRO IV  
ESTIMACIÓN DEL MODELO ARIMA PERTENECIENTE  
A LA VARIABLE MUJERES PARADAS EN ESPAÑA

$$(1 + 0.6518 B) \nabla_4 Mparadas_t = a_t$$

(0.1378)

Fuente: elaboración propia

Con el modelo anterior se ha estimado la evolución del paro los próximos trimestres en miles de mujeres, observándose que hay una tendencia decreciente siendo las cifras estimadas inferiores a la de años anteriores respecto a los mismos trimestres.

1T	2T	3T	4T	1T
1300.85	1242.57	1235.87	1212.53	1310.86

\* Medido en miles de unidades

Respecto al segundo de los estudios realizados, más arriba aludido al inicio del presente apartado, consistente en desarrollar un modelo logit para estudiar el perfil de la mujer desempleada, se ha basado en una encuesta realizada a 1200 mujeres españolas, procurando que la muestra sea lo más representativa posible de la población, siendo sus características principales expresadas en porcentajes las siguientes:

- Lugar de residencia (zona): 67% capital de provincia, 23% provincia.
- Estado civil: 34% soltera (cs), 49% casada (ecc), 9% separada (ecse), 8% otros.
- Edad: 14% entre 16 y 19 años, 16% entre 20 y 24 años, 26% entre 25 y 35 años, 26% entre 36 t 45 años y 18% mas de 45. Se han establecido categorías diferentes a la de la EPA, y similares a las leyes de fomento de empleo para ver la incidencia de estas.
- Nivel Académico: 7,4% sin estudios (nase), 68,6% estudios básicos y medios (primaria, secundaria y bachiller) (naebm), 11,9% estudios universitarios de grado medio(naum), 7,4% estudios universitarios de grado superior (naus) y 4,7% no contestan.
- Número de hijos (nh): 2,1 de media para las mujeres mayores de 35 años, y 0,9 para las comprendidas entre 25 y 34 años.
- Situación laboral: Desempleadas el 65,3% y trabajando 34,7%.
- De las trabajadoras: Dadas de alta en la seguridad Social 81,3% m si SS 18,7%.

- Tipo de trabajo: Por cuenta propia 42,3%, por cuenta ajena 57,7%.
- Tipo de contrato: Temporal 67,2%, fijo 32,8% fijo.
- Jornada laboral: Completa (jlc) 64,1%, media jornadas (jlm), 29,5%, 6,4% otras modalidad.
- Puesto que ocupa en la empresa: obrera o similar 32,2%, administrativo o similar 55,3%, mando intermedio 4,8%, cargo directivo 3,2% no constatan 4,5%.
- Sector en el que está ubicada su empresa: Sector primario 5,4%, sector secundario (ss) 38,3%, sector terciario (st) 56,3%.
- Salario neto al mes (sam): Inferior al salario 500€ 24,6%, entre 501 y 1000€ 46,4%, 1001 a 1500€ 18,4%, 1501 a 2000, más de 2000€ 4,3%.

Utilizando las variables seleccionadas, se procedió a desarrollar un modelo logit para explicar la probabilidad de estar colocada una mujer española teniendo en cuenta sus características personales donde las variables: nivel de estudios, puesto que ocupa en la empresa, sector donde se ubica la empresa, situación laboral, estado civil zona de residencia, al ser variables cualitativas se utilizaron variables dummy (asignándole el valor 1 a la categoría que se esta analizando y 0 al resto), las demás variables al ser numéricas se trataron como tales. El modelo propuesto permite estimar la probabilidad de empleo de una mujer en función de diversos factores causales:

$$\text{Situación Laboral} = \frac{1}{1+e^{-u}} + \varepsilon = \text{Pr}[\text{empleada}] + \varepsilon$$

siendo la función  $u$  del modelo logit, la siguiente

CUADRO V  
MODELO LOGIT VARIABLE OBJETO DE ESTUDIO  
MUJERES ESPAÑOLAS COLOCADAS

$$u = 0.0862 - 0.1264 \text{Casada} + 0.4367 \text{Separada} + 0.7880 \text{Casada} - 0.5438 \text{NúmeroHijos} + \\ -0.4589 \text{Edad} + 0.4599 \text{ResidenciaUrbana} - 12.3452 \text{Salario} + 0.3342 \text{SectorSecundario} + \\ + 0.5763 \text{SectorTerciario} + 0.08624 \text{JornadaCompleta} + 3.4584 \text{JornadaMedia} + \\ + 0.2698 \text{NivelSinEstudios} + 2.3460 \text{NivelMedioEstudios} + 5.8976 \text{NivelUniversitario}$$

Variable	Coefficiente estimado (desviación)
Constante	$b_0 = 0.086240$ (0.016)
Estado civil casada ECC	$b_1 = -0.126401$ (0.025)
Estado civil separada ECSE	$b_2 = 0.436708$ (0.062)
Estado civil soltera ECS	$b_3 = 0.787963$ (0.122)
Número de hijos NH	$b_4 = -0.543852$ (0.027)

EDAD	$b_5 = -0.458943 (0.035)$
ZONA	$b_6 = 0.459894 (0.065)$
Salario neto al mes SAM	$b_7 = -12.345248 (1.453)$
Sector secundario SS	$b_8 = 0.334234 (0.029)$
Sector terciario ST	$b_9 = 0.576337 (0.095)$
Jornada Laboral Completa JLC	$b_{10} = 0.086240 (0.005)$
Jornada Laboral Media JLM	$b_{11} = 3.458401 (0.021)$
Nivel académico sin estudios NASE	$b_{12} = 0.269808 (0.003)$
Nivel académico básicos y medios NAEBM	$b_{13} = 2.345963 (0.001)$
Nivel académico universitarios medios NAUM	$b_{14} = 5.897567 (0.121)$
	$R^2_{MF} = 0.434$

Fuente: elaboración propia

La influencia de los factores, es decir, los efectos marginales, son proporcionales a los coeficientes estimados. Por lo tanto, el signo positivo indica un efecto marginal creciente, y el negativo lo contrario, y es posible establecer análisis comparativo de la importancia de estos factores. Así pues se confirman de forma cuantitativa algunas ideas que aparecen en discusiones y foros, valorando la influencia de estos factores.

- 1.º) Casi todas las variables seleccionadas influyen positivamente en la probabilidad de emplearse, siendo las variables que más relevancia tienen a estos efectos el nivel académico (5,89) y la posibilidad de que la jornada no sea completa (3,45).
- 2.º) el número de hijos continúa siendo una variable que influye negativamente para encontrar empleo en el colectivo femenino, con un coeficiente (-0,54).
- 3.º) El sector donde más probabilidad tienen de emplearse es el sector terciario (0.57), es decir, en aquel donde la conciliación de la vida laboral y familiar es más fácil.
- 4.º) A medida que el salario de la mujer es mayor, la probabilidad de obtener empleo decrece rápidamente (-12.34).
- 5.º) Las mujeres que viven en zona urbana tienen mayor probabilidad de colocarse que las de las zonas rurales, (0.45).

Independientemente de los modelos logísticos, se ha utilizado tablas de contingencia donde se ha tratado de medir la asociación entre el nivel de educación, estar empleada o desempleada y el estado civil. El instrumento de asociación utilizado ha sido el test chi-cuadrado procedente de la tabla de contingencia de asociación de las tres variables, tomando el valor 72,4, con probabilidad límite muy baja, indicando esto que existe una fuerte asociación entre las tres variables objeto de estudio.

## 6. CONCLUSIONES DERIVADAS DEL USO DE MODELOS

El empleo de modelos econométricos como herramienta de valoración y validación de medidas legislativas, debe ser de utilidad para el legislador que debe tomar estas medidas en función de unos objetivos (ideológicos-económico-sociales) predeterminados. Con ellos es posible una anticipación a la realidad sobre la influencia que van a tener dichas medidas, la interacción con otros factores causales.

- 1.º) De Los modelos anteriores podemos deducir que la tasa de actividad femenina tiene una evolución creciente favorecida por las medidas de discriminación positiva.
- 2.º) Existe una fuerte segregación por sexo en determinadas profesiones, de manera que las mujeres siguen ocupando categorías profesionales con escasa cualificación, baja remuneración y poco prestigio social.
- 3.º) La mayoría de los empleos creados a lo largo de los últimos años (1996-2004) de carácter temporal son ocupados por el colectivo femenino, siendo su situación laboral más precaria que la del colectivo masculino.
- 4.º) La cantidad y calidad en la incorporación de la mujer española al trabajo remunerado esta mediatizada por la cualificación y formación profesional. A medida que aumenta el nivel de estudios se incrementa la actividad y la ocupación, disminuyendo por tanto el paro femenino; aunque, a veces, esta disminución es debida al subempleo, ya que la mujer española habitualmente ocupa puestos de trabajo por debajo de su categoría profesional y no acordes con su nivel de estudios o preparación académica.
- 5.º) La tasa de empleo femenina se desploma en cuanto la mujer empieza a tener hijos, solo el 51,2% de las españolas trabajadoras con hijos menores de 12 años compatibilizan el trabajo a tiempo completo con la educación de los hijos; mientras que las mujeres que 61,7 % de las mujeres que no tienen niños pequeños trabajan a tiempo completo. A medida que se tienen más hijos la tasa de empleo femenino disminuye, casi un 18%, al pasar de tener un hijo a tres hijos.
- 6.º) Las medidas de fomento del empleo de corte clásico (planes y programas de fomento del empleo, e iniciativas legislativas ad hoc) tienen una clara incidencia positiva sobre el empleo femenino.
- 7.º) Las desigualdades existentes entre hombres y mujeres, en relación al empleo, desempleo y la remuneración, conectadas con la asunción mayoritaria por parte de las mujeres de las responsabilidades familiares, son factores que subyacen al problema del desempleo



femenino. Por tanto, las normas comunitarias directamente aplicables en España y las normas internas, sobre igualdad y conciliación de vida laboral y familiar, dirigidas a remover dichas desigualdades tienen un influjo positivo sobre la evolución del empleo femenino.

- 8.º) La normativa de fomento del empleo de corte clásico tiene una incidencia positiva en el empleo femenino que podríamos denominar en cierta medida coyuntural, pero, en conexión, con la normativa de promoción de la igualdad de oportunidades y conciliación de vida laboral y familiar, encaminada a eliminar factores subyacentes al desempleo femenino, podría crearse un empleo de mayor calidad en España, en el marco de la Estrategia Europea al respecto.

El enfoque propuesto presenta posibilidades de desarrollo futuras, algunas de las cuales están en fase de publicación. El análisis de las diferencias interterritoriales en el empleo femenino es una realidad, y además, una realidad cuantificable, así como los factores que conducen a esta situación. Así, al comparar los resultados aquí esbozados con la situación en Andalucía, se detectan diferencias negativas para el empleo de la mujer en áreas menos desarrolladas. Estas diferencias son explicables por información estadística que está disponible en el sistema estadístico español, tanto a través del INE como de los distintos institutos estadísticos regionales. El uso de esta información, así como de las técnicas para su tratamiento riguroso, estimamos que no se puede obviar, y que debe constituir una herramienta de ayuda al legislador y al decisor económico.





# LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS IMPULSAN EL MERCADO DE TRABAJO

INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO  
EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA DURANTE EL PRIMER TRIMESTRE DE 2006

SANTOS M. RUESGA BENITO

*Catedrático de Economía Aplicada*  
Universidad Autónoma de Madrid

CARLOS RESA NESTARES

*Investigador*  
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

*Catedrático E.U. de Economía Aplicada*  
Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

El empleo sigue creciendo en el primer trimestre de 2006 en el conjunto de la economía nacional, situándose por encima de los diecinueve millones cuatrocientas mil personas. En Andalucía el empleo supera los tres millones setenta y cuatro mil personas. Las tasas de paro respectivas se reducen en este periodo hasta el 13,34% en Andalucía y el 9,07% en el conjunto de España. Es de destacar el importante papel que está desempeñando la incorporación de los trabajadores extranjeros en el mercado laboral español y andaluz. Las tasas de actividad y ocupación de este colectivo son superiores a las de los nacionales, y las tasas de desempleo menores.

## INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Primer trimestre 2006

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA <sup>(*)</sup>	VB <sup>(*)</sup>	Dato	VA <sup>(*)</sup>	VB <sup>(*)</sup>
<b>I. MERCADO DE TRABAJO</b>								
Población activa	Miles	1 <sup>er</sup> Trim. 06	21.335,90	0,9	3,6	3.547,90	1,1	5,1
Tasa de actividad	Porcentaje	1 <sup>er</sup> Trim. 06	57,98	0,5	1,9	55,44	0,6	3,1
Hombres	..	..	68,93	0,0	0,7	68,18	-0,5	2,1
Mujeres	..	..	47,47	1,1	3,4	43,17	2,4	4,8
16-19 años	..	..	26,94	-2,8	0,5	29,18	3,0	0,0
20-24 años	..	..	66,98	-0,2	1,8	67,05	-1,1	3,9
25-54 años	..	..	81,74	0,5	1,4	76,32	0,3	2,9
Más de 55 años	..	..	19,68	0,9	4,3	17,48	3,7	3,2
Ocupados	Miles	1 <sup>er</sup> Trim. 06	19.400,10	0,4	4,9	3.074,80	1,6	6,2
Agricultura	..	..	984,80	-2,2	-3,2	296,50	4,6	5,6
Industria	..	..	3.273,60	-0,5	0,5	315,50	-8,1	1,5
Construcción	..	..	2.436,70	0,6	7,3	453,20	-0,5	5,6
Servicios	..	..	12.705,00	0,9	6,3	2.009,50	3,4	7,2
Asalariados del sector público	..	1 <sup>er</sup> Trim. 06	2.863,30	-0,2	1,1	158,20	2,7	1,8
Asalariados temporales	..	1 <sup>er</sup> Trim. 06	5.295,90	-1,0	10,9	1.139,40	0,7	10,4
Parados encuestados	..	1 <sup>er</sup> Trim. 06	1.935,80	5,1	-7,8	473,10	-2,5	-1,6
Hombres	..	..	846,40	3,1	-10,0	211,90	-3,0	-2,1
Mujeres	..	..	1.089,40	6,8	-6,0	261,20	-2,1	-1,2
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	1 <sup>er</sup> Trim. 06	9,07	4,3	-11,1	13,34	-3,5	-6,3
Hombres	..	..	6,81	2,6	-12,4	9,89	-3,0	-6,1
Mujeres	..	..	12,22	5,3	-10,5	18,57	-4,8	-7,2
16-19 años	..	..	29,41	6,2	-5,5	31,73	2,4	-10,2
20-24 años	..	..	15,96	-1,2	-17,6	19,45	-11,8	-9,2
25-54 años	..	..	8,11	5,7	-9,2	12,13	-1,5	-5,3
Más de 55 años	..	..	5,88	6,1	-9,1	9,82	-5,8	2,2
Parados de larga duración	Porcentaje	1 <sup>er</sup> Trim. 06	26,05	-9,3	-12,4	31,54	-3,8	-5,0
Parados registrados	Miles	1 <sup>er</sup> Trim. 06	2.163,10	3,8	0,0	489,53	1,7	7,6
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	1 <sup>er</sup> Trim. 06	82,93	1,5	8,5	..	..	..
<b>II. CONDICIONES DE TRABAJO</b>								
Salario mínimo	€/mes	1 <sup>er</sup> Trim. 06	541	0,0	5,4	541	0,0	5,4
Coste laboral por trabajador	€/mes	1 <sup>er</sup> Trim. 06	2.113	-5,4	3,4	1.911,09	-5,0	4,0
Industria	..	..	2.426	-6,1	4,5	2.122,71	-5,2	2,6
Construcción	..	..	2.010	-8,5	4,3	2.035,96	-6,2	3,5
Servicios	..	..	2.046	-4,4	3,2	1.834,90	-4,5	4,5
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	1 <sup>er</sup> Trim. 06	155,3	6,0	3,4	152,7	3,3	2,2
Accidentes mortales de trabajo	Total	1 <sup>er</sup> Trim. 06	236	-23,6	-29,3	..	..	..
<b>III. REGULACIÓN DE EMPLEO</b>								
Expedientes	Total	1 <sup>er</sup> Trim. 06	845	-21,1	8,1	..	..	..
Trabajadores Extinción de empleo	..	..	6.476	-42,7	-36,8	..	..	..
Suspensión de empleo	..	..	5.268	-50,4	-33,7	..	..	..
Reducción de jornada	..	..	24	-72,7	-80,5	..	..	..
<b>IV. CONFLICTOS LABORALES</b>								
Huelgas	Total	1 <sup>er</sup> Trim. 06	199	-1,0	4,2	..	..	..
Participantes	Miles	..	60,83	-57,5	62,6	1,7	183,3	183,3
Jornadas no trabajadas	..	..	149,78	-57,8	117,6	2,4	-45,5	-31,4
<b>V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS</b>								
Crecimiento económico	Porcentaje	4 <sup>o</sup> Trim. 06	3,5	3,5	3,2	..	..	..
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	4 <sup>o</sup> Trim. 06	-15,7	-18,4	-11,1	..	..	..
Inflación	Porcentaje	4 <sup>o</sup> Trim. 06	3,6	3,4	3,4	3,3	3,2	3,3
Déficit público (operaciones no financieras)	Millardos €	4 <sup>o</sup> Trim. 06	7,1	-0,5	4,2	..	..	..
Tipo de interés (Euribor 12) meses	Porcentaje	4 <sup>o</sup> Trim. 06	2,2	2,2	2,3	..	..	..

(\*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.



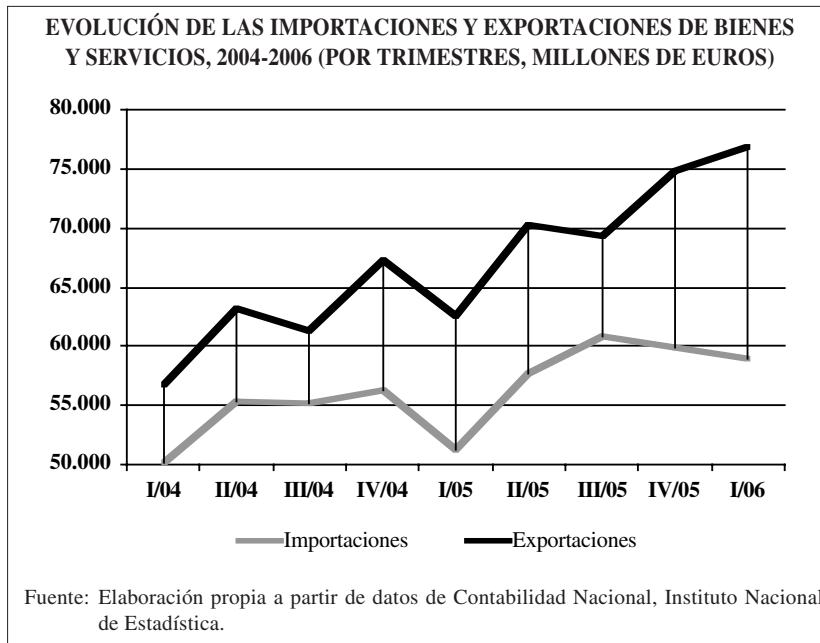
### ÍNDICE

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. DESEMPLEO
5. CONDICIONES DE TRABAJO
6. LA COYUNTURA ECONÓMICA EN ANDALUCÍA

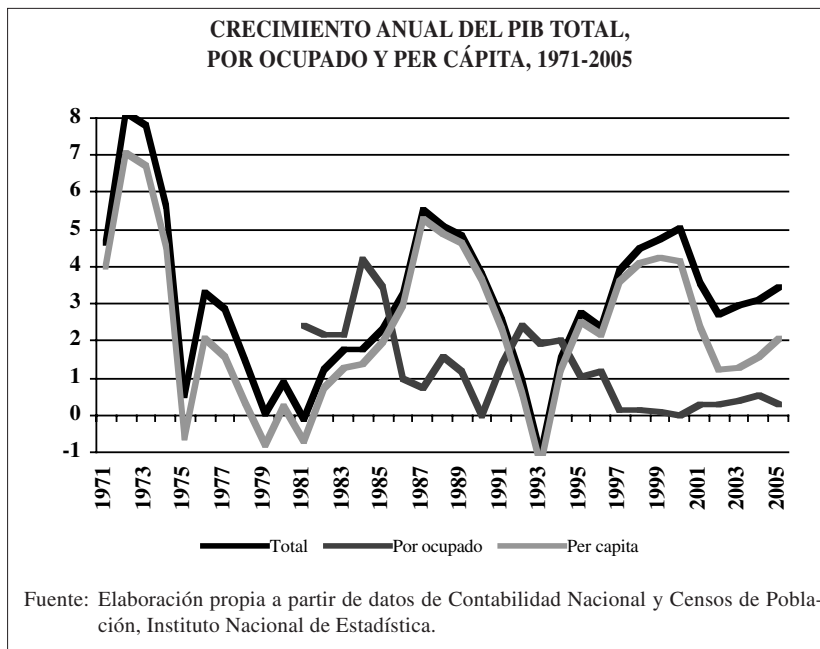
## 1. LA COYUNTURA ECONÓMICA

La economía española continúa circulando por la buena senda. En el último trimestre de 2005 se llegó al 3,5 por ciento de crecimiento económico. Fue la mejor cota alcanzada desde 2002, aunque el ritmo de aceleración ha seguido lento curso continuado con una marcha muy ligeramente acelerada en la que no hubo retrocesos. El primer trimestre de 2006 se estrenó con la misma velocidad de crucero: el 3,5 por ciento del crecimiento anual. Las mismas pautas de estabilización que en el crecimiento económico pueden observarse en el resto de agregados macroeconómicos. La demanda interna aporta cinco puntos de crecimiento al Producto Interior Bruto, lo mismo que el último trimestre del pasado año, aunque en términos desagregados descienden ligeramente tanto el consumo interno como la formación bruta de capital.

Por su parte, la demanda externa resta punto y medio de crecimiento, justo la misma influencia que había ejercido en el trimestre anterior. No obstante, este mantenimiento del desequilibrio exterior se produce a pesar de un magnífico comportamiento de las exportaciones, que crecieron un 9,1 por ciento en términos interanuales. Desde 2000 no se registraban tamañas cotas de expansión en la venta de bienes y servicios al exterior y el trimestre anterior la evolución de las exportaciones fue de un crecimiento del 1,9 por ciento. Las importaciones vuelven a acelerarse después de una moderada contención durante el último año. En parte por el efecto del renovado ímpetu de los precios del crudo, durante el último trimestre el crecimiento de las importaciones fue del 11,2 por ciento, lo cual implica un aumento moderado del déficit comercial durante el último trimestre. Diecisiete mil millones de euros de déficit comercial en tan sólo un trimestre, el peor comienzo de un año desde que existen cifras sobre esta variable, tanto en términos absolutos como en los relativos. Pero la apertura del déficit comercial es cada vez más acuciante: de un déficit comercial de 6.500 millones de euros en el primer trimestre de 2004 se pasó a 12.500 millones de euros en el mismo periodo del siguiente año.



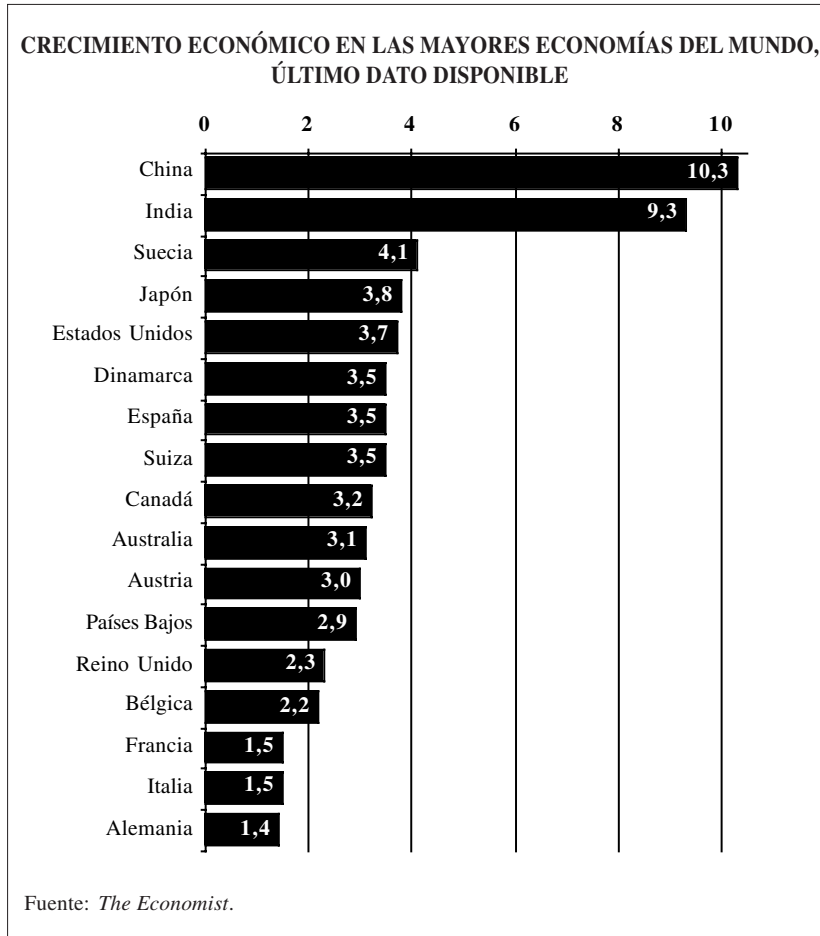
Sin embargo, y a pesar del buen sendero de la economía española, el crecimiento de la renta española por persona está lejos de presentar tan buen panorama. Entre 2002 y 2005 el crecimiento medio de la renta per cápita de los habitantes de España se ha movido entre el 1 y el 2 por ciento, unas cifras que, en cualquier otra circunstancia, estarían bordeando la recesión. Desde la etapa de crisis de principios de los noventa nunca se habían contemplado en España cotas tan bajas de crecimiento del PIB per cápita. El panorama de la economía española es mucho peor cuando se vislumbra la productividad laboral, es decir, el PIB por ocupado. Los sucesivos anuncios de políticas públicas para mejorar la producción laboral han tenido unos resultados más que nimios y, en el último año, se registró un retroceso en su cifra de crecimiento. Nunca, desde 1997, el aumento de la productividad laboral ha estado por encima del 1 por ciento, lo cual implica que el patrón reciente de crecimiento de la economía española se basa en una utilización extensiva de nueva mano de obra.



La inversión, que en años anteriores había registrado un dinamismo notorio, sigue en la senda alcista a buen ritmo, aunque en los últimos cuatro trimestres se registra una disminución en la velocidad de crecimiento, desde el 7,6 por ciento al 6,2 por ciento. La reducción del crecimiento se produce tanto en la inversión en bienes de equipo como en construcción. Esta circunstancia no entra en contradicción con un repunte de la actividad manufacturera en España, que por primera vez en cinco años supera el dos por ciento interanual. El mayor crecimiento, no obstante, se registra en el sector energético y en la construcción, con un ligero y novedoso repunte en este último.

La senda de crecimiento económico en España registra una mejor perspectiva cuando se compara con otros países industrializados, pero es muy inferior a países con menores niveles de desarrollado, tanto en la Unión Europea como fuera de ella. La velocidad de crecimiento de los países emergentes de Asia y de algunos del este de Europa es inalcanzable para las condiciones actuales de la economía española. En esos países el crecimiento se encuentra en el entorno del diez por ciento, tres veces más que en España. De entre los países industrializados, sin embargo, sólo Japón, Suecia y Estados Unidos presentan unas perspectivas económicas mejores que las españolas. No obstante, durante el último año se ha cerrado la brecha entre países con bajo y alto crecimiento, gracias sobre todo a que Italia, Francia y

Alemania, aunque sin echar las campanas al vuelo, han conseguido cotas de crecimiento que les alejan por poco de la recesión.



## 2. LA OFERTA DE TRABAJO

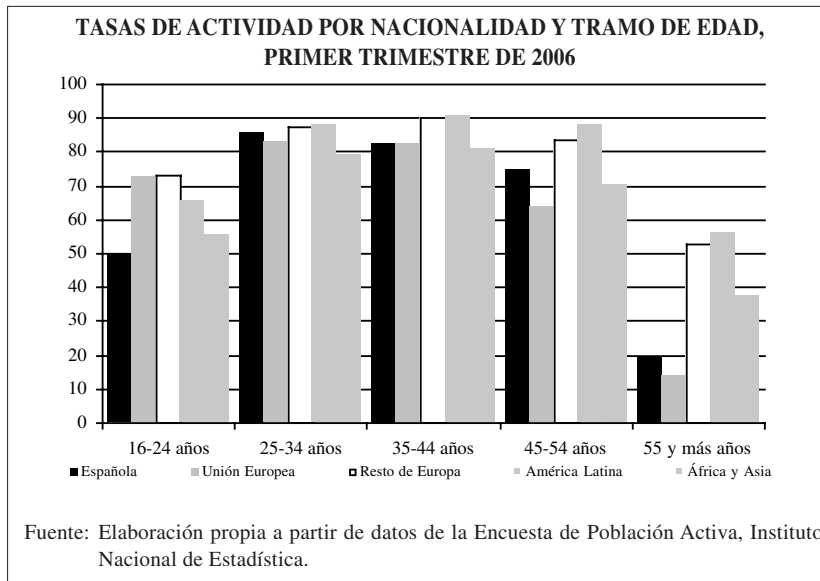
El total de activos en España supera holgadamente los veintiún millones tras el aumento de ciento ochenta mil personas durante el primer trimestre de 2006. La tasa de actividad da un salto de un cuarto de punto hasta alcanzar el cincuenta y ocho por ciento. Dos tercios de ese aumento del número de activos lo aportan las mujeres, con lo que su tasa de actividad llega al 47,5 por ciento. Pero la deriva más insólita, nunca antes recogida,



es que casi el cien por cien del crecimiento de la actividad en España se debe a la incorporación de extranjeros al mercado de trabajo español. Con ese estirón, la tasa de actividad de los extranjeros en España ha aumentado en 2,4 puntos porcentuales hasta el 76,3 por ciento. Cuando se dijo que los extranjeros vienen a trabajar, la evidencia estadística lo confirma. Aunque en parte se explica por una población menos envejecida, mientras que tres cuartas partes de los extranjeros adultos que viven en España trabajan, la tasa de actividad en España se sitúa ligeramente por encima del cincuenta por ciento. Tanto para hombres como para mujeres, la tasa de actividad es muy superior para los extranjeros. El 67,1 por ciento de los españoles mayores de dieciséis años o trabajan o tienen intención de trabajar, un porcentaje que se eleva hasta el 85,6 entre los extranjeros. En las mujeres el diferencial es del 45,3 por ciento para las españolas y un 67,2 por ciento para las extranjeras. Esta diferencia sería aún más abrupta si se descontasen a los extranjeros procedentes de los quince estados miembros de la Unión Europea antes de la expansión hacia el este, ya que éstos tienden a repetir los patrones de actividad de los españoles.

Por zonas de procedencia, la diferencia entre tasas de actividad entre hombres y mujeres es sensiblemente inferior a la observada en España con la excepción de los ciudadanos procedentes de África y Asia, entre los cuales el contingente marroquí es el más numeroso. Entre los nacionales de fuera de la Unión Europea de los quince, la tasa de actividad de los hombres es la mayor de todas las existentes hasta alcanzar el 91,8 por ciento, diecisiete puntos porcentuales por encima del de sus compatriotas. Entre los latinoamericanos hay una diferencia menor entre la tasa de actividad de hombres y mujeres, correspondiendo una tasa de actividad del ochenta y ocho por ciento a los primeros y del setenta y nueve por ciento para las mujeres. El otro extremo se observa entre los ciudadanos procedentes de Asia y África, donde la tasa de actividad de las mujeres es similar a la de las españolas, del cuarenta y cuatro por ciento, muy por debajo de la observada entre sus compatriotas, que trabajan o desean trabajar nueve de cada diez.

En parte esa tasa de actividad superior se debe a una estructura población más rejuvenecida entre los extranjeros. Pero no sólo. La tasa de actividad entre los extranjeros es mayor que la de los españoles en todos los tramos de edad, registrándose la menor diferencia entre los jóvenes adultos de entre 25 y 35 años y la mayor en los tramos extremos: entre los más jóvenes y los mayores de 55 años. Entre los menores de 24 años, la mayor tasa de actividad se sitúa entre los europeos de distintas procedencias. Para el resto de tramos de edad son los latinoamericanos quienes presentan las mayores tasas de actividad, aunque las diferencias con el resto de los extranjeros son muy pequeñas.



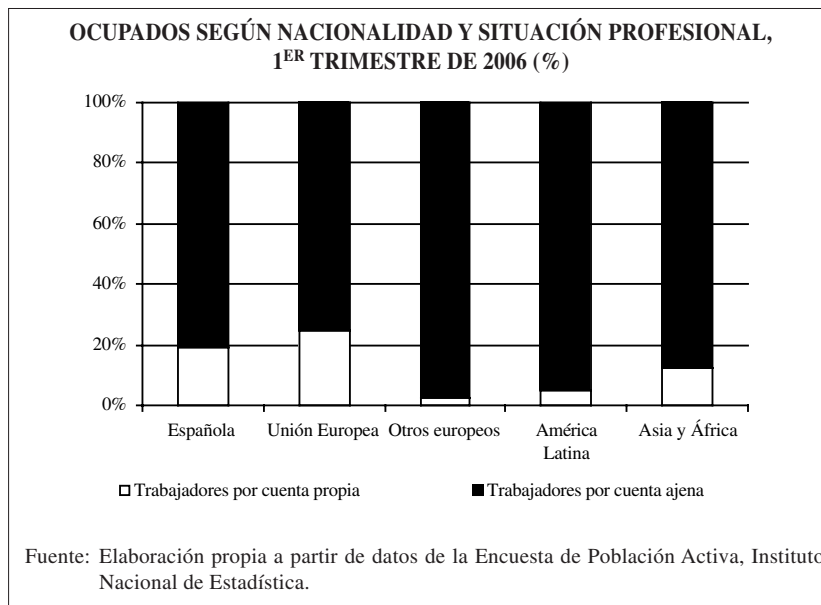
Por tiempo de residencia en España, el mayor contingente de activos extranjeros son los que llevan en España un tiempo prolongado: entre cuatro y seis años. Casi un millón de entre los más de dos millones y medio de activos extranjeros han estado en España durante ese tiempo. Un veinticinco por ciento lleva más de siete años en España y el resto han estado en el país por un periodo inferior a los cuatro años. Son los nacionales de la Unión Europea de los quince los que muestran mayores grados de permanencia en el mercado de trabajo español, puesto que más de la mitad llevan más de siete años en España. Por el contrario, las llegadas más recientes se corresponden con las de otros europeos fuera del marco antiguo de la Unión Europea. Más de la mitad de éstos llevan menos de cuatro años en España.

### 3. LA DEMANDA DE TRABAJO

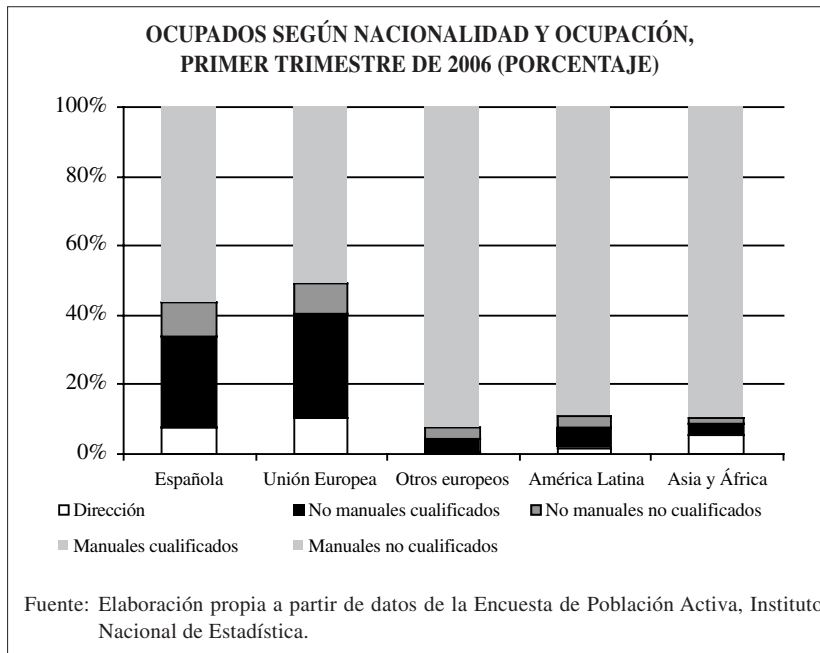
El total de ocupados durante el primer trimestre de 2006 creció en ochenta y seis mil personas hasta colocar el nivel de ocupación por encima de los diecinueve millones cuatrocientas mil personas. El crecimiento anual se sitúa por encima de las novecientas mil personas, el 4,9 por ciento. En el último trimestre, el incremento de la ocupación fue sobre todo femenino, hasta alcanzar el setenta por ciento del empleo neto creado. Para el conjunto del año, las mujeres abarcaron más del cincuenta y cinco por ciento del total de los nuevos ocupados. Como ocurre entre los activos, el movimiento alcista de la población empleada se debe exclusivamente al impulso de la

población extranjera. El número de españoles ocupados bajó en veintidós mil personas, mientras que el empleo entre los extranjeros aumentó en ciento ocho mil individuos. En el conjunto del año, el nivel de empleo entre los extranjeros ha aumentado en un veintiún por ciento, siendo más intenso ese aumento entre las mujeres. Existían en el primer trimestre de 2006 un 25 por ciento más de extranjeras con empleo en España que en el mismo periodo del año anterior. Esa superior implicación femenina entre los extranjeros cuenta con la única excepción de los africanos.

Los extranjeros tienden a ocuparse por cuenta propia en una proporción superior a la de los trabajadores españoles. Mientras entre los españoles, el porcentaje de trabajadores por cuenta propia llega casi al 20 por ciento, entre los extranjeros de nacionalidad distinta a las de la antigua Unión Europea el mismo porcentaje apenas alcanza el 6 por ciento de ocupados. El empleo de los extranjeros en el sector público es marginal. Mientras entre los españoles el 20 por ciento de los trabajadores por cuenta ajena se ocupa en el sector público, entre los extranjeros el mismo porcentaje apenas llega al 1 por ciento, siendo los latinoamericanos los que con menor frecuencia se emplean en el sector público de entre el conjunto de los extranjeros. Entre todos los grupos de nacionalidades la tasa de asalarización de las mujeres es superior a la de los hombres con la única excepción de los procedentes de Asia y África, donde el porcentaje de hombres ocupados por cuenta ajena es del 10 por ciento mientras que entre sus compatriotas femeninas casi duplica esa proporción.



La disparidad en pautas de empleo entre españoles y extranjeros en España es aún más notoria cuando se contempla el tipo de empleo que ocupan unos y otros. Los extranjeros, con excepción de los que proceden de la Unión Europea, son casi inexistentes en los puestos de dirección de empresas o la administración pública. Entre los extranjeros de fuera de la Unión Europea, el porcentaje de trabajadores no manuales no supera el 10 por ciento, mientras que entre los españoles y los nacionales de la antigua Unión Europea casi llega a ser la mitad de la población ocupada. Por tanto, la inmensa mayoría de los extranjeros se emplea en trabajos de cuello azul. Y aunque la proporción de trabajadores manuales cualificados sea superior a la de los españoles, lo que hace la diferencia total es que, mientras entre españoles y nacionales de la Unión Europea los trabajadores manuales no cualificados apenas llegan a representar el 10 por ciento del total del empleo, entre los extranjeros el mismo porcentaje llega al 40 por ciento.



Por tramos de edad, la ocupación disminuyó entre los menores de veintinueve años y aumentó en el resto de tramos de edad. El mayor aumento se produjo entre los treinteañeros y entre los adultos mayores. En ambos grupos el crecimiento trimestral del empleo fue superior al uno por ciento. Como ocurre con la distribución de los extranjeros, fue la construcción y, sobre todo, los servicios donde se creó empleo, mientras que la ocupación dismi-

nuyó entre la agricultura en veintidós mil personas y en la industria en casi quince mil individuos. Salvo en el signo de los sectores en los que se destruyó empleo, el último trimestre sigue la tendencia observada durante el último año. El sector donde mayor crecimiento de la ocupación se ha registrado es en la construcción, donde el empleo total ha crecido en un 7,3 por ciento a lo largo del último año. Los servicios le siguen muy de cerca en la potencia de generación de empleo, con un 6,3 por ciento de crecimiento anual. Por el contrario, en el mismo periodo la ocupación apenas ha variado en la industria y ha disminuido en casi un tres por ciento en la agricultura.

La estructura productiva tiene una marcada preferencia por uno y otro sexo, aunque puedan existir algunos movimientos hacia la paridad. La rama de actividad que mayor número de mujeres emplea es el servicio doméstico, donde abarca el noventa por ciento del total de ocupados. La industria peletera, los servicios personales y la sanidad presentan tasas de feminización del empleo en el entorno del setenta y cinco por ciento. Asimismo, las mujeres son mayoría en sectores como la educación, el comercio minorista, el textil y la hostelería. En el resto de ramas de actividad las mujeres son minoría. Y su presencia es casi testimonial en la minería, la construcción, la metalurgia y el transporte por carretera.

**PORCENTAJE DE MUJERES SOBRE EL TOTAL DEL EMPLEO  
POR RAMAS DE ACTIVIDAD, PRIMER TRIMESTRE DE 2006**

<b>Total</b>	<b>40,3</b>
Agricultura, ganadería, caza y silvicultura	29,5
Agricultura, ganadería, caza y actividades relacionadas	29,9
Silvicultura, explotación forestal y actividades relacionadas	19,6
Pesca	15,3
Industrias extractivas	7,9
Extracción de productos energéticos	15,0
Extracción y aglomeración de antracita, hulla, lignito y turba	1,1
Extracción de petróleo y gas natural y actividades relacionadas	28,6
Extracción de otros minerales excepto productos energéticos	5,3
Extracción de minerales metálicos	20,0
Extracción de minerales no metálicos ni energéticos	4,6
Industrias manufactureras	24,5
Industria de la alimentación, bebidas y tabaco	34,9
Industria de productos alimenticios y bebidas	35,1

Industria del tabaco	28,7
Industria textil y de la confección	58,6
Industria textil	41,0
Industria de la confección y de la peletería	77,1
Industria del cuero y del calzado	40,9
Industria de la madera y del corcho	10,4
Industria del papel, edición y artes gráficas	33,4
Industria del papel	25,6
Edición, artes gráficas y reproducción de soportes grabados	35,5
Coquerías, refino de petróleo y tratamiento de combustibles nucleares	11,3
Industria química	33,6
Industria de la transformación del caucho y materias plásticas	18,3
Industrias de otros productos minerales no metálicos	15,3
Metalurgia y fabricación de productos metálicos	10,0
Metalurgia	9,3
Fabricación de productos metálicos, excepto maquinaria y equipo	10,2
Industria de la construcción de maquinaria y equipo mecánico	12,9
Industria de material y equipo eléctrico, electrónico y óptico	25,8
Fabricación de maquinas de oficina y equipos informáticos	19,0
Fabricación de maquinaria y material eléctrico	24,7
Fabricación de material electrónico	28,8
Fabricación de equipo médico-quirúrgico, de precisión y óptica	28,0
Fabricación de material de transporte	16,5
Fabricación de vehículos de motor, remolques y semirremolques	18,4
Fabricación de otro material de transporte	11,6
Industrias manufactureras diversas	19,2
Fabricación de muebles; otras industrias manufactureras	19,1
Reciclaje	19,6
Producción y distribución de energía eléctrica, gas y agua	20,5
Producción y distribución de energía eléctrica, gas, vapor y agua caliente	18,3
Captación, depuración y distribución de agua	24,6
Construcción	5,0
Comercio y reparación	47,5

Los trabajadores extranjeros impulsan el mercado de trabajo

183

Venta, mantenimiento y reparación de vehículos de motor	15,3
Comercio al por mayor e intermediarios del comercio	31,0
Comercio al por menor, excepto de vehículos de motor	61,2
Hostelería	52,9
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	22,7
Transporte terrestre; transporte por tubería	10,1
Transporte marítimo, de cabotaje y por vías de navegación interiores	14,9
Transporte aéreo y espacial	39,6
Actividades anexas a los transportes; actividades de agencias de viajes	33,1
Correos y telecomunicaciones	38,3
Intermediación financiera	46,1
Intermediación financiera, excepto seguros y planes de pensiones	41,4
Seguros y planes de pensiones, excepto seguridad social obligatoria	53,0
Actividades auxiliares a la intermediación financiera	55,9
Actividades inmobiliarias y de alquiler; servicios empresariales	49,3
Actividades inmobiliarias	49,7
Alquiler de maquinaria y equipo, efectos personales y enseres domésticos	32,9
Actividades informáticas	25,6
Investigación y desarrollo	40,9
Otras actividades empresariales	53,5
Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria	39,5
Educación	65,7
Actividades sanitarias y veterinarias, servicios sociales	74,9
Otras actividades sociales y de servicios a la comunidad y personales	51,4
Actividades de saneamiento público	16,2
Actividades asociativas	52,9
Actividades recreativas, culturales y deportivas	40,1
Actividades diversas de servicios personales	75,6
Actividades de los hogares	91,0
Organismos extraterritoriales	29,1

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Si se trata de calificar la calidad del empleo creado, la situación es contradictoria. Por una parte, toda la creación de empleo durante el último trimestre se produjo entre aquellos que tienen un contrato indefinido. Más de cien mil personas encontraron un empleo indefinido. Por el contrario, la ocupación temporal registró una disminución en casi cincuenta mil personas que representa un retroceso en un proceso de largo alcance de crecimiento del empleo temporal. La pauta contraria se observa en el empleo a tiempo parcial, ya que el conjunto de la creación de empleo se debió a un incremento de la ocupación a tiempo parcial. En concreto, en el último trimestre se elevó en casi un cuatro por ciento el número de trabajadores con contrato a tiempo parcial. El alcance de ese crecimiento es el mismo para hombres y mujeres, aunque estas últimas siguen representando casi un ochenta por ciento de la población ocupada con contratos a tiempo parcial.

En el primer trimestre de 2006, las mayores pérdidas de empleo se dieron en Ceuta y Melilla, además de las tres comunidades del norte peninsular (País Vasco, Navarra y Aragón) y ambas Castillas. Por el contrario, el mayor crecimiento del empleo, cercano al dos por ciento, se produjo en Madrid y Andalucía. Para el conjunto del año se registra un aumento de la ocupación en todas las comunidades autónomas, destacando Andalucía, Madrid, Cataluña y la Comunidad Valencia. En esas cuatro comunidades se crearon más de cien mil empleos netos a lo largo del año. No obstante, han sido las comunidades uniprovinciales las que han registrado un mayor incremento relativo del empleo. En Murcia, La Rioja, Cantabria y Baleares el empleo ha crecido por encima del seis por ciento en el último año.

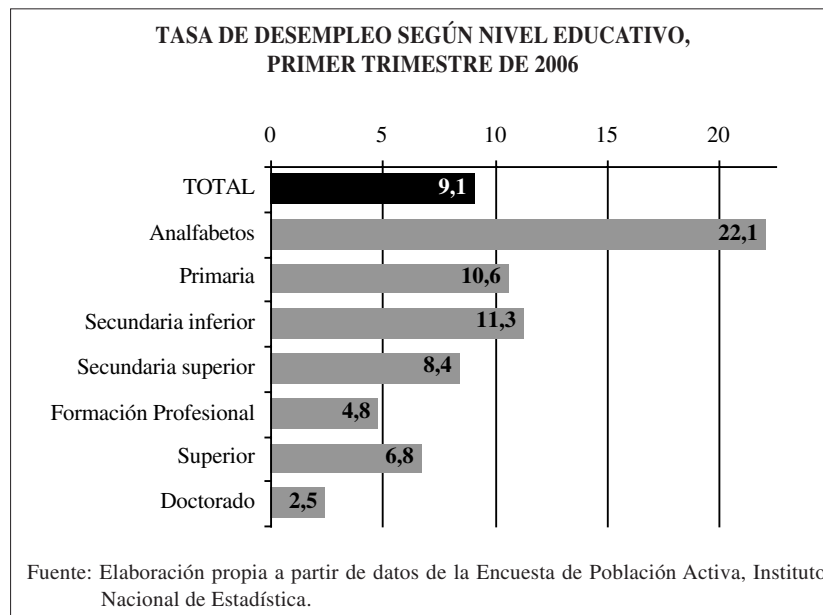
#### 4. Desempleo

Como resultado de un crecimiento mayor del número de activos que de los ocupados, el desempleo aumentó durante el primer trimestre de 2006 en casi noventa y cinco mil personas, una reversión de una tendencia de largo plazo de reducción del desempleo incluso en periodos, como los primeros tres meses del año, que no son especialmente favorables para la creación de empleo. Tras este crecimiento, la tasa de desempleo supera de nuevo el umbral del nueve por ciento. Dos tercios de los nuevos desempleados son mujeres, lo que contribuye a feminizar aún más a la población desempleada. Con estos datos, en el conjunto del año la disminución del desempleo es de ciento sesenta mil personas, de los cuales tres quintas partes son hombres.

En este caso también son los extranjeros los que asumen la mayor parte del movimiento en el mercado de trabajo. Mientras que entre los españoles tan sólo aumentó en diecisiete mil personas el número de desempleados, lo que se corresponde con un 1,3 por ciento de oscilación sobre el total, el

crecimiento del desempleo entre los extranjeros fue de setenta y cuatro mil personas, lo cual implica un notable incremento del número de parados extranjeros de casi el treinta por ciento en un solo trimestre. A falta de mayor profundidad en las características de los desempleados, este enorme crecimiento del desempleo entre los extranjeros puede corresponderse a la conclusión de los contratos de seis meses que permitieron la regularización de casi ochocientos mil extranjeros en el periodo extraordinario abierto el pasado año. Así se abre la brecha en tasas de desempleo entre españoles y extranjeros: mientras entre los primeros se sitúa en el 8,6 por ciento, entre los inmigrantes llega al 12,3 por ciento.

El aumento del paro es casi común a todos los tramos de edad, pero se concentra entre las personas de edades medias, en particular en lo que se refiere a las mujeres. Más del setenta por ciento de los nuevos desempleados que se produjeron en el trimestre fueron mujeres de entre veinticinco y cincuenta y cuatro años. Para el conjunto del año, la distribución es similar, ya que la disminución total del desempleo en ese periodo afecta con mucha menor intensidad al mismo grupo de edad. Mientras que entre los hombres de edades intermedias la reducción del desempleo es de sesenta mil personas, la disminución es de tan sólo veinte mil personas entre las mujeres.



La tasa de desempleo varía de manera notable según el nivel educativo. Mientras que entre los analfabetos alcanza cotas del veintidós por ciento, entre aquellos que alcanzan el nivel de doctorado apenas llega al tres

por ciento. Con la excepción de quienes cuentan con estudios de Formación Profesional, entre cuyo colectivo la tasa de desempleo no alcanza ni el cinco por ciento, un mayor nivel educativo se corresponde con mayores probabilidades de tener un empleo. Para todos los tramos educativos, el desempleo es más frecuente entre las mujeres que entre los hombres con una significativa excepción: la Formación Profesional. Las mujeres que cuentan con este tipo de estudios tienen una tasa de paro del tres por ciento, menos de la mitad que la de los hombres con el mismo nivel educativo. Entre quienes alcanzaron la educación superior, la relación de la tasa de paro es del cinco por ciento para las mujeres y de casi el doble, del 8,4 por ciento para los hombres.

El tiempo de permanencia en la situación de desempleo ha disminuido de manera sensible durante los últimos años, en paralelo al dinamismo económico que ha abierto grandes posibilidades para encontrar un empleo en un periodo muy corto de tiempo. El catorce por ciento de los desempleados llevan menos de un mes en situación de desempleo y el cincuenta y cinco por ciento han sufrido la condición de desempleo durante menos de seis meses. El porcentaje de parados que llevan más de un año en tal situación, lo que se conoce como desempleo de larga duración, alcanza el veintinueve por ciento del total de desempleados. Las mujeres tienen una ligera propensión a sufrir el desempleo de larga duración mayor que los hombres: del treinta y dos por ciento para las primeras y del veintiséis por ciento para los segundos. Esta circunstancia es la expresión de las mayores dificultades que tienen las mujeres para abandonar la situación de desempleo.

El principal método de búsqueda de empleo entre los parados sigue siendo el contacto con el grupo social más cercano, con escasas diferencias en cuanto al sexo del desempleado. Tres cuartas partes de los desempleados han utilizado esa red social para tratar de encontrar un empleo. Otros métodos más formales, como la solicitud directa o la personación en una oficina pública o privada de empleo afectan a aproximadamente la mitad del total de los desempleados. La solución al desempleo por la vía del establecimiento como trabajador por cuenta propia es una circunstancia casi desconocida, de lo cual se deduce que la inmensa mayoría de los desempleados pretende salir de esa condición a través de un empleo por cuenta ajena.

#### **PORCENTAJE DE PARADOS QUE HAN UTILIZADO EL MÉTODO DE BÚSQUEDA, PRIMER TRIMESTRE DE 2006**

A través de amigos, parientes o un sindicato	73,2
Solicitud directa a un empresario o presentando su currículum	64,1
Se ha puesto en contacto con una Oficina Pública de empleo	56,5
Ha mirado o ha escuchado algún anuncio u oferta de empleo (incluido Internet)	51,7



Los trabajadores extranjeros impulsan el mercado de trabajo	187
Espera la llamada de una Oficina Pública de empleo	43,3
Espera los resultados de una solicitud de trabajo	31,0
Se ha puesto en contacto con una oficina privada de empleo o se ha apuntado a una bolsa de trabajo	29,5
Ha puesto o ha contestado algún anuncio u oferta de empleo (incluido Internet)	29,5
Ha realizado un examen o una entrevista de trabajo	22,0
Ha buscado financiación o ha realizado gestiones para obtener permisos o licencias para establecerse por su cuenta	2,2
Ha buscado terrenos, locales o material para establecerse por su cuenta	1,9
Espera los resultados de una oposición	1,7
Otros métodos	1,2

Casi el setenta por ciento de los desempleados está cubierto por algún tipo de prestación por desempleo. En el primer trimestre de 2006 más de setecientas mil personas estaban percibiendo prestaciones contributivas por desempleo, lo que supone un crecimiento del cuatro por ciento con respecto al mismo periodo del año anterior. Es decir, mientras disminuía el número de desempleados, aumentaba el número de personas que percibían este tipo de protección frente a la situación de desempleo. Además, quinientas setenta y cinco mil personas recibían prestaciones asistenciales por desempleo, de los cuales casi ciento ochenta mil lo que recibían era la ayuda correspondiente a los trabajadores eventuales agrarios. La tendencia de estos últimos, no obstante, es distinta de las prestaciones contributivas. Mientras las primeras aumentaban en cuantía y número, las prestaciones asistenciales se han mantenido más o menos estables a lo largo de los últimos años con independencia de la evolución del empleo y el desempleo en España.

## 5. CONDICIONES DE TRABAJO

El salario es el principal componente de las condiciones de trabajo, tanto para el empresario, que lo percibe como un coste, como para el asalariado, que lo concibe como su fuente de ingreso, en la inmensa mayoría de los casos la única fuente de ingresos. Así, el coste laboral medio en España creció un 3,4 por ciento a lo largo del último año, lo que supone un repunte de una tendencia a la baja que venía desde 2002. Una parte de este crecimiento salarial es la respuesta dilatada en el tiempo al crecimiento de la inflación. El sector que registra un mayor crecimiento en el coste es la industria, por encima de la construcción y de los servicios, donde se concentran dos tercios

del empleo y un crecimiento del coste laboral medio del 3,2 por ciento. La industria, por tanto, se ha mostrado mucho más sensible a responder a la oscilación en los precios que el resto de sectores, en particular mucho más que los servicios, que han tenido un crecimiento menos oscilante a lo largo de los últimos años.

Sin embargo, el crecimiento del coste laboral no significa la mejora del poder adquisitivo de los trabajadores sino que es la consecuencia de un incremento del tres por ciento del total de las horas trabajadas. Así, el coste laboral por hora de trabajo efectiva aumentó en tan sólo un 0,3 por ciento a lo largo del último año, lo cual es coherente con la disminución de los días de fiesta y vacaciones correspondientes a la Semana Santa, que en el año anterior fue más temprana.

## 6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

La evolución de la economía andaluza sigue una senda de crecimiento paralelo al del conjunto de la economía nacional, incluso algo más elevado, situándose la tasa de crecimiento del PIB a precios de mercado regional andaluz en un 3,6% en el primer trimestre de 2006 según las primeras estimaciones. En cuanto a la participación de los distintos sectores económicos en el crecimiento económico de Andalucía hay que destacar la estabilización de la tasa de crecimiento de los servicios en el último año, situado en torno al 4%, y la importancia del sector de la construcción que en los últimos trimestres está experimentando una ralentización en su evolución interanual que se ha situado en el primer trimestre de 2006 en 5,6%. Respecto a los desequilibrios más agudos que experimenta la economía nacional y que se han recogido en el primer epígrafe de presente artículo, también afectan a la economía andaluza. Debemos hacer referencia a la alta tasa de inflación, (el IPC de junio se situó en el 3,9 % interanual) y a la evolución del sector exterior (en abril, las exportaciones caen a un tasa del -2,1% anual, mientras que las importaciones han crecido en el mismo mes en un 20,6%).

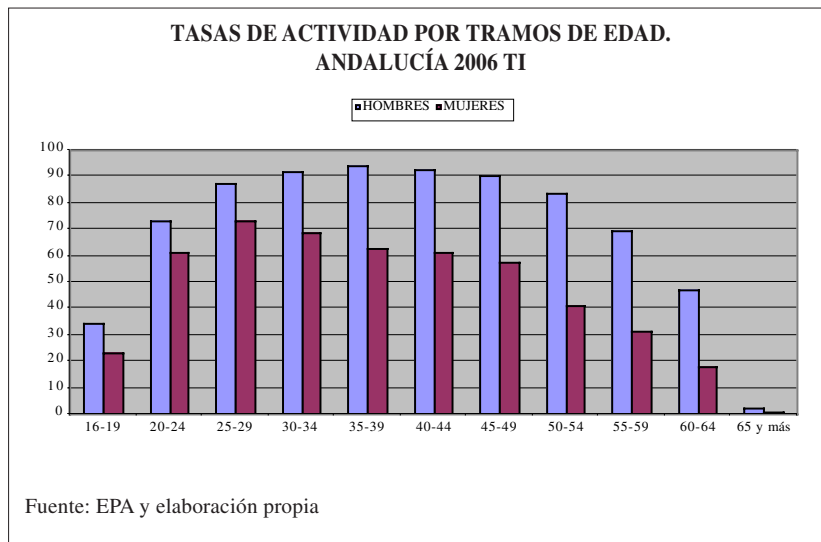
El desarrollo de la economía andaluza condiciona la evolución de las variables laborales en el primer trimestre de 2006 en la comunidad autónoma, destacando en especial la buena evolución de la ocupación y el desempleo. Pero antes de centrarnos en estas dos variables, vamos a considerar en primer lugar la marcha de la oferta de trabajo medida la población activa. El total de activos en Andalucía en el primer trimestre de 2006 se ha situado en 3.547.900 personas, lo que supone un aumento de 37.400 personas respecto al trimestre anterior y de 171.400 personas respecto al mismo trimestre del año anterior. El incremento de población activa en este trimestre se distribuyó en un aumento de 38.200 mujeres y una reducción de 900 hombres. La tendencia creciente de la población activa se mantiene ya que la

diferencia con respecto al mismo trimestre del año 2005 es de idéntico valor, 85.000 hombres y mujeres.

Como consecuencia de esta evolución, la tasa de actividad de Andalucía se ha situado en 55.44%, aumentando 0,34 puntos en el trimestre y 1,70 puntos respecto al mismo trimestre del año anterior. La diferencia con la tasa media de actividad nacional (57,98%) se ha situado en dos puntos y medio.

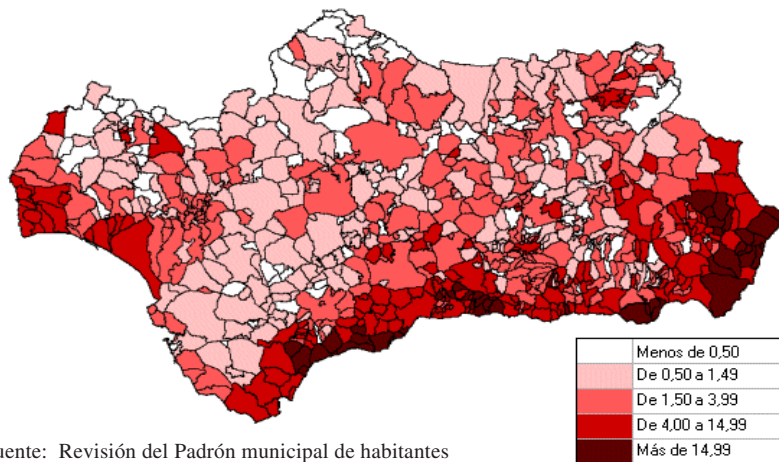
Como consecuencia de este aumento de la oferta de trabajo, la tasa de actividad masculina ha alcanzado la cifra de 68,18% acercándose a la media nacional (68.93%), mientras que la femenina ha crecido algo más de un punto este trimestre y se queda en el 43,17%, siendo el valor nacional 47.47%. La convergencia en la tasa de actividad masculina es prácticamente total entre Andalucía y España, mientras que se sigue reduciendo la diferencia entre las tasas de actividad femeninas nacional y regional.

La diferencia en las pautas de oferta de trabajo entre los dos colectivos se puede matizar si se comparan los valores de las tasas de actividad según los distintos tramos de edad. Como se observa en el gráfico, las tasas de actividad muestran la esperada forma de campana, menores valores para los extremos, edades en las que las personas se encuentran en el sistema educativo o bien en proceso de retiro de la actividad laboral, y mayores valores para las edades centrales. Sin embargo, hay significativas diferencias entre los valores para la población masculina y femenina que se acentúa a partir del tramo de edad entre 30 y 34 años. Para tramos de edad superiores, la tasa de actividad femenina disminuye, mientras todavía se sitúa por encima del 90% para los hombres del tramo de edad de 45 a 49 años.



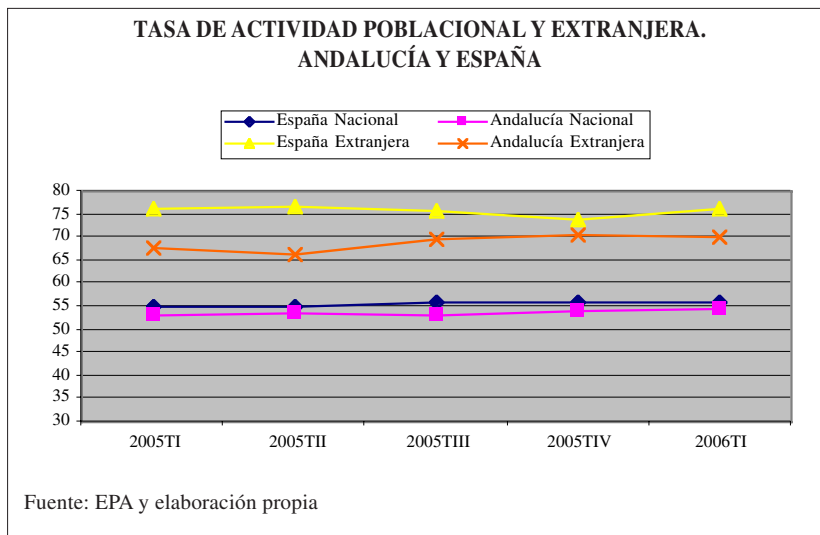
Uno de los fenómenos más significativos que está ocurriendo en España en general, y en Andalucía en particular y que afecta de forma significativa al mercado laboral, es el creciente flujo migratorio que está se está poniendo de manifiesto especialmente en la última década y más aún en los primeros años de este nuevo siglo. El Instituto de Estadística de Andalucía, en su trabajo sobre Estadística de Inmigración Internacional en Andalucía, recoge, a partir de los datos del Padrón Municipal, una representación gráfica de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía en función del porcentaje que representan los emigrantes. Como se observa, en las zonas costeras de Andalucía el porcentaje de extranjeros es más acentuado, en especial en las provincias de Almería, Huelva, Málaga y Granada. La presencia de la población emigrante está más ligada a las zonas en las que predominan los sectores productivos en los que, por las especiales características de la actividad económica que en ellos se desarrolla, la presencia de este tipo de trabajo es mayor, especialmente en el área los servicios personales, la atención de las personas discapacitadas, la hostelería, la construcción y algunas actividades agrícolas como las de recolección de frutos.

#### DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN EXTRANJERA SEGÚN MUNICIPIO DE RESIDENCIA. 2005



Fuente: Revisión del Padrón municipal de habitantes  
Estadística de Migración Internacional en Andalucía  
Instituto de Estadística de Andalucía

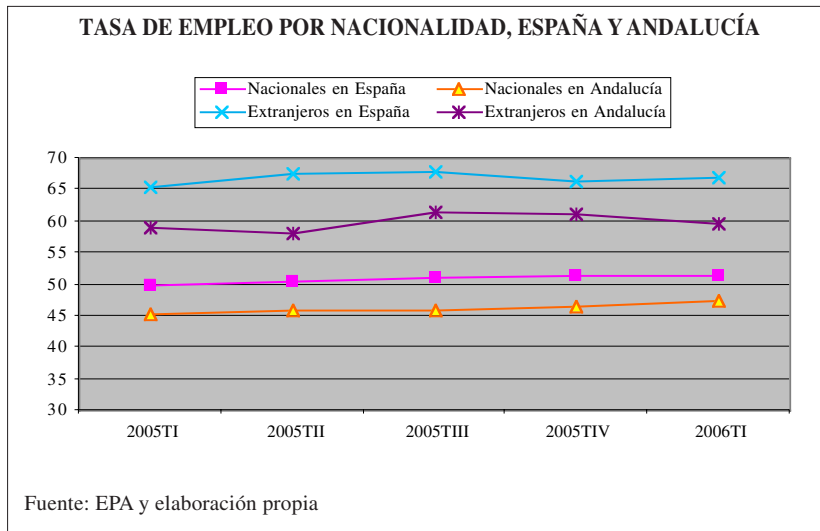
El comportamiento de oferta de trabajo de los emigrantes es más intenso que el de los nacionales. Esto se puede comprobar si se compara las tasas de actividad de los trabajadores extranjeros es mayor que la de los nacionales. Es también relevante destacar que en ambos casos, los valores para la población en Andalucía son menores que los que corresponden a la media nacional.



En lo que respecta a la marcha de la demanda de trabajo en Andalucía en el primer trimestre de 2006, el número total de ocupados en Andalucía se situó en 3.074.800 personas. Con respecto al primer trimestre de 2005, la ocupación ha crecido en 179.200 personas (90.400 hombres y 88.900 mujeres). En términos relativos, estas cifras significan un incremento del 6,19% anual en el conjunto de la ocupación, (un 8,41% para las mujeres ocupadas y un 4,91% para los hombres). En el presente trimestre, han aumentado el número de mujeres ocupadas en Andalucía en 43.900.

Esta favorable evolución de la ocupación en Andalucía se traduce en que la tasa de empleo se ha situado en un 48,05% de media (el 35,15% para las mujeres y el 61,44% para los hombres) lo que representa un aumento de 0,56 puntos con respecto al trimestre anterior y 1,96 puntos más que en el primer trimestre de 2005.

Si atendemos a la nacionalidad de los ocupados, la tasa de ocupación de los extranjeros es superior a la de los nacionales, tanto en el conjunto de España como en Andalucía, siendo la tasa de ocupación de los nacionales en España y Andalucía respectivamente más reducidas. Esta evolución, tal y como se pone de manifiesto en el gráfico adjunto, se explica en la teoría económica de la emigración como consecuencia de una reducción del colectivo de referencia ya que los emigrantes presentan unas tasas de actividad más elevadas que los nacionales (como ya hemos señalado) y las tasas de desempleo que experimentan son más reducidas como consecuencia de la disponibilidad al trabajo, los tramos de edad que predominan y los menores salarios de reserva que se consideran.



Si atendemos al comportamiento de la ocupación en relación a los distintos sectores de actividad económica, el empleo en Andalucía ha crecido, en comparación con el mismo trimestre del año 2005, en los servicios de forma sustancial (134.500 personas, un 7,17% respecto al a trimestre anterior) seguido de la construcción (24.200) y la agricultura (15.700). En términos absolutos, la ocupación en Andalucía está especialmente concentrada en el sector servicios que ocupa en el primer trimestre de 2006 a más de dos millones de andaluces (1.049.900 hombres y 959.600 mujeres), seguido por el sector de la construcción (455.300 personas de las que sólo 15.200 son mujeres) la Industria (315.500 personas) y por último la Agricultura (296.500 personas).

En lo que se refiere a la estructura de la ocupación según ramas de actividad y atendiendo a la presencia de las mujeres en estos sectores, se pone de manifiesto significativas diferencias entre ambos colectivos. El empleo femenino en Andalucía está especialmente concentrado en el Comercio y la Hostelería y los servicios públicos, mientras que su presencia es casi testimonial en los sectores industriales y de la construcción

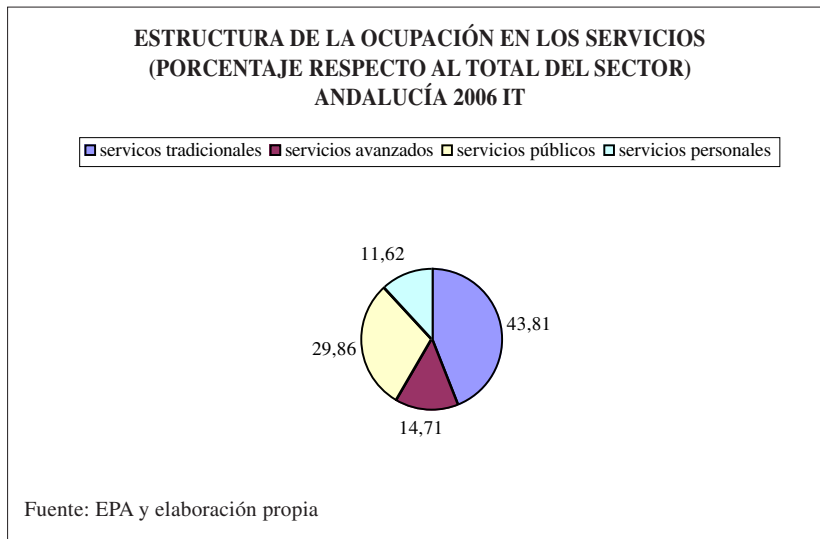
**ESTRUCTURA DE LA OCUPACIÓN EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA  
(EN PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL). IT 2006**

	Hombres España	Hombres Andalucía	Mujeres España	Mujeres Andalucía
Agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca	6,06	9,91	3,62	9,19
Industrias de alimentación, bebidas y tabaco; textil y confección; cuero y calzado; madera y corcho; papel, edición y artes gráficas	6,16	3,86	5,41	3,25
Industrias extractivas; refino de petróleo; industria química; transformación de caucho, metalurgia; energía y agua	8,63	5,60	2,47	1,40
Construcción de maquinaria, material eléctrico, material de transporte e industrias manufactureras diversas	6,68	3,52	2,18	1,04
Construcción	19,99	22,70	1,57	1,33
Comercio y Hostelería	18,55	21,67	26,56	26,99
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	7,62	6,51	3,32	2,38
Intermediación financiera, actividades inmobiliarias y servicios empresariales	10,04	7,74	14,06	12,77
Administración pública, educación, actividades sanitarias y veterinarias; servicios sociales	12,27	14,57	26,77	27,81
Otros servicios; actividades de los hogares y organismos extraterritoriales	4,00	3,91	14,04	13,84
Total	100	100	100	100

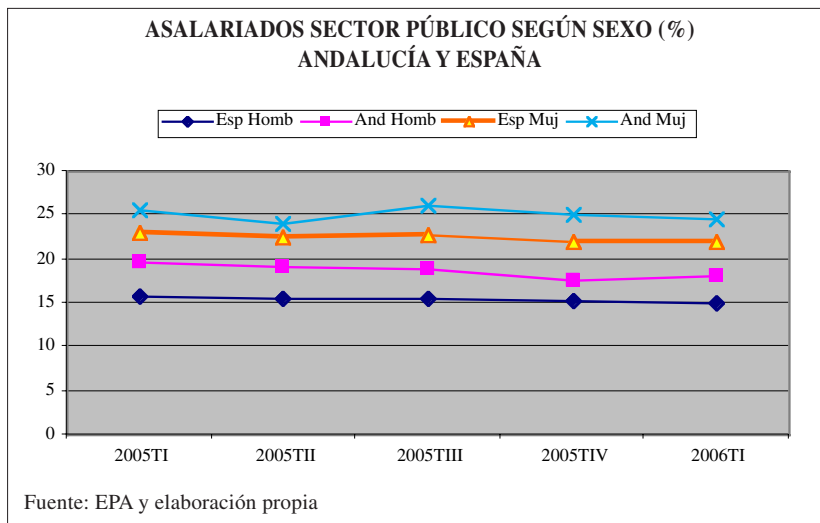
Fuente: EPA y elaboración propia

El gran peso de la ocupación en el sector servicios, en comparación con los otros sectores productivos merece que se analice de forma más detenida el conjunto y se consideren partes menores de ese gran todo. La diferencia tan acusada en Andalucía entre la ocupación en los servicios y el resto de los sectores puede ser matizada si se considera una división en el conjunto de los servicios entre cuatro grupos significativos. Estos cuatro grupos son, en primer lugar los Servicios Tradicionales, que incluye al comercio, la hostelería, el transporte, correos y telecomunicaciones, en los que se emplean 880.300 personas en el periodo de referencia. En segundo lugar se encuentra el grupo de los Servicios Avanzados, que incorpora la intermedia-

ción financiera, las inmobiliarias o los servicios a empresas, y que ocupa a 295,600 personas. En tercer lugar se haya el subsector de los servicios públicos que engloba a la administración pública, defensa, seguridad social obligatoria, educación, actividades sanitarias y servicios sociales, que ocupa a 600.100 personas en Andalucía, lo que significa un mayor peso relativo respecto al total que en la media nacional. Por último, nos encontramos al grupo de servicios que se clasifican en Servicios Personales y que engloba actividades de saneamiento público, asociaciones recreativas, culturales, deportivas y hogares que emplean servicios domésticos, en el que se emplean 233.500 personas



Respecto a la presencia de la mujer en los distintos sectores productivos, en Andalucía les es interesante constatar que la concentración del empleo femenino en el sector público es especialmente relevante. Casi el 25% del total de las mujeres asalariadas lo están en el sector público frente a un porcentaje del 22% en el conjunto de la ocupación nacional, según los datos referidos al primer trimestre de 2006. El porcentaje que representan los asalariados varones en el sector público a nivel andaluz en este mismo periodo es del 18% mientras que a nivel nacional este mismo porcentaje entre la población masculina queda reducido a un 15,1%.



Por último, otro componente importante para comprender la estructura de la ocupación lo constituye el nivel de formación de los empleados. Según los datos de la EPA referidos a primer trimestre de 2006, las pautas de hombres y mujeres difieren en este importante aspecto. El grupo mayoritario de empleo masculino, tanto a nivel nacional como andaluz, se encuentra entre los trabajadores que han alcanzado el nivel de educación secundaria de primera etapa y el nivel equivalente de formación e inserción laboral (36% de los ocupados varones en Andalucía y 30,9% en el conjunto nacional). Le sigue el grupo de ocupados que han alcanzado la educación superior (22% en Andalucía y 27,7% en España). Sin embargo, para el colectivo femenino, el porcentaje del total de empleadas más numeroso es el de éste grado educativo (38% a nivel nacional y 33,9% en Andalucía), seguido por el grupo de ocupadas con la primera etapa de educación secundaria y formación e inserción laboral correspondiente (23,3% a nivel nacional, 28,5% en Andalucía).

**OCUPADOS POR NIVEL DE FORMACIÓN ALCANZADO. PORCENTAJE  
RESPECTO AL TOTAL. ESPAÑA Y ANDALUCÍA. 2006 IT**

	Hombres España	Hombres Andalucía	Mujeres España	Mujeres Andalucía
Analfabetos	0,4	0,5	0,3	0,6
Educación primaria	17,8	20,6	12,7	14,1
Educación secundaria primera etapa y formación e inserción laboral correspondiente	30,9	36,3	23,3	28,5

(Continuación)

Educación secundaria segunda etapa y formación e inserción laboral correspondiente	22,2	19,5	24,9	21,7
Formación e inserción laboral con título de secundaria (2.ª etapa)	0,1	0,1	0,1	0,2
Educación superior, excepto doctorado	27,7	22	38	33,9
Doctorado	0,8	1	0,6	0,9
Total	100	100	100	100

Fuente: EPA y elaboración propia

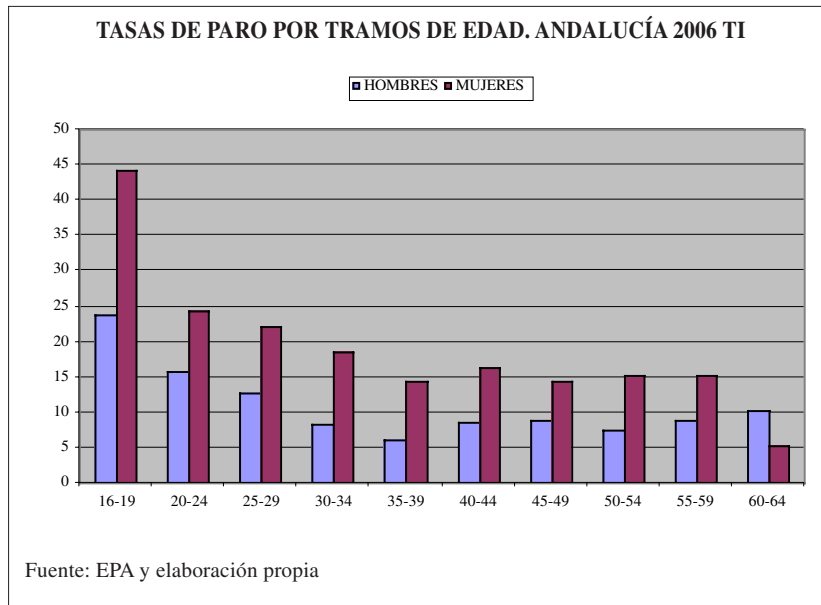
Como resultado de la evolución de la oferta y la demanda de trabajo que hemos señalado anteriormente, los datos de la EPA referidos a Andalucía señalan que el número de desempleados se situó en el primer trimestre de 2006 en 473.100 personas, lo que supone una reducción de 7.800 personas en este trimestre respecto al mismo periodo de 2005, lo cuál significa una caída del 1,62% en el año. Esta evolución, situó la tasa de paro andaluza en este primer trimestre en el 13,34% una cifra muy baja en términos históricos y que mantiene la tendencia a la reducción de la tasa de paro en Andalucía, acentuando la convergencia con la media nacional, cuya diferencia se ha situado en este periodo en 4,27 puntos.

Por provincias, la tasa de paro más baja se encuentra en Almería (8,39%) y la más alta en Cádiz (17,22%). Para los hombres, la tasa paro más baja se encuentra en Granada (6,37%) y la más alta en Cádiz (13,68%). Para las mujeres la tasa de paro más baja se encuentra de nuevo en la provincia de Almería (9,60%) y la más alta en la provincia de Jaén (23,98%).

La reducción del desempleo en este trimestre respecto al mismo trimestre del año anterior ha afectado casi por igual a mujeres (5.600) y hombres (6.600). Estas variaciones suponen una reducción del número de desempleados de un 2,13% para las mujeres y del 1,21% para los hombres. En este trimestre la reducción del desempleo y de la tasa de paro para ambos colectivos ha sido mucho menor que en el periodo anterior. La tasa de desempleo femenina en Andalucía se situó en el 18,57%, y la masculina en el 9,98%. La diferencia entre ambas tasas es sustancial y relevante para comprender las diferencias en el mercado de trabajo andaluz.

Esta segmentación del mercado de trabajo se puede matizar si consideramos las tasas de desempleo en función de la edad de los trabajadores, de forma paralela a lo que hicimos con la tasa de actividad. En este caso, encontramos unas pautas de comportamiento significativas entre los diversos colectivos. Como se observa en el gráfico adjunto, la tasa de paro se reduce

a medida que aumenta el tramo de edad considerado, En comparación con el gráfico de participación en la oferta de trabajo que expusimos al comienzo de este epígrafe. La tasa de paro femenina es mayor para las mujeres en todos los tramos de edad, salvo para los trabajadores entre 60n y 64 años, en cuyo caso, la tasa de paro femenina es menor lo que podría explicarse porque sólo las mujeres que están ocupadas permanecen en el mercado, retirándose del mercado en caso contrario por dificultades de ocupación.



Si atendemos a la distribución de los parados en función de los niveles educativos alcanzados, y comparamos los datos obtenidos con la estructura del empleo tal y como hemos realizado anteriormente, encontramos algunas diferencias significativas. El porcentaje mayor de varones desempleados respecto al total lo presentan los trabajadores con nivel educativo de primera etapa de secundaria (38,7% en Andalucía y 37% en el conjunto nacional). Para las mujeres es éste también el grupo de mayor peso respecto al total de desempleadas (39,6% en Andalucía y 34,1% en el conjunto nacional). Los porcentajes que representan los desempleados con educación superior son menores en Andalucía que en España, tanto para hombres como para mujeres, situándose esta diferencia en torno a cinco puntos.

**PARADOS POR NIVEL DE FORMACIÓN ALCANZADO. ANDALUCÍA Y ESPAÑA.  
PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL RESPECTIVO. 2006. IT**

	Hombres España	Hombres Andalucía	Mujeres España	Mujeres Andalucía
Analfabetos	1,5	1,3	0,7	0,6
Educación primaria	22	27,7	16,1	17,9
Educación secundaria primera etapa y formación e inserción laboral correspondiente	37	38,7	34,1	39,6
Educación secundaria segunda etapa y formación e inserción laboral correspondiente	18,9	16,3	23,6	22,6
Formación e inserción laboral con título de secundaria (2.ª etapa)	0,1	0,1	0	.
Educación superior, excepto doctorado	20,5	15,9	25,2	19,2
Doctorado	0,1		0,3	0,1
Total	100	100	100	100

Fuente: EPA y elaboración propia



3

---

# Comentarios de Jurisprudencia







## PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

### EFFECTO DE LA REDUCCIÓN DE PLANTILLA SOBRE UN DELEGADO DE PERSONAL

*Auto Tribunal Supremo. Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2006*

MARÍA DEL JUNCO CACHERO \*

**SUPUESTO DE HECHO:** D. Julián L. R., viene prestando servicios profesionales para la empresa «Oximesa, S.L.», delegación en Cádiz, con la categoría de oficial administrativo de 1.<sup>a</sup>, desde el día 2 de noviembre de 1993.

En el mes de marzo de 2003 la empresa demandada, en su centro de trabajo en Cádiz, contaba en su plantilla con seis trabajadores. Promovidas elecciones a representante de los trabajadores en el propio mes de marzo, según acta de escrutinio del día 17, D. Julián L. R. resultó elegido, como delegado de personal.

El 18 de diciembre del mismo año, el centro de trabajo de «Oximesa, S. L.», en Cádiz, sólo contaba en su plantilla con cinco trabajadores.

Desde la fecha de su elección hasta el día 22 de diciembre de 2003, en que recibe una comunicación de la empresa demandada, D. Julián L. R., gozaba de los privilegios y garantías que la ley le otorgaba por su condición de delegado de personal. Esta comunicación que recibe es a raíz de un escrito que D. Julián L. R. envía el día 24 de noviembre de 2003 donde expone que: «invocando las disposiciones legales vigentes comunica y denuncia la apertura de negociación colectiva, adjuntando propuesta de convenio y solicitando que a la mayor brevedad posible establezcamos calendario de reuniones al objeto de negociar convenio colectivo». Esto lo recibe D. José Manuel R. U. en nombre de la empresa. A ello se le contesta el 22 de di-

\* T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ciembre, exponiéndole entre otras cosas lo siguiente: «En marzo de 2003, siendo la plantilla de «Oximesa, S. L.», en Cádiz, eventualmente de seis trabajadores, por tanto tratándose del umbral mínimo previsto para poder ser elegido Delegado de Personal y en una circunstancia límite al no estar la plantilla integrada de forma estable por seis trabajadores, Ud. fue elegido Delegado de Personal aunque aparentemente concurría el requisito numérico ineludible de un mínimo de seis trabajadores a pesar de la eventualidad del contrato laboral de uno de los trabajadores.

Debido a estas circunstancias actuales que constituyen razones de Orden Público Laboral que no podemos obviar, al producirse el incumplimiento del imprescindible presupuesto fáctico de haber en plantilla al menos seis trabajadores, y de acuerdo con la Doctrina Jurisprudencial sentada para supuestos análogos, mientras concurren las actuales circunstancias, la postura de la empresa será, con independencia de que proceda o no reconocerle su condición de Delegado de Personal, la de entender que el ejercicio de las facultades que Ud. pueda desempeñar en tal presunta condición no son vinculantes para la empresa...».

**RESUMEN:** Al Juzgado de lo Social núm. 3 de Cádiz, le correspondió en turno de reparto la demanda presentada por D. Julián L. R., cuya vista fue en principio suspendida para acumular a ésta las actuaciones de los autos núm. 47/2004, que se seguían el Juzgado de lo Social núm. 2. El planteamiento de ambas demandas tenía como fundamento común, el reconocimiento de la condición de delegado de personal de D. Julián L. R., en la empresa «Oximesa, S. L.» así como el derecho a la negociación colectiva y el reconocimiento del crédito horario en dicha empresa. El Juzgado de lo Social núm. 3 de Cádiz dictó Sentencia de 20 de febrero de 2004, desestimando las pretensiones formuladas.

Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandante, siendo dictada Sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en fecha 12 de noviembre de 2004, que desestimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia confirmaba la Sentencia impugnada.

Por escrito de 7 de marzo de 2005 se formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Rec. Núm. 870/2005), presentado por D. Julián L. R. El 9 de marzo de 2006, se declara la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina.



## ÍNDICE

1. REQUISITOS PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA
2. REDUCCIÓN DE PLANTILLA
3. PERMANENCIA DEL MANDATO DEL REPRESENTANTE
4. MANTENIMIENTO DE LAS GARANTÍAS

## 1. REQUISITOS PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Nos encontramos ante la recusación de una Sentencia dictada en suplicación, que no se atiene a los requisitos que para ello dispone el Real Decreto Legislativo 2/1995<sup>1</sup> (L.P.L.).

El art. 217 de la L.P.L. establece que el recurso tendrá por objeto la unificación con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idénticas situaciones donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

El objeto de este recurso de casación para la unificación de doctrina, es la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 12 de noviembre de 2004<sup>2</sup>.

Para justificar en este caso, que existe la contradicción, que como requisito de viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, impone el art. 217 de la L.P.L., afirma la parte demandante que la Sen-

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. En adelante L.P.L.

<sup>2</sup> «Como factores de hecho relevantes en la resolución que ahora se examina, y en lo que es ahora el caso, cabe destacar que el actor viene prestando servicios para la demandada como oficial administrativo 1.ª, siendo elegido delegado de personal en las elecciones habidas en la empresa en marzo de 2003. En el marco de la promoción de negociaciones de un Convenio colectivo con ámbito funcional y territorial de centro de trabajo de Cádiz, la empresa le remite carta de fecha 22 de diciembre de 2003, en la que, entre otros extremos, le manifiesta que ha perdido la condición de representante legal de los trabajadores toda vez que, durante ese mes, la plantilla se ha visto reducida a cinco trabajadores, por debajo del umbral marcado legalmente para poder elegir delegado de personal. La demanda de la que traen causa las presentes actuaciones es desestimada en la instancia al sostener el Juez que que el representante de los trabajadores cesa en su puesto cuando desaparece el presupuesto de hecho que permitió aquella representación, siendo dicho pronunciamiento confirmado en el grado jurisdiccional de la suplicación. Se apoya para la Sala en un pronunciamiento anterior —STJ/Sevilla 22-02-2000— para llegar a la conclusión de que los delegados sindicales carecen del apoyo fáctico que sustentaba su derecho a gozar de ciertas garantías al reducirse la plantilla por debajo de lo límites del art. 10,2 LOLS». Auto Tribunal Supremo Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2006.

tencia que combate llega a pronunciamiento distinto que la Sentencia que invoca para su contraste dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 11 de abril de 2001. En dicha Sentencia se dirime una única cuestión, relativa a determinar si la empresa puede dejar de reconocer a los delegados sindicales las garantías y derechos establecidos a su favor en el art. 10.3 LOLS cuando, a falta de acuerdos específicos al respecto, se reduzca el número de trabajadores de la plantilla del centro de trabajo por debajo del umbral numérico mínimo establecido en el art. 10.2 LOLS<sup>3</sup>. En aquél caso, tras la celebración de elecciones sindicales en la empresa «Alcampo, S.A.» y nombramiento de los miembros del Comité de Empresa, se procede a la constitución de la Sección Sindical de CC.OO. en la misma., contando en aquel momento la plantilla con 272 trabajadores. Tres meses más tarde, la empresa remite a todos los delegados sindicales, una carta en la que les participa que habiéndose reducido la plantilla del centro de trabajo de Sevilla a menos de 250 trabajadores, no concurrían los requisitos legales para mantener su situación, y en consecuencia, dejaba de reconocerles las garantías que por tal condición le pudiera corresponder.

El Tribunal Supremo en el Auto de inadmisión<sup>4</sup> razona al respecto que en atención a doctrina precedente recaída sobre la materia, y a las previsiones al efecto contempladas en la LOLS, la empresa sólo tiene la obligación de reconocer a los delegados sindicales las garantías y derechos del art. 10.3 LOLS, caso de concurrir los presupuestos del art. 10.1 LOLS y en relación a un número concreto de delegados en atención a la dimensión de su plantilla.

Aún más, el Tribunal Supremo en el mismo Auto manifiesta que entre los supuestos comparados no concurre la necesaria triple identidad legal que habilitaría el juicio positivo de contradicción y ello, esencialmente, porque como este Tribunal tiene declarado, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales<sup>5</sup> de tal suerte que la paridad de pronunciamientos cierra el camino al examen de las diversas conculcaciones que se mencionan en el recurso<sup>6</sup>, careciendo de relevancia la contraposición abstracta de doctrinas, lo que conduce a afirmar que la contradicción en sentido legal es inexistente, al ser en origen distintos los supuestos de hecho abordados en cada una de las Sentencias comparadas.

<sup>3</sup> Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, en adelante LOLS.

<sup>4</sup> Auto Tribunal Supremo. Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2006. Rec. Núm. 870/2005.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 28 de enero de 1992.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 6 de febrero de 1992.



Es verdad que en ambos casos los sujetos que interesan la tutela de la libertad sindical ostentan la condición de representantes de los trabajadores, y que las empresas con ocasión de una reducción de la plantilla en los respectivos centros de trabajo, proceden a comunicarles que dejan de reconocerles los privilegios que de tal condición se derivan, pero aquí se agotan las identidades.

Hay un extremo que tiene una insoslayable relevancia jurídica, que impide apreciar la divergencia doctrinal denunciada y es que, en el supuesto que nos ocupa en este comentario nos hallamos en presencia de un delegado de personal, que es un representante unitario de los trabajadores, y en el que se trae a casación, es un delegado sindical, representante sindical de los trabajadores, «siendo distinto el alcance de la protección que el Ordenamiento confiere a cada una de dichas representaciones. Es más, los supuestos de reducción de la dimensión de la plantilla del centro de trabajo, en relación con los representantes unitarios, tiene una concreta regulación en el art. 67.1 E.T.<sup>7</sup> y el Real Decreto 1844/1994»<sup>8</sup>.

## 2. REDUCCIÓN DE PLANTILLA

Tan sólo encontramos en el E.T. una referencia al supuesto de reducción de plantilla, cuando se trata de representantes de los trabajadores<sup>9</sup>.

El art. 67.1 in fine establece que: «los convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores». Nos encontramos en este supuesto ante una disminución «tan significativa» que hace que desaparezca la representación de los trabajadores que existía.

<sup>7</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E. T.

<sup>8</sup> Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa. Auto Tribunal Supremo. Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2006. Rec. Núm. 870/2005.

<sup>9</sup> El art. 13.2 del Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa, remite a este mismo art. 67.1 del E. T.: «En caso de disminución de plantilla se estará a lo dispuesto en el último párrafo del art. 67.1 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo expresar en la comunicación que habrá de dirigirse a la oficina pública la fecha de publicación en el Boletín Oficial que corresponda del Convenio Colectivo o bien mediante la remisión del propio Convenio o, mediante su original o copia compulsada del acuerdo suscrito entre el empresario y los representantes de los trabajadores, debiéndose guardar la debida proporcionalidad por colegios electorales y por candidaturas y candidatos electos».

El problema es que el convenio colectivo que rige para la empresa «Oximesa, S.L.» no regula nada al respecto y atendiendo a la literalidad de la norma, «la acomodación», que en este caso sería el mantenimiento o no del delegado de personal, quizá debió pactarse entre la empresa y el propio representante.

Pero aquí, el delegado de personal, lo que recibe es un comunicado donde se le advierte de que las funciones que desempeñe en su presunta condición de representante no son vinculantes para la empresa: «...la postura de empresa será, con independencia de que proceda o no reconocerle su condición de delegado de personal, la de entender que el ejercicio de las facultades que Ud. pueda desempeñar en tal presunta condición no son vinculantes para la empresa»<sup>10</sup>.

Llama la atención de este párrafo en el comunicado a D. Julián L. R. por parte de la empresa, la «inseguridad» que la misma tiene acerca de si aquel será o no delegado de personal, pues no es que la empresa lo exponga a expensas de conocer la decisión en una posible demanda judicial, sino que esta comunicación es la que da lugar justamente a ser demandada por el actor.

El criterio que la jurisprudencia ha seguido en ocasiones es el siguiente<sup>11</sup>: «la proporción entre el número de representantes y el de los trabajadores de la empresa está referida a la fecha en la que se inició el proceso electoral; en caso contrario quedarían vacías de contenido las normas que regulan la sustitución de representantes en el supuesto de vacantes, se desvirtuarían también lo establecido en materia de duración del mandato electoral, que estaría sujeto a las fluctuaciones de la plantilla...».

Cierto es que en este supuesto no estamos ante una adecuación de la representación por disminución de la plantilla, sino ante un vacío representativo por finalización de contrato de uno de los trabajadores, que hace que la plantilla se reduzca a un número que legalmente no tiene previsto la existencia de representante, art. 62.1 E. T.<sup>12</sup>, pero también es cierto que cuando D. Julián L. R. fue elegido delegado de personal, se contaban con todos los elementos legales para la misma, razón quizá que haga que la empresa no tenga «clara» su postura de reconocerle o no como delegado de personal. Aunque lo que si tiene claro es que no actuará como representante y por tanto el ejercicio de sus facultades no son vinculantes para la empresa.

<sup>10</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Cádiz, de 20 de febrero de 2004.

<sup>11</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: *Los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia 1995. TSJ Cantabria de 1 de julio de 1994. Ar. 2983.

<sup>12</sup> Art. 62.1 E. T.: «La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponde a los delegados de personal. Igualmente podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros de trabajo que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran éstos por mayoría».



La disminución de la plantilla puede producirse por cualquiera de los procedimientos regulados legalmente, entre ellos: cualquier tipo de despido, transmisiones de empresa, finalizaciones de contratos, etc.<sup>13</sup>. En estos casos ni el art. 67.1 del E. T. ni el 13.2 del Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa, precisan qué ocurre con la proporción entre representantes de los trabajadores y trabajadores.

Se podrían adoptar dos posturas: la primera, que la disminución de la plantilla no disminuya el número de representantes de los trabajadores, debiendo continuar los representantes en su mandato hasta que expire la duración del mismo y, la segunda, que la disminución de plantilla conduzca a una reducción proporcional del número de representantes. La primera postura podría aplicarse en los supuestos de disminución de plantilla y continuidad en la actividad del centro de trabajo<sup>14</sup>. Es en esta situación en la que nos encontramos en el supuesto que se analiza: la empresa prescinde de los servicios de un trabajador<sup>15</sup>, pero continúa en su actividad tal y como siempre, únicamente que ahora en vez de ser seis trabajadores en plantilla, son cinco.

### 3. PERMANENCIA DEL MANDATO DEL REPRESENTANTE

El art. 67.3 del E. T. determina que «la duración del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa será de cuatro años... Solamente podrán ser revocados los delegados de personal y miembros del comité durante su mandato, por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto...».

La jurisprudencia<sup>16</sup> ha señalado que el mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa únicamente pierde eficacia antes de cumplir los cuatro años de duración normal, por acuerdo de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto, o por dimisión del interesado o por extinción de la relación laboral. Se aprecia que se añade a la revocación señalada legalmente, dos causas más posibles de poder terminar el mandato representativo antes de que se cum-

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J. y PÉREZ BORREGO, G.: *Procedimiento de Elecciones a Representantes de Trabajadores y Funcionarios*. Aranzadi. Pamplona 1995. Págs. 121 y ss.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J. y PÉREZ BORREGO, G.: *Procedimiento de...*, *op. cit.* Pág. 124.

<sup>15</sup> Distinto sería una disminución fraudulenta de plantilla con fines contradictorios a la libertad sindical, pues determinará la nulidad de las acciones empresariales. Para nada esta posibilidad se cuestiona en el supuesto que analizamos.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J. y PÉREZ BORREGO, G.: *Procedimiento de...*, *op. cit.* Pág. 104.

plan los cuatro años establecidos. No cabe duda que estas dos causas, dimisión y extinción, caen por su «propio peso».

Pero en el supuesto que nos encontramos, ni estamos en presencia de una dimisión, ni se le ha extinguido el contrato por la causa que fuere a D. Julián L. R., ni ha existido un acuerdo de los restantes compañeros en asamblea, con el fin de cesar a su delegado de personal, sino que lo que se ha producido es una comunicación de la empresa al actor, en la que se toma la decisión unilateralmente de «entender que el ejercicio de las facultades que D. Julián L. R. pueda desempeñar en tal presunta condición no son vinculantes para la empresa»<sup>17</sup>.

Para algún sector de la doctrina<sup>18</sup>, entre las causas posibles de revocación de un representante legal de los trabajadores, se encuentra la disminución de plantilla, pero siempre con la salvedad que no se da en el caso que nos ocupa, de revocación de los representantes «excedentes», en función de la escala establecida en el art. 66.1 del E. T.<sup>19</sup>. Obsérvese que dicha afirmación se establece para los miembros que componen el comité de empresa, no para los delegados de personal, pues el número que de éstos debe existir en la empresa o centro de trabajo, está establecido en el art. 62.1 del E. T.

Así se mantiene que el convenio colectivo puede servir, como determina el art. 67.1 in fine E. T., para acomodar la representación unitaria a las disminuciones significativas de plantilla, aunque subsidiariamente será posible realizar dicha acomodación mediante acuerdo de empresa. Ello ha sido valorado por algún sector de la doctrina como una «extralimitación del legislador, al obligar a las partes a adoptar acuerdos o materias que objetivamente no integran el contenido necesario o delimitador del convenio»<sup>20</sup>.

En este caso no nos encontramos en ninguno de estos supuestos. Partiendo como dice la empresa, de que el requisito numérico legal previsto para poder elegir un delegado de personal, es de seis trabajadores y que ahora cuentan con cinco, y por tanto ya no corresponde tener un representante, parece que debieran haberse barajado dos posibilidades para prescindir de él antes de cumplir los cuatro años de mandato: una, llegar a un acuerdo con el propio representante, art. 67.1 in fine E. T.; otra, que los trabajadores que lo eligieron, en asamblea, optaran por su revocación, art. 67.3 E. T. La Sentencia que se trae a casación dictamina que: «La base fáctica de la pre-

<sup>17</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Cádiz, de 20 de febrero de 2004.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J. y PÉREZ BORREGO, G.: *Procedimiento de...*, op. cit. Pags. 121 y ss.

<sup>19</sup> Art. 66.1 E. T.: «El número de miembros del comité de empresa se determinará de acuerdo con la siguiente escala...»

<sup>20</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «Negociación colectiva y flexibilización en la reforma laboral». *El Proyecto* núm. 23, 1994. Pág. 61.



sente causa se resume en el hecho de que en el mes de marzo de 2003 se celebran elecciones sindicales en el centro de trabajo que la empresa tiene en Cádiz, cuando en dicho centro había 6 trabajadores en plantilla, es decir el mínimo para poder elegir Delegado de Personal. En dichas elecciones es elegido el actor, al cual se le reconoce su cualidad de Delegado de Personal hasta que en el mes de diciembre de 2003 el número de trabajadores pasa a ser de cinco. La sentencia de instancia declara que no ha existido violación de derechos fundamentales puesto que el representante de los trabajadores cesa en su puesto cuando desaparece el presupuesto de hecho que permitió aquella representación»<sup>21</sup>.

#### 4. MANTENIMIENTO DE LAS GARANTÍAS

Una de las garantías<sup>22</sup> que se le niega a conservar y por tanto no se le reconoce al demandante es la del crédito horario: «Por todo lo cual y en coherencia con lo expuesto, entendemos que en las circunstancias actuales no hay justificación de utilización por Ud. del crédito de horas laborales retribuidas, lo que consideramos necesario advertirle a fin de evitar desconocimiento por su parte de las consecuencias que la adopción de dicha iniciativa podría comportar»<sup>23</sup>.

No establece el art. 68.e) E. T., como hace con otras garantías, hasta cuándo llega el mantenimiento de este crédito horario: si sólo durante los cuatro años de mandato, o también durante la posible prórroga, en tanto no se elijan nuevos o los mismos representantes, y obviamente quizá, porque estas horas son para el ejercicio de sus funciones representativas; terminadas éstas, terminado el crédito horario.

En el presente supuesto, están dos posturas enfrentadas. Por un lado la del actor, que sigue considerándose delegado de personal, y por tanto pretende y comunica que va a seguir haciendo uso de sus horas reconocidas para estas funciones representativas que tiene y, de otro lado, la de la em-

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 12 de noviembre de 2004.

<sup>22</sup> Las denominamos «garantías», porque así lo hace el E. T., pero para algún sector doctrinal, sería una prerrogativa: «Aunque la norma ha incluido bajo un mismo precepto ambas técnicas de defensa y promoción de la actividad representativa en la empresa, parece más adecuado denominar garantías las previsiones que salvaguardan a los representantes de posibles actuaciones empresariales contrarias al derecho de representación y prerrogativas a las medidas que facilitan el ejercicio de las funciones asignadas a la representación unitaria». CRUZ VILLALÓN, J. en colaboración con RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. y GÓMEZ GORDILLO, R.: *Estaduto de los Trabajadores comentado*. Editorial Tecnos, 2003. Pág. 874.

<sup>23</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Cádiz, de 20 de febrero de 2004.

presa que, le comunica que no debe usarlas pues, no tiene claro su reconocimiento como representante, advirtiéndolo además de que puede traerle no buenas consecuencias.

Las garantías tienen carácter indisponible y actúan como reglas de mínimos, pudiendo los convenios colectivos fijar reglas adicionales de protección del representante <sup>24</sup>.

Quizá la empresa, en tanto en cuanto dudaba de la posible procedencia o no de reconocerle como delegado de personal, debiera haberle planteado la posible utilización de las horas hasta conocer si debe seguirse manteniendo al representante y una vez conocido que no, tal y como señala la primera instancia, disponer su no uso. El crédito de horas mensuales retribuidas <sup>25</sup> tal como se ha señalado anteriormente tienen carácter indisponible y por ello, no debiera la empresa de motu proprio ser la que no las reconozca.

Tampoco el demandante parece acertado en su razonamiento para la solicitud del mantenimiento de sus garantías, ya que lo que hace es poner de referencia para justificar que existe contradicción, una sentencia referida a delegados sindicales <sup>26</sup> y no a delegados de personal, hecho que se señaló anteriormente, reconoce el Tribunal Supremo para no admitir el recurso de casación para la unificación de la doctrina.

<sup>24</sup> CRUZ VILLALÓN, J. en colaboración con RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. y GÓMEZ GORDILLO, R.: *Estatuto de los...*, *op. cit.* Pág. 874.

<sup>25</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y PÉREZ CAMPOS, A.: «Las garantías de los Representantes de los Trabajadores (Estudio de Artículo 68 E. T.)». *Cuadernos de Aranzadi Social* núm. 19. Aranzadi. Navarra 2004. Pág. 141.

<sup>26</sup> La extensión del régimen jurídico rebasa los límites subjetivos expresos del art. 68 E. T., pues las garantías casi idénticas se aplican a los delegados sindicales, a los representantes de los trabajadores que sean miembros de las comisiones negociadoras y de los comités de empresa europeos o que participen en los procedimientos alternativos de información y consulta y a los delegados de prevención. CRUZ VILLALÓN, J. en colaboración con RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. y GÓMEZ GORDILLO, R.: *Estatuto de los...*, *op. cit.* Pág. 875.



## RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

### LA DELIMITACIÓN DEL ESTATUTO DEL TRABAJADOR INDEFINIDO POR IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de mayo de 2006*

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO \*

**SUPUESTO DE HECHO:** La Sentencia del Tribunal Supremo de tres de mayo de 2006 resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 14 de febrero de 2005, dictada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid de 22 de abril de 2004 contra la resolución de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid en la que se le denegaba al actor la excedencia voluntaria por incompatibilidad por no tener la condición de fijeza de plantilla.

El actor tenía la condición de indefinido declarado por sentencia firme, le era de aplicación el Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, y pretendió pasar a la situación de excedencia derivada de la aplicación de la Ley 53/1984, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, al haber sido llamado para ocupar una plaza de profesor interino de FP.

La sentencia del Tribunal Supremo, reiterando los argumentos expuestos en un supuesto similar —sentencia de 29 de noviembre de 2005—, desestima el recurso planteado por el actor, confirmando así la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia. El argumento principal en que se basan los pronunciamientos citados está en que la condición de indefinido, y no fijo, del actor le impide acceder a la situación de excedencia, tanto sea

\* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ésta voluntaria como derivada de un puesto de trabajo incompatible con el que venía desempeñando.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo confirma, en casación para la unificación de doctrina, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 14 de febrero de 2005, estableciendo como doctrina el criterio fijado en la misma, frente al aducido por el recurrente y contenido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 26 de mayo de 2000.

La sentencia que comentamos reitera, como hemos dicho, la doctrina de la anterior sentencia de 29 de noviembre de 2005 casi en los mismos términos. Dicha doctrina se contempla perfectamente en el fundamento jurídico tercero de la sentencia. Según argumenta el Alto Tribunal: «La naturaleza de este vínculo y su provisionalidad llevan a la conclusión de que no puede aplicarse al mismo la institución de excedencia voluntaria especial que contempla el artículo 10 de la Ley 53/1984. En primer lugar, porque la excedencia funciona como una garantía de la estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación, pues la Administración está obligada a proveer la plaza de acuerdo con los procedimientos reglamentarios de selección. Además, la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente «un derecho preferente al ingreso en las vacantes de igual o similar categoría» y este derecho que puede otorgarse al trabajador no puede concederse al indefinido no fijo, porque la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa». Y concluye: «La incompatibilidad sobrevenida no puede dar al trabajador más derechos de los que tenía. El único eventual derecho que podría tener el trabajador indefinido no fijo sería, si la plaza continuara vacante, el de obtener una adscripción provisional mientras se procede a su provisión definitiva».

De esta forma, se aporta un dato más en la definición del estatuto del trabajador con un contrato «indefinido» por irregularidad en la contratación en la Administración Pública, incidiendo en su semejanza con la interinidad por cobertura de vacantes. Tan es así que tal como afirma la sentencia, citando doctrina anterior, «el estatuto del trabajador indefinido no fijo se aproxima a la interinidad por vacante desde el momento que la existencia del vínculo pende de la provisión del puesto desempeñado a través de los procedimientos legales; en ese momento, como señala, la sentencia citada en último lugar, el contrato se extingue en virtud del artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, sin que sea aplicable lo previsto en los artículos 52 y 53 del mismo texto legal». Siendo así, y partiendo de que, según



argumenta el Tribunal Supremo, «es sabido que la aplicación de la excedencia a los vínculos temporales presenta dificultades prácticamente insuperables», la conclusión es obvia: no es aplicable el derecho de excedencia voluntaria por incompatibilidad a quien es trabajador indefinido no fijo en la Administración pública.

### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. FIJOS E INDEFINIDOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
  - 2.1. La definición de una forma específica de relación laboral: el contrato indefinido en la Administración Pública
  - 2.2. La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación por parte de las administraciones públicas. La STS de 3 de mayo de 2006
3. EL SIGNIFICADO DE LA NUEVA DA 15.<sup>a</sup> ET A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## 1. INTRODUCCIÓN

La sentencia que comentamos, junto a la anterior en el mismo sentido de 29 de noviembre de 2005, aporta un dato más en la definición del estatuto del trabajador indefinido no fijo; esto es, de aquel cuya situación contractual ha devenido así por contratación irregular por parte de la Administración. Esta situación contractual, que deriva de la distinción consagrada tras la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996<sup>1</sup> (siendo ponente de la misma el Magistrado D. Antonio Martín Valverde), requería, por la novedad que suponía en su momento, la definición del estatuto jurídico aplicable a la misma. Dicha definición tiene, quizá, su hito más importante en la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002<sup>2</sup>, donde, precisamente con el voto en contra de D. Antonio Martín Valverde, se deniega la necesidad de instrumentar la extinción del contrato de trabajo por cobertura reglamentaria del puesto de trabajo que ocupaba el trabajador indefinido a través del despido objetivo. El argumento de que se parte para la definición de dicho estatuto jurídico —en esa ocasión en relación con el aspecto principal de determinar las posibles causas de extinción del contrato— se centra en la declaración de nulidad parcial de la cláusula de temporalidad, que se sustituye por la causa genérica de extinción prevista en el

<sup>1</sup> Núm. R 3307/1995.

<sup>2</sup> Núm. R 2591/2001.

apartado b) del art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores. De esta forma, se habilita la posibilidad de que la ocupación de la plaza por el procedimiento reglamentario conforme los preceptos legales y los principios constitucionales de mérito y capacidad actúa a modo de condición resolutoria pactada del contrato indefinido y se rechaza la aplicación de los arts. 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores. Y todo lo anterior porque, según el argumento de la mayoría de la Sala, la proclamación de la absoluta identidad entre indefinidos y fijos que ello conllevaría incurrir «en ofensa de los principios constitucionales de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad».

Este fue el hito principal en la definición del tan reiterado estatuto jurídico del trabajador indefinido, dado que los antecedentes pronunciamientos jurisprudenciales se quedaban en la definición de la figura (inicialmente en la sentencia de 7 de octubre de 1996). Ello, aunque, efectivamente, en algunos de los citados pronunciamientos del Tribunal Supremo, fundamentalmente en las sentencias de 20 y 21 de enero de 1998, se precisara cuál era el sentido de tal carácter indefinido, pero no fijo, del contrato. Tal como se definió en estas sentencias citadas, «el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones públicas».

Pues bien, en esta progresiva delimitación del estatuto del trabajador indefinido no fijo (o temporalmente indefinido)<sup>3</sup> de las administraciones públicas, que se ha venido concretando en sucesivos pronunciamientos del Tribunal Supremo, la sentencia comentada aporta un elemento más; aparentemente menor, pero con cierta trascendencia si se analizan tantos los fundamentos de que parte, como los efectos que pudiera tener en comparación con otros derechos similares y con la propia equiparación de derechos entre trabajadores temporales e indefinidos o fijos. E, incluso, si se hace un aná-

<sup>3</sup> Como fue definido en la sentencia de 27 de mayo de 2002. Así lo refiere claramente la sentencia de 3 de junio de 2004 (Núm. R 1466/2003). En este sentido confr., por todos, Molero Marañón; «La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido»; *Relaciones Laborales I/2004*; págs. 157 y ss.; específicamente sobre la denominación, fundamentos y evolución doctrinal de esta «nueva figura», tal como la denomina la autora, en págs. 162 y ss. También puede verse, en relación con la sentencia de 27 de mayo de 2002, PÉREZ REY; «El contrato indefinido temporal: un paso más en la disciplin jurisprudencial de la contratación temporal en el seno de la Administración pública (comentario a la STS (4.ª) 27-5-2002, REC. 2591/2001)»; *Revista de Derecho Social* núm. 19; págs. 147 y ss.; y LAHERA FORTALEZA; «La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública (comentario a la STS 27 de mayo de 2002)»; *Relaciones Laborales II/2002*; págs. 679 y ss.



lisis de oportunidad, desde la perspectiva de la propia gestión de recursos humanos en la Administración, dada la importancia de la institución afectada (excedencia por incompatibilidad) en la situación del personal indefinido que accede a otros puestos de trabajo en la misma (en determinadas ocasiones como vía para regularizar situaciones de los propios trabajadores contratados irregularmente)<sup>4</sup>.

Pero, además, sentencias como ésta tienen un elemento de oportunidad añadido aunque involuntario. Nos referimos a la relación que parece indudable establecer entre la doctrina del Tribunal Supremo y la nueva disposición adicional 15.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores incorporada por el RDL 5/2006. Sin duda, la relación entre fijos e indefinidos cobra, de nuevo, una importancia destacable desde el momento en que dicha nueva disposición pretende asegurar la aplicación de lo dispuesto en el art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores a la Administración pública sobre la base del respeto necesario a los principios de mérito y capacidad. La relación entre dicha disposición, la aplicabilidad del art. 15.5 del Estatuto y la doctrina del Tribunal Supremo a estos efectos es obvia. Por ello, decimos, que una reflexión en torno a la misma y en relación con pronunciamientos jurisprudenciales al respecto es necesaria además de oportuna.

## 2. FIJOS E INDEFINIDOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### 2.1. La definición de una forma específica de relación laboral: el contrato indefinido en la Administración Pública

La relación entre los principios de legalidad al que debe someterse, como regla general e ineludible de actuación, la Administración pública, y los principios de mérito y capacidad en el acceso a la misma, como forma de efectividad del principio de igualdad de todos los ciudadanos, ha justificado la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la aplicación, en el ámbito de las administraciones públicas, de las normas sobre la interdicción de fraude en la contratación temporal previsto en el Estatuto de los Trabajadores y, sobre todo, de la consecuencia jurídica sustantiva prevista para los supuestos de incumplimiento normativo en este tema.

La dificultad de encontrar un equilibrio satisfactorio entre la previsión legal que, aplicada en todas sus consecuencias, suponía necesariamente con-

<sup>4</sup> En este sentido, aun sin que tenga una relación con el caso, habría que recordar la intención de las partes negociadoras del Acuerdo para la modernización y mejora de la Administración pública de 2002. En este sentido, confr. las reflexiones sobre el tema de MOLERO MARAÑÓN; *op. cit.* págs. 157 y ss.

siderar como indefinido (sin artificios y con plenos derechos) al trabajador irregularmente contratado, y la efectividad de los referidos principios de mérito y capacidad, que necesariamente imponen la exclusión de cualquier forma de acceso que no sea la legalmente establecida para garantizar la efectividad del principio de igualdad en dicho acceso a la función pública, justifica el planteamiento del Alto Tribunal; pero ha conllevado, al tiempo, la necesidad de construir, paso a paso, la definición del estatuto concreto del trabajador indefinido no fijo. De esta forma, la cuestión principal derivó de la previa y mera distinción, aparentemente nominal en la primera sentencia de 7 de octubre de 1996, cuando afirmaba el Tribunal Supremo, sin más, que «la contratación laboral en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido».

Antes, el Tribunal Supremo había afirmado el sometimiento de la Administración a la legislación laboral cuando acudía a esta forma jurídica de provisión de personal. Siendo así, y conforme a la necesaria sujeción al principio de legalidad consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, la Administración debía cumplir con la previsión contenida en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores sobre la interdicción de la contratación fraudulenta y, por tanto, con la consecuencia jurídica sustantiva prevista: la declaración como indefinidos de los trabajadores afectados<sup>5</sup>.

En este sentido, puede ser paradigmático lo que decía la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991<sup>6</sup>, cuando afirmaba en su fundamento jurídico tercero que «...la mención que, sin mayores precisiones, hace el art. 19 de la Ley para la reforma de la Función Pública al personal laboral, no puede entenderse en el sentido de que las Administraciones públicas queden exentas de someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios (art. 1.2 del E. T.), celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación laboral que de él dimana ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso». Ello lleva al Tribunal Supremo a concluir en aquel momento que: «negar tal sometimiento, iría en contra del claro man-

<sup>5</sup> Un análisis detallado sobre la evolución jurisprudencial al respecto y sobre la fundamentación legal de sus argumentos la hace NICOLÁS BERNARD; «La contratación temporal irregular en la Administración pública: evolución jurisprudencial»; *Aranzadi Social* núm. 2/2000; págs. 51 y ss.

<sup>6</sup> Núm. R 1072/1990.



dato del art. 9.1. de la Constitución que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», remitiendo el mandato del citado art. 19 de la Ley para la reforma de la Función Pública sólo «al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento del personal laboral por parte de la Administración».

De esta forma, el Tribunal Supremo, corrigiendo la doctrina precedente que antepone los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública<sup>7</sup>, declaraba el sometimiento a las normas establecidas en el Estatuto de los Trabajadores como una consecuencia ineludible del principio de legalidad al que están sujetas.

En aquel momento, el equilibrio buscado estaba en aceptar que «las meras irregularidades formales en que puedan incurrir las Administraciones públicas en la contratación temporal no transforman la relación laboral en indefinida, en aras a los principios de igualdad de oportunidades y de mérito y capacidad que han de respetarse en favor de todos los que deseen acceder a la función pública, mediante el oportuno procedimiento de selección; principios que, efectivamente, consagra el art. 103 núm. 3 de la Constitución»; también en comprender que no existía fraude en la contratación «cuando las Instituciones o Entidades públicas utilizan los instrumentos legales para subvenir al desempeño temporal de vacantes hasta su provisión por los mecanismos legales o reglamentarios, previstos para ello»<sup>8</sup>.

Pero ello no significaba «que las Administraciones Públicas, cuando actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo temporales, estén exentas de atenerse y no tengan que respetar la normativa general, coyuntural y sectorial que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo» porque ello «chocaría frontalmente, como se dijo, con el principio constitucional de legalidad».

Además, la consecuencia jurídica sustantiva prevista, era asumible por parte de la Administración; porque, tal como afirmaba la sentencia referida, no existía «prohibición alguna (sino, por el contrario, posibilidad real) de que dichas Administraciones puedan vincularse o resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, independientemente y al margen de la relación de empleo, de carácter administrativo, que mantienen o puedan mantener con sus funcionarios».

<sup>7</sup> Por ejemplo las sentencias de 9 de octubre de 1985 () y 16 de enero y 22 de octubre de 1986 (RJ 1986/5875). También la sentencia, a la que después aludiremos, de 24 de abril de 1990 (RJ 1990/3490).

<sup>8</sup> Sobre los supuestos específicamente cualificados como fraude en la contratación, NICOLÁS BERNARD; *op. loc. cit.*

Sin embargo, la utilización abusiva de esta consecuencia jurídica y la extensión de la contratación laboral en el seno de las administraciones públicas justificó seguramente un cambio de criterio en la doctrina del Tribunal Supremo. Si en la citada sentencia de 18 de marzo de 1991 se afirmaba, como límite a la aceptación de la consecuencia jurídica de que «la fijeza que pudiese alcanzarse no permite, por supuesto, alterar la naturaleza jurídica de la relación laboral afectada, transformándola en administrativa y produciendo la integración del trabajador en el marco funcional», posteriormente este mismo argumento podría ser utilizado desde la perspectiva de otras formas de relación (laboral) que lejos de ser esporádicas o marginales se generalizaban.

Así se llega a la definición de contrato indefinido, por oposición al trabajador fijo de plantilla con plenos derechos en el ámbito de la Administración pública; aunque, como decimos, sin definir, ni delimitar originalmente de manera precisa cuál era el contenido de tal distinción.

Pero esta indefinición originaria en la sentencia de 7 de octubre de 1996 va a ir dirigiéndose hacia una concepción temporal del vínculo contractual que une al trabajador contratado irregularmente con la Administración empleadora. Así se admite, en un juego de conceptos no exento de crítica, el no sometimiento a término del vínculo pero, al tiempo, el sometimiento de la vigencia del contrato a una especie de condición como sería la cobertura o amortización del puesto de trabajo; una cobertura bajo los procedimientos legales y reglamentarios a la que estaría obligada la propia Administración (lo que hace que se discuta realmente si esto no es en sí mismo un término aun de fecha incierta). Nace así el concepto de contrato temporal indefinido cuya verdadera definición va a estar no en su denominación, más o menos afortunada, sino en la delimitación del estatuto del trabajador afectado, progresivamente más próximo al trabajador temporal hasta el punto de que la verdadera consecuencia jurídica va a estar en la denegación de los derechos que pudieran corresponder a un trabajador indefinido por la extinción de su contrato<sup>9</sup>.

El voto particular formulado por el magistrado D. Luis Gil Suárez en la sentencia ya citada de 20 de enero de 1998 sistematiza críticamente la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido; afirmando, incluso, que la propia doctrina de la sentencia de 7 de octubre de 1996 suponía, en cierto sentido, una continuación (continuidad es el tér-

<sup>9</sup> Como afirma MOLERO MARAÑÓN (*op. cit.* pág. 169), «dicho contrato, como indica la sentencia de unificación, responde a una misma causa y necesidad que la modalidad de interinidad por vacante o, lo que es lo mismo, el nuevo tipo tiene una única razón de ser: cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva».



mino que emplea) de la doctrina precedente sobre la aplicación del art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores en el ámbito de la Administración pública.

Y en cierto sentido fue así. Como decimos, hasta los pronunciamientos jurisprudenciales donde empieza a delimitarse cuál es el verdadero sentido de la distinción entre fijos de plantilla e indefinidos no fijos —donde empieza a delimitarse, sucesiva y progresivamente, en definitiva el estatuto de estos últimos—, no encontramos verdaderamente una ruptura con la doctrina precedente; una ruptura que, en gran medida, no era sino volver al sentido de sentencias como las de 24 de abril de 1990.

En esta última sentencia citada se afirmaba, en relación con el reiterado conflicto entre el obligado cumplimiento de lo prescrito en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y el respeto necesario a los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, lo siguiente: «mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario privado, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional (artículos 14 y 103 de la Constitución) y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia». Este argumento llevaba, en ese momento, al Tribunal Supremo a calificar la situación del trabajador irregularmente contratado como «una situación de interinidad en sentido amplio que justificaría el mantenimiento de la relación hasta que se produzca la cobertura».

Si vemos con cierto detenimiento este último pronunciamiento podríamos comprobar que el hito que representó la sentencia de 7 de octubre de 1996 —quizá involuntario por parte de la Sala si atendemos a cómo el ponente de la sentencia después formula voto particular en contra del sentir mayoritario en la importante sentencia de 27 de mayo de 2002 cuando se define qué efectos tiene la consideración de indefinido a efectos de despido o extinción del contrato— suponía el inicio progresivo hacia una clara inclinación a favor de la efectividad de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública. Seguramente, como decimos, por los argumentos expuestos<sup>10</sup>.

El resultado final ha sido la creación, de hecho, de una nueva figura contractual específica para la Administración pública que se asimila a una forma de relación temporal. No es tan cierto que no sometida a término —como se ha intentado poner de manifiesto por parte del propio Tribunal

<sup>10</sup> A los que cabría añadir los expuestos en su momento por ALFONSO MELLADO; «Contratación temporal en unificación de doctrina»; *Revista de Derecho Social* núm. 18; pág. 168.

Supremo—, porque si la cobertura de la vacante —o, en su caso, la amortización de la plaza— es obligación de la Administración es claro que el término ha de producirse, aunque éste sea incierto.

La justificación de esta solución en la construcción jurídica en torno a la nulidad parcial del contrato, de tal modo que la vulneración de la norma legal afectara, exclusivamente, a la cláusula del contrato en que se especificaba la temporalidad del mismo supone, sin duda, un ejercicio un poco forzado de interpretación <sup>11</sup>. No ya porque acude quizá de forma excesivamente genérica al art. 49.b) del Estatuto de los Trabajadores para completar la regulación legal que viene a sustituir a la cláusula que se entiende nula <sup>12</sup>, sino por el propio hecho de cuál es la causa de nulidad y sus efectos.

Efectivamente, la causa que invalida realmente el contrato puede situarse, efectivamente, en la prolongación excesiva o en el carácter fraudulento de la contratación; pero lo que sin duda justifica la solución jurisprudencial es el quebrantamiento de los principios de mérito y capacidad como forma de acceder a la función pública. Si es así, por qué no aceptar la nulidad de todo el contrato dado que el vicio afecta a todo él y no sólo a una parte o cláusula del mismo.

Pero todo ello responde a otra cuestión. Tanto el origen como el fundamento de esta figura, contradictoria en su propia terminología, simplemente pretende cohonestar la aplicación de los principios tan reiteradamente señalados, acabando a favor de la preeminencia de los de mérito y capacidad. No tanto, como decíamos, en la sentencia de 7 de octubre de 1996, sino, posteriormente, en los distintos pronunciamientos que definen el estatuto del trabajador indefinido (y que nos dicen, finalmente, qué es esta figura porque nos dice qué consecuencias jurídicas tiene) que claramente asimilan la declaración de indefinido a una relación temporal.

<sup>11</sup> De creatividad, lo denomina PÉREZ REY; *op. cit.* pág. 154.

<sup>12</sup> A este respecto es más que interesante la reflexión de MARTÍN VALVERDE en el voto particular a la sentencia de 27 de mayo de 2002; según afirma «la pérdida del puesto de trabajo por atribución en concurso de méritos de la plaza ocupada a otro trabajador no es una causa consignada en el contrato sino una causa consignada en la ley»; por ello, concluye que «la calificación de cese por cumplimiento de la condición resolutoria del supuesto enjuiciado es, en mi opinión, dogmáticamente inapropiada, como lo es también la metáfora de la *conditio legis*, que desvirtúa el concepto de condición como elemento accidental de los contratos y las obligaciones que tiene su origen en la autonomía de la voluntad...». PÉREZ REY afirmaba, al respecto (*op. cit.* pág. 159), que dicha condición así concebida dejaba a la Administración en una «posición de absoluto dominio que le permite, a su antojo, decidir la extinción del contrato, desde el momento en que el cumplimiento de la condición depende de su exclusiva voluntad en franca oposición al veto de condiciones postestativas (art. 1115 CC) y creando un desequilibrio contractual que no parece tener cabida en las reglas que disciplinan con carácter general el régimen de los contratos (confr. 1256 CC)».



Y en ello insiste sin cortapisas la sentencia que comentamos. No sólo no duda en calificar como temporal la relación del trabajador indefinido, sino que justifica en esta naturaleza temporal de la relación la exclusión del derecho a obtener la excedencia voluntaria (tanto la común como la derivada de incompatibilidades); incluso obviando, hasta cierto punto, el principio general de igualdad de derechos entre trabajadores temporales y fijos. De esta forma, da un paso más no sólo en la afirmación de lo ya asentado sobre la definición del trabajador indefinido en la Administración (incluso en contra del empleo de este término en el propio convenio aplicable, que usa dicho término en el sentido legal único previsto)<sup>13</sup>, sino en la delimitación de su estatuto, auténtica cuestión importante para saber cuál es el elenco de derechos del trabajador declarado indefinido frente al trabajador fijo.

## 2.2. La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación por parte de las administraciones públicas. La STS de 3 de mayo de 2006

Como hemos venido diciendo, la auténtica importancia de la diferenciación entre indefinidos y fijos en la Administración se sitúa en la delimitación de cuál sea el estatuto de la especie —el trabajador indefinido— frente al género —trabajador fijo de plantilla, único que lo será por acceder conforme a los procedimientos legales de acceso a la administración—<sup>14</sup>.

Como también hemos tenido ocasión de referir, los primeros pronunciamientos judiciales al respecto en la doctrina del Tribunal Supremo no iban más allá de la definición de la figura; insistimos, por oposición a quien debería reservarse, en exclusiva, la condición de fijo de plantilla. Si la condición de indefinido debería referirse simplemente a la vigencia del contrato

<sup>13</sup> En este sentido, la sentencia que comentamos ha de aclarar la referencia a los trabajadores indefinidos del convenio para afirmar que «...la expresión trabajadores indefinidos debe entenderse aquí referida a los trabajadores fijos sin incluir a los trabajadores indefinidos no fijos, que no pueden participar en estos concursos, pues ello sería contrario no sólo a la delimitación jurisprudencial de esta categoría, sino a los preceptos legales y constitucionales que regulan el acceso al empleo público sea funcionarial o laboral (artículos 14 y 103. 3 de la Constitución y artículo 19 de la Ley 30/1984)».

<sup>14</sup> Sobre la importancia de dicho estatuto en la propia definición jurisprudencial de la figura es muy interesante ver lo que decían GOERLICH PESET y VEGA LÓPEZ en 1998. *Vid.* al respecto su trabajo «¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla»; *Relaciones Laborales I/1998*; específicamente en págs. 577 y ss. cuando planteaban las dos posibilidades interpretativas de la distinción entre fijos e indefinidos: la equiparación total de derechos o la creación de un régimen jurídico particular.

y la de fijo a una «situación de estabilidad cualificada de la relación de trabajo»<sup>15</sup>; o sí, por el contrario, debería extenderse más allá y derivar de una concepción propia de dicha relación laboral para concluir en la definición, también a efectos de vigencia, de que estábamos ante un nuevo contrato temporal indefinido —tal como ya quedó esbozado en la sentencia de 20 de enero de 1998—, es una cuestión que sin duda ha estado presente pero que concluye definitiva y claramente a favor de esta segunda concepción. Así se sientan los elementos de la configuración, eso sí progresiva, del referido estatuto del trabajador indefinido. Y es en esta configuración donde se han de encontrar, realmente, la significación de la distinción planteada por el Tribunal Supremo<sup>16</sup>.

Por tanto, frente a la concepción planteada por Martín Valverde en su referido voto particular<sup>17</sup>, la definición de este estatuto parte de la concepción temporal del contrato respecto a su vigencia. Es el primer argumento esencial. Derivado de éste se pueden deducir otros importantes. El primero de ellos se centra en la negativa del reconocimiento de antigüedad por los años de prestación de servicios efectivos como indefinido. Y el segundo, que se pone de manifiesto en supuestos como los analizados en la sentencia comentada, se centra en la vinculación de la relación laboral, y de su propia vigencia, al puesto de trabajo, a su hipotética cobertura o amortización —términos inciertos, más que condición, que determinan dicha vigencia y que imposibilitan el acceso a derechos vinculados al mantenimiento del puesto de trabajo como son los supuestos de excedencia—.

El carácter temporal de la relación quedó esbozado plenamente en las sentencias de 20 y 21 de enero de 1998, tal como hemos dicho, retomando en gran medida la doctrina anterior a la sentencia de 18 de marzo de 1991, y concluyendo con la denominación de esta forma de relación laboral como temporalmente indefinida en la sentencia de 27 de mayo de 2002 y equiparando, de hecho, su configuración con la de la interinidad por cobertura de vacantes.

Por otra parte, tal como decimos, el otro pilar deriva —fundamentalmente de su comparación con el personal fijo de plantilla— de la negación de los efectos de una antigüedad imposible de reconocer a los trabajadores indefinidos contratados irregularmente por la Administración. Unos efectos que afectan principalmente a la negación de un hipotético derecho de pro-

<sup>15</sup> Tal como afirma D. ANTONIO MARTÍN VALVERDE en su acertado voto particular a la sentencia de 27 de mayo de 2002.

<sup>16</sup> En este sentido, GOERLICH PESET y VEGA LÓPEZ; *op. cit.* págs. 579 y ss.

<sup>17</sup> Ponente en la tantas veces aludida sentencia de 7 de octubre de 1996, lo que le da, en nuestra opinión, una especial significación a dicho voto particular.

moción —reservado a los fijos de plantilla—<sup>18</sup> o a efectos retributivos —negando la posibilidad de complementos de antigüedad—<sup>19</sup>.

Estos dos aspectos, temporalidad de la relación y negación del cómputo del tiempo de servicios a efectos de antigüedad, confluyen efectivamente en la doctrina de la sentencia de tres de mayo de 2006 —y en la precedente de 29 de noviembre de 2005—. Sobre la base de ambos argumentos, se niega, como lo hacía alguna sentencia anterior de Tribunales Superiores de Justicia<sup>20</sup> incluido la recurrida, el derecho del actor a acceder a la situación de excedencia voluntaria o de excedencia por incompatibilidad.

En este sentido, la sentencia que comentamos afirma que «la naturaleza de este vínculo y su provisionalidad llevan a la conclusión de que no puede aplicarse al mismo la institución de la excedencia voluntaria especial que contempla el artículo 10 de la Ley 53/1984». Y delimita esta previa conclusión en base a un argumento principal: «la excedencia funciona como una garantía de estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación, pues la Administración está obligada a proveer la plaza de acuerdo con los procedimientos reglamentarios de selección».

Finalmente, el tercer aspecto, la negación de los derechos derivados de un vínculo al puesto de trabajo para el trabajador indefinido no fijo (y que, por tanto, sólo serían predicables respecto al trabajador fijo de plantilla), impide, en este caso, admitir el acceso a cualquier tipo de excedencia, como antes ha impedido la posibilidad de que la Administración en caso de despido declarado improcedente optara por la readmisión como fijo de plantilla<sup>21</sup>.

Así, la vinculación entre puesto de trabajo y vigencia del contrato en relación con los presupuestos de la excedencia —que hacen incompatible, en opinión de la Sala, la pretensión del actor con su situación contractual— queda clara. Tal como afirma: «...la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente “un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría”, y este derecho, que puede otorgarse al trabajador, no puede concederse al indefinido no fijo, porque la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa».

<sup>18</sup> Sobre el tema *vid.* el trabajo de BOLTAINA BOSCH; «Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración pública»; *Aranzadi Social* núm. 2/2002 y la doctrina judicial citada por el autor.

<sup>19</sup> Confr., al respecto, por todas, la sentencia Tribunal Supremo de 13 marzo 2006 (Núm. R 450/2005).

<sup>20</sup> *Vid.* en este sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 mayo de 2005 (Núm. R 278/2005).

<sup>21</sup> Que no como indefinido según la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2004 (Núm. R 1466/2003).

Es más, sobre la base del tenor literal de la previsión del convenio colectivo aplicable al caso en este supuesto y de los requisitos contenidos en el mismo —principalmente en relación con los requisitos de reingreso—, el Tribunal Supremo añade un párrafo en esta sentencia en comparación con la precedente de noviembre de 2005 para afirmar la aplicación de la doctrina unificada expuesta y para rechazar, en consecuencia, la estimación del recurso planteado.

Por todo ello, este estatuto «precario» del trabajador indefinido, tal como lo define la sentencia, impide admitir la excedencia por incompatibilidad.

Es más, según la sentencia, «la incompatibilidad sobrevenida no puede dar al trabajador más derechos de los que tenía». Es decir, si como trabajador indefinido su relación laboral está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa; y, si la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría; el trabajador indefinido, en opinión del Tribunal, «sólo podría reingresar en la vacante de su puesto de trabajo, nunca en otras». Pero es más, sigue diciendo el Tribunal, «incluso para aquélla tampoco podría reconocerse este derecho del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues precisamente lo que tiene que hacer la Administración es proveer dicha vacante por los procedimientos reglamentarios en orden a asegurar que la cobertura deba producirse respetando los principios de igualdad, mérito y publicidad, con lo que la preferencia está excluida». Por tanto, «el trabajador podrá optar a la plaza, pero sólo en los sistemas de provisión externos y en igualdad de condiciones con el resto de los participantes»; a lo sumo, según siempre la sentencia que comentamos, «el único eventual derecho que podría tener el trabajador indefinido no fijo sería, si la plaza continuara vacante, el de obtener una adscripción provisional mientras se procede a su provisión definitiva».

En definitiva, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, atendiendo al carácter temporal del vínculo, la necesaria conexión entre dicha relación laboral y el puesto de trabajo y la negación efectiva de la antigüedad a estos trabajadores indefinidos no fijos de plantilla, conlleva la incompatibilidad de esta delimitación del estatuto de estos trabajadores con los presupuestos de la excedencia, tanto voluntaria como sobrevenida por incompatibilidad.

Ello hace que nos planteemos algunas reflexiones que entendemos de interés.

En primer lugar, y con carácter general, este planteamiento, que se hace respecto a dos instituciones muy concretas —excedencia voluntaria y excedencia por incompatibilidad— puede ser extendido a otros supuestos de suspensión del contrato de trabajo y, específicamente, a otros casos de excedencia como puede ser el de cuidado de hijos o familiares.

En estos supuestos, si el argumento para impedir el acceso a la excedencia por incompatibilidad —que puede resultar sobrevenida por declaración de incompatibilidad por parte de la propia Administración— es el vínculo necesario al puesto de trabajo tanto en los requisitos de acceso como en la forma posible de reingreso, es evidente que se reiteran en los referidos casos de excedencia y, sobre todo, de otras formas de suspensión como las referidas. Sin embargo, en estos supuestos, concurren otros bienes jurídicos a proteger —la conciliación de la vida familiar— que aportan elementos nuevos de debate y cuya negación podría cuestionar el acceso a condiciones efectivas de igualdad que no pueden negarse, incluso, a quienes, como a éstos, puede asignarse jurisprudencialmente un estatuto «precario».

En este sentido, la absoluta equiparación de este estatuto con el de los trabajadores temporales, sobre la base afirmada en la sentencia que comentamos de las «dificultades prácticamente insuperables» de aplicación de la excedencia a los vínculos temporales, conlleva que nos planteemos si no se está quebrando, aun sobre la base de la misma argumentación, la necesaria equiparación entre derechos de los trabajadores temporales e indefinidos. Este es un debate general, pero en todo caso ha de servir de límite necesario en la conformación y configuración de cualquier estatuto del trabajador indefinido. Si la base de la argumentación principal está en la naturaleza temporal del vínculo —de por sí criticable como hemos tenido ocasión de mostrar— nunca podría establecerse un estatuto más precario que el previsto con carácter general para los trabajadores temporales.

Finalmente, en otro orden de cosas, y específicamente sobre el rechazo, en estos supuestos, de la excedencia por incompatibilidad, esta solución puede dificultar soluciones, incluso negociadas, sobre el acceso a la condición de fijo de plantilla de trabajadores en esta situación. En este sentido, el pase natural a situaciones de interinidad previas a una estabilidad definitiva a través de procesos de selección legalmente aceptables puede pasar necesariamente por aceptar la excedencia por incompatibilidad de los trabajadores indefinidos afectados.

Si no es así, se está impidiendo, de hecho, una mínima garantía de estabilidad a quien en definitiva no ha accedido a esta condición de indefinido si no es por el concurso irregular de la forma de contratación de la Administración pública. Pueden, pues, concurrir razones de oportunidad que no toma en cuenta el Tribunal. En este sentido, es interesante recordar la previsión del Acuerdo Administración Sindicatos de 2002, que establecía la estabilidad en el empleo de aquellos trabajadores indefinidos<sup>22</sup>, pero cuya

<sup>22</sup> Sobre el tema son muy interesantes las reflexiones de MOLERO MARAÑÓN; *op. cit.* págs. 160 y ss.

previsión ha sido declarada *obiter dicta* no aceptada a Derecho por parte de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su sentencia de 22 de enero de 2004 (Núm. R 3784/2003)<sup>23</sup>.

### 3. EL SIGNIFICADO DE LA NUEVA DA 15.<sup>a</sup> ET A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Además de las reflexiones anteriores, que pueden sumarse a las ya planteadas por parte de la doctrina ante esta distinción, hay una cuestión que es oportuna plantear. Nos referimos a la interpretación de lo previsto en la nueva disposición adicional 15.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores.

Como sin duda es conocido, la misma dispone lo siguiente:

«Lo dispuesto en el artículo 15.5 de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable»<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Según afirma la misma, además de rechazar la inclusión del recurrente dentro de los presupuestos del precitado Acuerdo, éste «...incurrir en ilegalidad e inconstitucionalidad en el citado inciso, al atribuir la condición de fijo a personal contratado temporalmente de forma irregular fuera de los cauces impuestos por normas constitucionales y legales, las mismas que han basado la reiterada doctrina del TS desde la sentencia de 20.1.98».

<sup>24</sup> El nuevo art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, introducido por el art. 12.Dos del RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora de crecimiento y del empleo (derivado del Acuerdo de concertación del mismo nombre de 9 de mayo), norma central, por su significación, de la reforma, dispone lo siguiente:

«5. 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 en 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.

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 distintos puestos de trabajo cubiertos 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.

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de contratos formativos, de relevo e interinidad».



Queda, pues, por plantearse cuál es el significado de la referida disposición adicional 15.<sup>a</sup>, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo al respecto y cómo, en su caso, podría afectar a ésta la referida nueva disposición legal prevista en el art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, y aplicable, con todos los condicionantes previstos, a la Administración pública.

Como hemos expuesto muy sucintamente en otra ocasión<sup>25</sup>, se intenta solventar la difícil conexión entre limitación en la sucesión de contratos temporales y exigencia constitucional de acceso en función de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Esta difícil relación se pone de nuevo de manifiesto, esta vez a nivel legal. Pero quizá la cuestión más importante es saber cuál es, en definitiva, la sanción al incumplimiento por parte de la Administración pública de la norma contenida en el nuevo art. 15.5. De nuevo, está presente la distinción entre la condición de fijo de plantilla y de indefinido, pareciendo que, ante la necesidad de cohonestar ambas situaciones, la disposición transcrita parece inclinarse a favor del acceso a través de los procedimientos ordinarios.

De esta forma, podría avanzarse que la aplicación del citado art. 15.5 en caso de incumplimiento por parte de las Administraciones públicas del límite a la sucesión de contratos conllevaría, a lo sumo, la consideración como indefinidos —nunca como fijos— de los trabajadores afectados; limitándose sus derechos a los preestablecidos por la doctrina del Tribunal Supremo al respecto.

En relación con lo anterior, la disposición adicional 15.<sup>a</sup> recoge algunos de los aspectos sobre los que ha incidido la doctrina y la jurisprudencia citada anteriormente. De esta forma, podríamos destacar, en primer lugar, el sometimiento condicional, en todo caso («sin perjuicio de» en la dicción de la norma legal), a los principios de mérito y capacidad que, en una primera lectura, parecen primar sobre la propia aplicación de la norma contenida en el art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, además, hay que tener en cuenta la obligación de que la Administración proceda a la cobertura de las plazas en cuestión, que, aunque puede tener distintas lecturas, se contempla como una posibilidad a la que no será obstáculo la declaración general de aplicación de la norma sustantiva contemplada en el art. 15.5.

De esta forma, si, tal como prevé la nueva disposición adicional 15.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores, la aplicación del art. 15.5 del mismo cuerpo legal en el ámbito de las administraciones públicas no puede ser obstá-

<sup>25</sup> *Vid.* las sucintas reflexiones en torno al nuevo art. 15.5 en «La reforma laboral del RDL 5/2006: el nuevo art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores y la limitación a la sucesión de contratos temporales»; *Iuslabor* núm. 3/2006.

culo para la obligación de cobertura de las plazas y si jurisprudencialmente dicha cobertura se concibe al modo de condición resolutoria —o de término— de los contratos indefinidos (cuya extinción no se producirá conforme las causas y procedimientos y efectos del despido objetivo), parece que, a tenor de la primacía explicitada de los principios de mérito y capacidad, la referida aplicación de la nueva norma legal pierde en gran medida efectividad en dicho ámbito. Por tanto, tal como anunciamos, la consecuencia jurídica máxima será la consideración como indefinido del personal afectado; sin alterar el referido estatuto de éste tal como ha sido configurado por la doctrina jurisprudencial referida (que completan sentencias como la comentada).

Sin embargo, habría que hacer algunas consideraciones al respecto.

El nuevo art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores no sólo es una norma que regule el fraude en la contratación —objeto de la consideración en su caso como indefinido de los contratos laborales en la Administración—, sino que impone un límite en la sucesión de contratos en los supuestos en que se den los distintos presupuestos contemplados en la norma. Esto es, sucesivas contrataciones (dos o más), mismo puesto de trabajo y determinadas modalidades contractuales (se excluyen los contratos formativos y de interinidad).

Si es así, cuando menos habrá que plantearse una especial intensidad de sometimiento al principio de legalidad por parte de las administraciones públicas. Es decir, teniendo en cuenta la especialidad del presupuesto de hecho de la nueva norma contenida en el art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores (particularmente la exclusión expresa del contrato de interinidad por la significación que tiene esta modalidad en la misma) respecto a los supuestos más genéricos de fraude en la contratación, la Administración que incumple dicha previsión está contraviniendo flagrantemente una limitación de carácter legal que va más allá de la mera irregularidad en la contratación. El sometimiento al principio de legalidad se muestra, pues, con una particular intensificación porque, insistimos, no se trata de una mera irregularidad en la contratación sino de contravenir una norma a la que está sometida también la Administración como empleadora; una norma, además, que tiene un presupuesto de hecho muy específico y determinado.

Siendo de esta forma, aun cuando admitiéramos que no fuera completamente aplicable la solución sustantiva prevista (la declaración como fijo del trabajador afectado) por la tan repetida vigencia de los principios de mérito y capacidad, es evidente que resulta plenamente insatisfactorio desechar la que debe ser, en estos casos, una nueva y más clara manifestación del deber de la Administración de cumplir con la legalidad establecida; insistimos, máxime cuando de los presupuestos de la norma se observaría una especial determinación de incumplir la misma.



Quizá ello afecte a determinadas formas de gestión de recursos humanos en la Administración que podrían favorecer determinadas contrataciones sucesivas de personal (las denominadas bolsas de trabajo); pero la interdicción de la sucesión de contratos debe ser cumplida, también, por parte de las administraciones. Si la sanción sustantiva no es apropiada en su completa comprensión, no deben desecharse otras fórmulas, incluidas la de exigencia de responsabilidad a la Administración que incumple.







## PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

### **SOBRE EL PERÍODO DE CARENCIA PARA OBTENER UNA PENSIÓN DEL EXTINTO SEGURO DE VEJEZ E INVALIDEZ**

*Sentencia 557/2005, de 23 de diciembre,  
Juzgado de lo Social núm. 5 de Málaga*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS  
MANUEL GARCÍA DE LA VEGA \*

**SUPUESTO DE HECHO:** Se trata de una trabajadora que solicita pensión de jubilación del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez y que fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en base a dos motivos «por no reunir un período de cotización de mil ochocientos días al seguro obligatorio de vejez e invalidez, ni haber estado afiliada al retiro obrero».

**RESUMEN:** Tras reconocerse en los hechos probados que la trabajadora prestó sus servicios para la «Obra Sindical 18 de julio» en Toledo, desde 1 de enero de 1963 hasta el 31 de diciembre de 1967 (1658 días) y, además, que prestó sus servicios, como auxiliar de enfermería en el ambulatorio de la Seguridad Social de Toledo desde 1 de abril de 1962 a 30 de septiembre de 1962, decide no conceder la prestación solicitada entendiéndose que para la cobertura del período de carencia mínimo exigido de mil ochocientos días pueda entenderse como válido «o sustituible por período trabajado o período en alta».

\* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Graduado Social, respectivamente.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LAS PENSIONES DEL SOVI Y DEL MODO EN QUE ÉSTAS SUBSISTEN
  - 1.1. Requisitos de la pensión de vejez del SOVI
  - 1.2. Requisitos de la pensión de invalidez del SOVI
  - 1.3. Requisitos de la pensión de viudedad del SOVI
2. UN CASO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y FÁCTICA SOBRE LA PENSIÓN DE DEL SOVI. EXCUSA PARA SU ANÁLISIS
3. EN CONCRETO, SOBRE LA CARENCIA EXIGIDA Y SU MODO DE CÓMPUTO
4. FINALMENTE, APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN ORDEN A LAS PRESTACIONES DEL SOVI
  - 4.1. Compensación de culpas y exoneración de responsabilidades empresariales
  - 4.2. Responsabilidades de las administraciones públicas

## 1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LAS PENSIONES DEL SOVI Y DEL MODO EN QUE ÉSTAS SUBSISTEN

Como es conocido, el Decreto de 18 de abril de 1947 creó la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez y dejó programado el sistema de protección de riesgos de vejez e invalidez, junto a éstas habría de adicionarse la protección de la viudedad a partir de la entrada en vigor del Decreto de 2 de septiembre de 1955. Normas protectoras que se derogaron con la entrada en vigor del sistema de Seguridad Social a primeros de 1967.

A pesar de encontrarse extinguidas las prestaciones del Seguro de Vejez e Invalidez, la DT.<sup>a</sup> 7.<sup>a</sup> de la LGSS permite que los trabajadores que tuvieran cubiertos el período de carencia exigido en el momento de ponerse en funcionamiento el sistema de Seguridad Social, que cubre la contingencia de jubilación, invalidez y viudedad, mantendrán su derecho a tales prestaciones siempre que no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social o de las anteriores entidades sustitutorias <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Que reza: «Disposición Transitoria Séptima. Prestaciones del extinguido Seguro obligatorio de vejez e invalidez.

Quienes en 1 enero 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de vejez e invalidez o que, en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de retiro obrero obligatorio, conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos Seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social; entre tales pensiones se entenderán incluidas las correspondientes a las entidades sustitutorias que han de integrarse en dicho sistema de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> de la presente ley.

Esa, pues, es la norma que permite el mantenimiento del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez como «residual» y a extinguir<sup>2</sup>. Teniendo en cuenta que el período de carencia exigido para acceder a estas prestaciones es de mil ochocientos días y que la edad de acceso al trabajo por aquellas épocas era la de 14 años, es posible que estas prestaciones puedan concederse hasta el año 2013. Pero ello no va a ser lo más común ya que, lo frecuente es que quien en el año 1966 tenga cotizados 1800 días continúe teniendo más cotización pasada esa fecha, posibilitando acceder a la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social que es incompatible con la de vejez del SOVI.

Es curioso, cuando menos, que se hayan mantenido esta transitoriedad respecto de derechos en curso de adquisición con las sucesivas modificaciones producidas en el sistema de Seguridad Social desde el Decreto de 1966 que adoptó el inicial Texto Articulado. Y es curioso, precisamente, porque la regla general ha sido respetar los derechos adquiridos y no los que se encontraran en curso de adquisición, todo lo más, estableciendo una implantación paulatina o gradual de las modificaciones legislativas para evitar el que se afectaran los derechos de los trabajadores en forma traumática.

Pues bien, las SSTS de 16 de marzo de 1992 y 28 de mayo de 1993, entre otras muchas, afirmaron el «carácter residual» de este régimen de protección, del que deriva su conservación con arreglo a su propia normativa para las situaciones expresamente previstas en las disposiciones transitorias de la LGSS, sin que, en principio, les sean de aplicación los preceptos dictados para el actual sistema de la Seguridad Social. Por su parte, la Sentencia de 30 de diciembre de 1992, además de insistir en el carácter residual del SOVI en el Ordenamiento vigente de la Seguridad Social, ha afirmado «la naturaleza subsidiaria de sus prestaciones», en el sentido de que se condiciona su reconocimiento a que «el posible beneficiario no tenga derecho a ninguna pensión en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social».

Son los requisitos personales y de cotización previa y su cuantía establecida anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado los que han servido de justificación a los Tribunales para no aplicarle a su régimen

---

Cuando concurren la pensión de viudedad y la del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, su suma no podrá ser superior al doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años que esté establecido en cada momento. Caso de superarse dicho límite, se procederá a la minoración de la cuantía de la pensión del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, en el importe necesario para no exceder del límite indicado».

<sup>2</sup> Una crítica a la transitoriedad puede verse en LÓPEZ GANDÍA, J., «Disposición Transitoria séptima» en *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Dir. Alarcón Caracuel, M.R, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 1684.

las reglas generales de las pensiones del sistema de Seguridad Social recogidas en la Ley General de la Seguridad Social.

El régimen jurídico común de estas prestaciones podría resumirse de la siguiente manera:

- Son prestaciones incompatibles con otras prestaciones del sistema de Seguridad Social o de entidades de previsión sustitutorias<sup>3</sup>, salvo con la pensión de viudedad con la que se permite una compatibilidad limitada al doble de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años. La viudedad del SOVI es incompatible con otro tipo de viudedad. Para el caso de las de vejez e invalidez en caso de concurrencia de pensiones se concede una cuantía «simbólica».
- La tres exigen un período de carencia común: mil ochocientos días cotizados con anterioridad al 1 de enero de 1967 (las de vejez y viudedad exigen alternativamente el haber estado afiliados al Retiro Obrero, no así la de invalidez).
- Son pensiones vitalicias de cuantía fija establecida anualmente por la Ley de Presupuestos del Estado<sup>4</sup>.

Los requisitos específicos de cada una de ellas, grosso modo, son:

### 1.1. Requisitos de la pensión de vejez del SOVI

Han de tener cumplidos los 65 años de edad o los 60 en el supuesto de vejez por incapacidad. Esa incapacidad debe ser permanente y total para la profesión habitual y no derivada de contingencias profesionales<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Así, véase, SSTs de 25 de mayo de 1993; de 28 de mayo de 2003; y de 30 de diciembre de 1992. Un supuesto curioso de compatibilidad de pensión de viudedad, en tiempos en los que aún no eran compatibles, al entenderse el derecho o tal prestación como una cosa juzgada puede verse en la STC 12/1989, de 21 de enero; un comentario crítico a la misma lo hace TORTUERO PLAZA, J.L., en «La intangibilidad de la pensión del SOVI reconocida en sentencia firme», en *REDT* núm. 44, 1990, págs. 721 y sigs.

<sup>4</sup> En cuanto a los efectos económicos y a su cuantía, la pensión consiste en una cuantía fija establecida, que se ha ido incrementado a lo largo de los años y que a partir de primeros de enero de 2006 la cuantía con sus revalorizaciones asciende a 327,04€/mes, que se dan en catorce pagas arts. 39.9; 41.1; 42.6 y 45 de la Ley 30/2005; arts. 8 y 13 del RD 1611/2005; arts. 10 y 11 de la Orden de 2 de febrero de 1940. En cuanto a los efectos económicos, la pensión de devengarán a partir del día siguiente del cumplimiento de los 65 años de edad, si se solicita dentro del mes siguiente al cumplimiento de la edad requerida y si se hace con posterioridad, a partir del día primero del mes siguiente al de su solicitud.

<sup>5</sup> En cuanto a los demás requisitos serán los mismos que hemos venido observando para la pensión de vejez del SOVI, *vid.* STS 24 de febrero de 2004 y ar. 7.2 de la Orden 2 de febrero de 1940.

### 1.2. Requisitos de la pensión de invalidez del SOVI

- Que la invalidez sea absoluta y permanente para la profesión habitual y sea la causa determinante del cese en el trabajo.
- Que no sea por causa imputable al trabajador o derivada de un accidente de trabajo o enfermedad profesional indemnizables.
- Tener 50 años cumplidos. No obstante, si la invalidez está constituida por la pérdida total de movimientos en las extremidades superiores o inferiores, o pérdida total de visión, o enajenación mental incurable, se reconoce a partir de los 30 años.

### 1.3. Requisitos de la pensión de viudedad del SOVI

- A) Causante pensionista del SOVI con fallecimiento anterior a 1 de enero de 1967:
- Para el causante: haber fallecido a partir de 1 de enero de 1956.
  - Para el solicitante:
    - Tener cumplidos 65 años en la fecha del fallecimiento del causante o estar totalmente incapacitado para todo trabajo. No obstante, si en dicha fecha el solicitante no hubiera alcanzado la edad de 65 años, pero tuviera más de 50, conserva el derecho a que se le reconozca la pensión al cumplimiento de los 65 años.
    - No tener derecho a una pensión de vejez o invalidez SOVI.
    - Haber contraído matrimonio con el causante 10 años antes, como mínimo, del fallecimiento.
- B) Causante pensionista del SOVI con fallecimiento posterior a 31 de diciembre de 1966:
- Cuando el fallecimiento del pensionista es posterior a 1 de enero de 1967, al solicitante se le exigen idénticos requisitos que los establecidos para tener derecho a la pensión de viudedad del Régimen General.
- C) Causante no pensionista del SOVI:
- Para el causante:
    - Fallecimiento a partir de 1-1-56.
    - Haber estado afiliado al Retiro Obrero Obligatorio o acreditar 1800 días de cotización al SOVI antes de 1 de enero de 1967.
  - Para el solicitante:

Se exigen los mismos requisitos que los establecidos para el supuesto de causante pensionista fallecido con anterioridad al 1 de enero de 1967.

## 2. UN CASO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y FÁCTICA SOBRE LA PENSIÓN DE DEL SOVI. EXCUSA PARA SU ANÁLISIS

Uno de los principales problemas que se encuentran en este tipo de prueba, y aunque no se observe directamente en la resolución, es el de la prueba de hechos que ocurrieron, en el mejor de los casos, hace cuarenta años. Aunque no se contempla en los hechos probados, la práctica de la prueba fue muy complicada en el asunto que da origen a la sentencia.

El INSS sólo reconoció en junio de 2003 al actor, según informe de cotización al 31 de diciembre de 1966, sólo 1460 días de cotización. La solicitante presentó un informe en el que acreditaba que el actor trabaja en un centro de salud adscrito al Servicio Público de Saludo de Castilla La Mancha (SESCAM), desde el 1 de enero de 1963 hasta el 31 de diciembre de 1967.

Según afirmaba la actora, además del periodo en que prestó sus servicios en el centro de salud antes comentado, prestó sus servicios en un ambulatorio en el año 1962 pero sin recordar las fechas exactas. Ello hizo que se iniciara por parte de la representación técnica distintas actuaciones en orden a obtener pruebas que confirmen tales hechos.

Se descubrió que la demandante había trabajado de enfermera en un ambulatorio como ayudante del servicio de otorrinolaringología, de conformidad con las declaraciones de compañeros de trabajo de tales fechas. Fue complicado pues pocos eran los compañeros supervivientes o sus avanzadas edades hacían difícil el recordar los hechos. En cualquier caso, los testigos indicaron de forma indubitada que el trabajo de la actora fue desde abril hasta septiembre de 1962. Ese año era un año clave en aquel centro de salud ya que se trasladaba a otro edificio el ambulatorio. Tanto el personal, como todos los archivos e historias clínicas, se iban a trasladar a un nuevo centro de salud, que es donde el actor prestó sus servicios los cinco años posteriores.

Se buscó la documental oportuna, aunque fuera una historia clínica, cuando se tiene conocimiento por parte de los trabajadores del centro de salud de que el edificio tuvo un importante incendio que quemó gran parte del archivo. A causa de la muerte de un bombero en ese incendio, puede localizarse el informe del Cuerpo de Bomberos donde se hace constar que fue el 7 de enero de 1970 hubo un incendio del ambulatorio que fue difícil de sofocar ya que el material de la combustión era gran cantidad de papel del archivo del centro.

Con esas fechas, en la hemeroteca de la biblioteca provincial de Toledo todos los periódicos de la ciudad y de la provincia se hicieron eco de aquella noticia, en la que además, todos hablaron que en aquel incendio se perdió gran parte del archivo del centro de salud.



Todo ello dio lugar a que en la apreciación de la prueba se entendiera por la Magistrado como probado ese período de trabajo. En este caso hubo suerte, en muchos otros, para el caso de pensiones del SOVI resulta complicado el trámite probatorio, si no imposible.

### 3. EN CONCRETO, SOBRE LA CARENCIA EXIGIDA Y SU MODO DE CÁMPUTO

Como se ha dicho anteriormente, el período de carencia exigido para causar el derecho a la pensión de jubilación del SOVI es de mil ochocientos días con anterioridad a primero de enero de 1967.

Consecuencia de la aplicación de los mecanismos de seguro privado a los seguros sociales y a la Seguridad Social contributiva, los períodos de carencia suponen la exigencia de la contribución previa (cotizaciones, período de empleo o período de aseguramiento), en la cuantía que el legislador estima oportunas, en orden al acceso de las prestaciones.

El paso de la vejez SOVI a la jubilación del sistema de Seguridad Social conllevó consigo un aumento considerable de las aportaciones o cotización previa al pasarse, como se sabe, de 1800 días a 15 años de cotización, quizás ello sea el motivo por el que el legislador mantuvo de forma transitoria estas prestaciones. El aumento de carencia exigida se acompañaba de un aumento sustancial de las prestaciones ya que se convertían en rentas de sustitución de los salarios percibidos (al menos respecto, inicialmente de las llamadas bases tarifadas de cotización).

Obtener una pensión vitalicia con poco período de carencia demuestra que los rasgos de contributividad se encuentran muy debilitados, ese principio de proporcionalidad entre prestación y cotización no era algo que se tuvo en cuenta en el diseño de tales prestaciones. Ello ha hecho que la doctrina las califique de asistenciales<sup>6</sup> o «cuasiasistenciales»<sup>7</sup>.

Inicialmente, los requisitos de cotización y afiliación deben ser acreditados mediante certificación de la Entidad Gestora de la Seguridad Social, «medio de prueba que prima frente a la certificación de empresa o al hecho de estar otros trabajadores coetáneos percibiendo prestaciones del SOVI (STCT de 4 de febrero de 1988)»<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> En tal sentido, LÓPEZ GÓMEZ, J.M., «Las pensiones SOVI: problemas jurídicos actuales», *TL* núm. 21, 1991, pág. 74.

<sup>7</sup> Así, MALDONADO MOLINA, J.A. en *La protección de la vejez en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 382.

<sup>8</sup> Como indican VIDA SORIA, J.; SALA FRANCO, T.; y MALDONADO MOLINA, J.A., en *Jubilación 2003: Régimen General y regímenes especiales. SOVI, Jubilación no contributiva y pensiones asistenciales por ancianidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 367.

Teniendo en cuenta que son varias las cotizaciones posibles, ha de recordarse que para cumplir el requisito de los mil ochocientos días cotizados sólo computan las que se realizaron al SOVI antes de primeros de enero de 1967 y las efectuadas al Retiro Obrero Obligatorio. Asimismo, a los efectos de computar el periodo de carencia se tendrá que tener también en cuenta las cotizaciones realizadas en Mutualidad de ahorro y previsión<sup>9</sup>, las efectuadas a la Caja Provincial de Previsión de trabajadores portuarios<sup>10</sup>, las cotizadas al Montepío Marítimo Nacional<sup>11</sup>, a la Institución telefónica de Previsión<sup>12</sup>, y las cotizaciones efectuadas al Montepío Nacional del Servicio Doméstico<sup>13</sup>, teniendo por tanto la remisión de que entidades eran susceptible de computar sus periodos cotizados o no a la reserva jurisprudencial. Pero no sirven ni son tenidas en cuenta las cotizaciones vertidas, con posterioridad a primeros de enero de 1967 al sistema de Seguridad Social en cualquiera de sus regímenes.

Durante la vigencia del seguro no se computaban las gratificaciones extraordinarias para cubrir el periodo de carencia, por lo que se debe aplicar la teoría de los días-cuota procedente de la jurisprudencia<sup>14</sup>, que supone que ha de añadirse al tiempo cotizado la parte proporcional de las pagas extraordinarias devengadas en dicho período.

Por tanto, y en el caso que se analiza, se tendría que adicionar al periodo efectivamente cotizado los días resulta de sumar sesenta días por año trabajado, resultado de concebir los días cuota.

#### **4. FINALMENTE, APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN ORDEN A LAS PRESTACIONES DEL SOVI**

##### **4.1. Compensación de culpas y exoneración de responsabilidades empresariales**

La legislación del SOVI no previó ningún tipo de sanción jurídica respecto del incumplimiento de la obligación empresarial de afiliación o cotización; no se regulaban las situaciones que actualmente conocemos como de alta presunta o de pleno derecho. En base a ello, el extinto Tribunal Cen-

<sup>9</sup> STSJ de Cataluña de 2 de julio de 1998.

<sup>10</sup> STS 9 de diciembre de 2002.

<sup>11</sup> STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2000.

<sup>12</sup> SSTS de 22 de marzo de 2002; de 26 de marzo de 2002; de 27 de junio de 2002; y de 23 de febrero de 2004.

<sup>13</sup> SSTS de 7 de mayo de 1997 y de 7 de mayo de 1998

<sup>14</sup> SSTS de 14 de junio de 1993 y de 21 de julio de 2000.



tral de Trabajo consideró que no era de aplicación a estas prestaciones ni el principio de automaticidad de las prestaciones ni el de responsabilidad subsidiaria respecto de las obligaciones en casos de falta de inmatriculación o de cotización. La base de ello se encontraba en el mal aplicado «principio de compensación de culpas» ya que aunque la afiliación era una obligación empresarial, también el trabajador podía, subsidiariamente, instarla. El principio de compensación de culpas «impide considerar la posibilidad de que la empresa hubiera o no efectivamente cotizado puesto que el trabajador se encontraba igualmente obligado a ello»<sup>15</sup>. Así pues, en la aplicación de este principio compensatorio de culpas podía exonerarse a las empresas de responsabilidad (STCT de 3 de marzo de 1986).

En la actualidad, se sigue esa misma tesis. Si nos vamos a doctrina jurisprudencial que se desarrolla por diversas sentencias del Tribunal Supremo<sup>16</sup>, debemos entender que se requiere la inscripción en el Retiro Obrero o tener acreditados los 1800 días de cotización, —añadiendo los días cuota—, y tal exigencia, como regla general, no puede entenderse cubierta por la demostración de un periodo de trabajo, ni se puede aplicar la responsabilidad empresarial por supuesto incumplimiento del deber de cotizar, dado el principio de compensación de culpas, esto es, el incumplimiento empresarial no implica responsabilidad alguna según la doctrina de los tribunales<sup>17</sup>.

Pero como indica LÓPEZ GÓMEZ, esta doctrina sobre la compensación de culpas ha de ser contemplada de forma crítica bien por la dificultades del mercado de trabajo en la posguerra y donde se notaba el sometimiento de los trabajadores a los empresarios. Más aún, el art. 3 de la Orden de 6 de octubre del 1939 establecía una obligación de afiliación para los empresarios mientras que los trabajadores tenían sólo una facultad, no son las mismas situaciones de partida por lo que es difícil de compensar, pero en cualquier caso, los preceptos que regulan las responsabilidades por incumplimientos de obligaciones (que no facultades) se encontraban y se siguen encontrando vigentes en el Código Civil. Finalmente, no hay impedimento en aplicar los artículos 95 y 96 de TA de la Ley de Seguridad Social de 1966 respecto de la responsabilidad empresarial por falta de afiliación ya que ello no supone una retroactividad prohibida «pues esa responsabilidad se predicaría respecto de las prestaciones causadas con posterioridad a las normas que las imponen»<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Como recuerda LÓPEZ GANDÍA, J., *op. cit.*, pág. 1686.

<sup>16</sup> SSTs de 3 de diciembre de 1993; de 30 de enero de 1996; de 28 de diciembre de 1999; y de 21 de julio de 1994.

<sup>17</sup> STS de 11 de octubre de 1993; de 3 de diciembre de 1993; de 21 de julio de 1994; de 20 de septiembre de 1994; de 30 de enero de 1996 y de 9 de julio de 1998, entre otras.

<sup>18</sup> En «Las pensiones del SOVI...», *op. cit.*, pág. 79.

Esta regla se matiza posteriormente por la propia doctrina y jurisprudencia social, el régimen de imputación de responsabilidades al empresario por falta de encuadramiento o cotización se limita hasta la entrada en vigor del Decreto 931/1959, de 4 de junio, en el que se instaura el sistema de responsabilidad empresarial en caso de incumplimiento de sus deberes en materia de protección social y se puso fin a la doctrina anterior de compensación de culpas, imponiéndose la responsabilidad empresarial en los casos de falta de afiliación y cotización.

En coherencia con ello, a los efectos de incumplimiento empresarial, debemos entender por tanto dos periodos con diferentes consecuencias. Desde el 1 de julio de 1959, que fue la fecha de entrada del Decreto 931/1959, es cuando se empieza a tener en cuenta la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones del SOVI en caso de incumplimiento de las obligaciones de afiliación<sup>19</sup>. Con anterioridad a dicha fecha, los periodos efectivamente trabajados, donde regía el principio de compensación de culpas, para determinar el periodo de carencia de 1800 días, no era sustituible por periodo trabajado, ya que no regía el principio de responsabilidad empresarial. Pero, por otro lado, a partir de la fecha de entrada en vigor del Decreto 931/1959,

Por tanto, el periodo comprendido por la demandante, que va desde abril a septiembre de 1962, donde se termina demostrando la situación de trabajo efectivo pero no así de cotización debería de haber sido tenido en cuenta como período efectivamente cotizado. Ya que es posterior al 1 de julio de 1959, con lo que no deberá operar el principio de compensación de culpas, y si el de responsabilidad empresarial, completándose así el periodo exigido de 1800 días.

#### 4.2. Responsabilidades de las Administraciones Públicas

Y no sólo eso, la trabajadora demandante trabajó, tal y como se recoge en el hecho probado cuarto de la sentencia, desempeño sus funciones como

<sup>19</sup> n este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2004, Recurso núm. 008/534/2003, en su Fundamento de Derecho Segundo se indica:

«Por lo que se refiere a la vulneración del Decreto 93/1959, es censura que debe ser estimada, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal. A partir del 1 de julio de 1959, fecha en la que entró en vigor es Decreto, se pudo fin a la anterior doctrina de compensación de culpas, imponiéndose la responsabilidad empresarial en los casos de falta de afiliación y cotización. En el caso que hoy examinamos los 20 días aludidos, en los que el actor prestó servicios para la empresa Forjas y Alambres del Cadagua, S. A., sin que se hubieran cotizado, completaban el período de carencia necesario para lucrar la prestación, por lo que se impone reconocer su derecho y declarar la responsabilidad de la empresa dicha».



auxiliar de enfermería en el ambulatorio de la Seguridad Social de Toledo. Este es un hecho muy importante.

En casos de una imposible demostración del período cotizado, se ha permitido, también por la inicial doctrina del Tribunal Central de Trabajo (por todas, SSTCT de 20 de julio de 1982 o de 30 de noviembre de 1983) su sustitución por la acreditación del periodo trabajado pero sólo para aquellas personas que, sin adquirir la condición de funcionarios, prestaban servicios al Estado o entidades locales o provinciales, o sus respectivos organismos autónomos, sin ser afiliados al SOVI, por lo que en consecuencia con ello podrían adquirir los días que les faltaran para llegar al periodo mínimo de cotización de 1800 días en el SOVI para causar derecho a pensión<sup>20</sup>.

Parece en este sentido, que en los fundamentos de derecho de la sentencia que se comenta se ha buscado jurisprudencia poco acertada cuando lo que realmente se tendría que haber hecho era aplicar una norma: la Ley de 26 de diciembre de 1958, que en su art. 1.2 establecía que «el personal afectado por la presente Ley tendrá derecho a las prestaciones de los Seguros Sociales y del Mutualismo Laboral, desde el día siguiente a su entrada en vigor, quedando exceptuados del período de carencia reglamentario, excepto en el de vejez para el que serán precisos cinco años de antigüedad al servicio de las entidades públicas». Norma que «vino a lavar viejas culpas, por omisión del establecimiento estatal —y por extensión de todas las administraciones públicas— que no habían proporcionado cobertura eficaz a quienes les prestaban sus servicios sin haber alcanzado la cualidad de funcionarios, en tiempos de fácil incorporación menos formal a organismos nuevos cargados de provisionalidad»<sup>21</sup>.

Y ello porque ha de recordarse que el principio de compensación de culpas no jugaba para los trabajadores de las Administraciones Públicas, como es el caso de la demandante, ya que la responsabilidad empresarial por falta de afiliación se producía siempre para las personas que, sin adquirir la condición de funcionarios, prestaban servicios al Estado o entidades locales o provinciales sin estar afiliados al SOVI<sup>22</sup> «ya que en estos supues-

<sup>20</sup> Ley 26 de diciembre de 1958; Decreto 386/1959 y SSTS de 7 de junio de 1993; de 2 de noviembre de 1993; y de 21 de diciembre de 1999.

<sup>21</sup> Como indica MARÍN CORREA, J.M., en «El “residual” y “extinguido” seguro obligatorio de vejez e invalidez», *AL*, t. 2, 1989, pág. 251 y continúa diciendo «No se les había afiliado al SOVI y, menos aún, se había cotizado en su favor, pese a la prestación de servicios, y llegó un «actum principis» que en la pura realidad de su contenido vino a equiparar tiempo de actividad con un período de cotización; de tal modo que quien hubiera completado los insalvables 1800 días de trabajo, tiene entonces cubierta la carencia en este Seguro obligatorio, bien en su favor, bien, en su caso, en favor de sus causahabientes».

<sup>22</sup> (SSTS de 7 de junio de 1993, RJ 1993/4542 y de 2 de noviembre de 1993, RJ 1993/8342).

tos será el INSS el responsable de las prestaciones, al no darse la imputación de responsabilidades por la falta de cotización de los organización de los organismos públicos correspondientes»<sup>23</sup>.

La asunción por parte del Estado del pago de estas prestaciones a sus propios ex-trabajadores «obedece, y desde luego es lógica, a la asimilación de su propia responsabilidad por el incumplimiento —en este caso directo— de sus obligaciones de afiliación y de cotización»<sup>24</sup>.

Por lo que creemos que la sentencia de instancia erró en la interpretación jurídica.

<sup>23</sup> Así lo dice, MALDONADO MOLINA, J.A, en *La protección de la vejez en España*, op. cit. pág. 384.

<sup>24</sup> Nuevamente, LÓPEZ GÓMEZ, J.M., en *Las pensiones del SOVI...*, pág. 81.



## DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

# PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA RECLAMAR EL RECARGO DE PRESTACIONES: EL INTENTO DE AFIANZAR UN CRITERIO INTERPRETATIVO UNÍVOCO

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, 9 de febrero de 2006*

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ \*

**SUPUESTO DE HECHO:** Tras sufrir un accidente de trabajo el 19.08.1996, D Emilio por mediación de su esposa, como tutora, solicitó el recargo de prestaciones que le fueron reconocidas por el INSS imponiendo solidariamente a las empresas el recargo en un 40 %. Las empresas condenadas al pago interpusieron demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 8 de Bilbao, quien dictó sentencia estimatoria de la existencia del recargo, pero aceptó las pretensiones de las empresas obligadas al pago, por considerar agotado el plazo para reclamar el recargo de las prestaciones por Gran Invalidez, atendiendo a la fecha del accidente. Con posterioridad el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, desestimó el recurso del trabajador y del INSS por considerar que había prescrito el plazo para la reclamación de las prestaciones que se derivaron del accidente. El trabajador había ejercido las acciones transcurrido el plazo de cinco años que prescribe el artículo 43.1 de la LGSS.

En consecuencia, el recurso de suplicación resuelto ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco vino a confirmar la sentencia de instancia aceptando el criterio establecido en cuanto al cómputo de la prescripción.

Formulado recurso de casación para la unificación de doctrina —RCUD—, tanto por el INSS como por el trabajador, indicándose como sentencias de referencia y base de la contradicción la sentencia con la del TS de fecha 3 de Octubre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su Sala de Granada, así como la de fecha 14 de junio de 2000 dictada por la

\* Profesor asociado de la Universidad de Jaén y abogado en ejercicio.

sala malagueña del mismo Tribunal. En este supuesto el trabajador había solicitado el 19 de abril de 2002, es decir, seis años mas tarde del accidente, el recargo de las prestaciones que le habían sido reconocidas de Incapacidad temporal y de Gran Invalidez.

**RESUMEN:** La Sentencia del TS, a la que dedicamos nuestra atención, estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado contra la STSJ del País Vasco de 13.07.2003, en el sentido de valorar la ausencia de prescripción afirmando su doctrina acerca de la fijación del día ad quo para el computo del plazo de prescripción previsto en el artículo 43.1 de la LGSS que no podrá comenzar hasta tanto no determine el daño. En cuanto al plazo prescriptivo, la sentencia aplica la doctrina correcta y en consecuencia, que la combatida incurrió en las infracciones que se denuncian, quebrantando la unidad de doctrina, por lo que procede su casación y anulación de acuerdo con lo prevenido en el art. 226 LPL. Para resolver el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, como exige el precepto, hay que tener en cuenta que la sentencia de instancia fue objeto de sendos recursos de suplicación, y tanto en el interpuesto por el INSS, como por el trabajador, se invocó como primer motivo del mismo la incorrecta aplicación del computo del día a partir del cual medir el efecto del paso del tiempo para el ejercicio de las acciones procesales con el fin de hacer efectivo el derecho a la posible indemnización.

De acuerdo con su naturaleza, dicho motivo fue examinado en primer término, dando lugar a su estimación, y por tanto a la que Ferrovial Agroman, S.A. y Bostean Construcciones, S.A. estén y pasen por la resolución administrativa que impuso el recargo de prestaciones y se revoca en la parte que declaró prescrito el recargo en relación a la Incapacidad Temporal del actor.

El Ministerio Fiscal en su informe estimó el recurso del trabajador, unificando lo resuelto de cuerdo con las sentencias de contraste y entendiendo como único día inicial del computo de la prescripción de la acción para exigir el recargo de las prestaciones por accidente de trabajo, a contar desde la fecha en que finaliza el último expediente incoado ante la Seguridad Social, pero nunca desde el acaecimiento del accidente con resultado dañoso.

#### ÍNDICE

1. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y EL CÓMPUTO DEL TIEMPO PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES, UNA CUESTIÓN PLURAL EN LA JURISPRUDENCIA MENOR
2. ARGUMENTOS CONSOLIDADOS PARA EL MANTENIMIENTO DE LA DOCTRINA DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO
3. VALORACIÓN FINAL



## 1. EL RECARGO DE PRESTACIONES Y EL CÁLCULO DEL TIEMPO PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES: UNA CUESTIÓN CONTROVERTIDA EN LA JURISPRUDENCIA MENOR

La célebre figura del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad no deja de tener un halo enigmático pese a los centenares de estudios que se le han dedicado, y siguen ocupándose de ella. Como es sabido, la mayor parte de los problemas se centran en la determinación de la «naturaleza jurídica» de la misma, dada la indisociable integración en el recargo de una dimensión indemnizatoria y de otra sancionadora. No es esta la perspectiva que va a privilegiarse en este comentario, si bien no podrá ser completamente obviada al recurrir una vez más el TS para resolver un problema de aplicación práctica a esta cada vez más incierta, irresoluble y estéril cuestión, tan del gusto de los juristas.

Aquí pretendemos analizar un aspecto que quizás ha pasado más desapercibido en los estudios doctrinales que se han volcado sobre la institución, pero que sin duda tiene una extrema importancia práctica, pues de nada serviría tener derecho a percibir el recargo si súbitamente el beneficiario descubre que le ha vencido el plazo para ejercitar la acción a tal fin, por haber superado el periodo de 5 años previsto en el 43.1 de la LGSS.

En todo caso, la cuestión aparece menos clara de lo que inicialmente pudiera pensarse, y desde luego dista mucho de la aparente continuidad de interpretaciones que parece evidenciar el Tribunal Supremo. La razón es que para considerar el día a quo a partir del cual ha de contabilizarse el plazo de prescripción aplicable las doctrinas de suplicación, las dictadas por los TTSSJ, vienen ofreciendo criterios dispares.

Consecuentemente, se ha mantenido hasta hoy una cierta resistencia judicial a integrar o asumir el criterio mantenido en la unificación de doctrina, de modo que se mantienen posiciones diferentes.

Así, por ejemplo, Sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sentencia de 28 Mar. 2005, (rec. 1946/2003) establece que el *dies a quo* del plazo de prescripción de cinco años para la reclamación de prestaciones de la Seguridad Social, señalado por el artículo 43.1 de la LGSS, en este caso, debe considerarse como tal el día del Acta de Infracción levantada por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Toledo. Ésta vino a declarar que la causa del accidente, que motivó la muerte del trabajador, resultó ser la del incumplimiento de las medidas de seguridad, y que el responsable exclusivo del incumplimiento y sus consecuencias era la empresa por ser esta la fecha a partir de la cual pudo ejercitarse la acción de reclamación del recargo de prestaciones correspondiente —fecha de la *actio nata*—. Hasta ese momento, no podía ejercitarse reclamación alguna en dicho sentido por cuanto todavía

no estaban determinadas las bases fácticas necesarias para ejercitar la pretensión jurídica.

En segundo lugar, el *dies ad quem* del cómputo del plazo de prescripción debe considerarse la fecha de la solicitud efectuada por la viuda ante el INSS instando a dicha Entidad Gestora la tramitación del expediente administrativo de recargo de prestaciones, que concluyó con la Resolución de fecha 9 de enero de 2001, la cual vino a declarar la procedencia del recargo del 50% de las prestaciones de la Seguridad Social por incumplimiento de medidas de seguridad a cargo exclusivo de la empresa.

Por su parte, el Juzgado de lo Social núm. 8 de Sevilla, Sentencia de 19 Enero de 2004, resuelve acerca del alcance de la prescripción con una gran clarividencia. El hecho causante se sitúa cronológicamente en la fecha en que al actor se le reconoce la pensión de IPT para su profesión habitual mediante sentencia.

Hasta entonces, no existía derecho a la prestación de la que trae causa el recargo aquí pretendido, por lo que el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de prescripción no puede ser otro que la indicada fecha. Si como quedó acreditado, el actor solicitó en el año 2002 el reconocimiento del recargo de prestaciones, denegado por resolución de 3-12-2002, no caben dudas que la acción no le había prescrito. En definitiva admite el cómputo desde el reconocimiento de la prestación.

Para la Sentencia contrastada del TSJ Andalucía, Sala de lo Social con sede en Málaga, (Sentencia de 14 Jul. 2000) el «*dies a quo*», conforme al art. 1969 del Código Civil, será el día en que pudieran ejercitarse la acción. Por tanto el plazo de prescripción de 5 años previsto en el referido art. 43 se computará desde la fecha de la declaración del derecho a la prestación. Es decir, por lo que concierne al caso enjuiciado, desde la fecha de la Resolución, 15 Nov. 1996, imponiéndose la demanda el 13 Feb. 1997, se advierte claramente que no ha transcurrido el mencionado plazo, por lo que el motivo debe ser desestimado ya que el recurrente confunde en este punto la acción para exigir el recargo por falta de medidas de seguridad ex art. 123 de la LGSS con la acción de responsabilidad civil por culpa contractual (artículos 1101 y siguientes del Código Civil), o extracontractual (art. 1902 del mismo Cuerpo Legal)

## 2. ARGUMENTOS CONSOLIDADOS PARA EL MANTENIMIENTO DE LA DOCTRINA DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como ya anticipábamos, por enésima vez el TS aceptará embarrarse en la añosa diatriba sobre la naturaleza jurídica de la institución para fijar los criterios de interpretación correcta de un problema aplicativo del régi-

men jurídico de la misma. En realidad, quizás se hubiera podido llegar a la misma solución desde una interpretación adecuada del régimen jurídico, sin necesidad de centrar la respuesta en un criterio que termina siendo apriorístico, por tanto más de «fe jurídica» o «convicción» que de interpretación estricta de las normas. La decisión del TS no es ajena a esta idea, en la medida en que acude a otros argumentos y criterios para alcanzar la solución propuesta.

Por lo que refiere al pesado argumento de la naturaleza jurídica, aún en el marco de un catálogo amplísimo de posiciones doctrinales, más o menos originales, más o menos matizadas, parece dominante la posición de quienes sostienen el carácter «complejo» de esta institución<sup>1</sup>. Conforme a esta orientación, el recargo presenta una naturaleza dual (aflictiva y reparadora) donde se combina en una misma institución la dimensión sancionadora con el componente indemnizatorio en atención al perjuicio causado por el siniestro laboral. El propio artículo 123 de la LGSS desarrolla esta idea de sanción compleja, pues si bien es cierto que la gravedad de la infracción no se centra sólo en el daño, éste tiene una significación importante, entre otras cosas porque si no hay daño no hay prestación de Seguridad Social, y sin la concurrencia de ésta no habría lugar al recargo.

Por eso, con buen criterio, el Tribunal Supremo, viene considerando que solo la determinación del daño hace nacer el día desde el cual es posible el cómputo de la prescripción. En este sentido las invocadas sentencias del Tribunal Supremo, tales como 22.03.2002; 6.05.1999; 10.12.1998; 12.02.1999.

Pero para resolver la cuestión que se debate, la jurisprudencia también viene poniendo énfasis en la distinción entre los tipos de acciones que pueden ejercitarse para alcanzar el resarcimiento de un daño, según las circunstancias de hecho que pueden servir de apoyo a la pretensión de indemnización. Siguiendo la doctrina que se desprende de la lectura e interpretación del art. 1089 CC, aplicable a todas las ramas del derecho, se puede diferenciar en el nacimiento de las obligaciones entre las que derivan de una relación previa, como las nacidas de los contratos, y aquellas que tienen su origen en actos ilícitos, de mayor o menor intensidad. Éstas, a su vez, se bifurcan en los ilícitos penales, incluidos en el art. 1089, por concurrir la tipicidad y punibilidad que se rigen por las normas del referido carácter, y en las que el Código Civil sólo será supletorio en virtud de lo dispuesto en su art. 1090, y los ilícitos originados por la actuación y omisión negligente no penada en la Ley, a los que se refiere el art. 1902 de la misma disposición, y que responde al principio romano, *neminem non laedere*.

<sup>1</sup> Vid. J.L.MONEREO PÉREZ. *El recargo de prestaciones por faltas de medidas de seguridad*. Civitas.1992.

En nuestro Derecho existe la preferencia de la vía penal para el ejercicio de la pretensión indemnizatoria, tal y como se plasma en el art. 114 LECrim., que impide la reclamación civil, salvo renuncia o reserva de acciones por el perjudicado. Pero en Derecho del Trabajo la influencia de la deuda de seguridad profusamente recogida en la legislación laboral, aunque no por ello pierde su naturaleza estrictamente contractual, lleva a desplazar esta preferencia, de modo que ambas resultan compatibles

A este respecto, debe tenerse en cuenta igualmente que nos encontramos, pese al distinto sentir de la jurisprudencia mayoritaria de la Sala de lo Civil, con una exigencia de responsabilidad por incumplimiento de un deber de garantía en favor del trabajador o una obligación del patrono en el ámbito del contrato de trabajo, y no propiamente ante un supuesto de aplicación del art. 1902 CC en el que entrarían en juego los arts. 111 y 114 LECrim. Sin perjuicio de la competencia de la jurisdicción penal por la responsabilidad civil derivada de delitos, el conocimiento de las reclamaciones por accidente de trabajo corresponde en principio a este orden jurisdiccional social.

Esta competencia, tan disputada hoy, tanto en el ámbito civil como en el penal, resultando poco comprensiblemente todas ellas perfectamente compatibles, se insiste, se extiende, por mor del artículo 123 de la Ley de Seguridad Social, tanto a la reclamación de prestaciones de S.S. como a la reclamación de los incrementos de las mismas por cumplimiento de medidas de seguridad e higiene, como en su caso a la responsabilidad civil (laboral) añadida a las anteriores (art. 127 de la propia Ley). Esta variedad de mecanismos de indemnización de los daños producidos por el incumplimiento del deber del patrono, y específicamente en relación con el accidente, tiene como consecuencia esa posible, y tan frecuente como caótica, pluralidad jurisdiccional.

Precisamente, limitado ese ejercicio al ámbito privado, se admite la posibilidad de ejercitar acumuladas las pretensiones indemnizatorias derivadas de la culpa contractual y de la aquiliana. Así sucede, en la práctica, en el laboral, aunque dada la amplitud del deber de seguridad es difícil imaginar supuestos en los que el empresario, en una misma actuación, viole ambos deberes, el contractual, y el extracontractual. Pero difícil no es imposible y, en todo caso, la jurisprudencia civil es proclive a esta dicotomía.

Ello plantea el problema, que constituye el presupuesto de la doctrina que subyace en la sentencia que comentamos, al estar en presencia de acciones de distinta naturaleza, si las mismas al ser compatibles, como indica la redacción de los preceptos, son igualmente independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización, sin tener en cuenta las cantidades ya reconocidas anteriormente con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio patrimonial o para compensar el daño moral. O si, por

el contrario, estamos ante formas o modos de resolver la misma pretensión aunque tengan lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos, que han de ser estimadas como partes de un total indemnizatorio, y por ello, las cantidades ya recibidas han de computarse para fijar quantum total. El problema de ese deslinde o interpretación se origina con la máxima intensidad, en relación con el establecido en el art. 123 del Texto vigente, por cuanto en los mismos se expresa que esa responsabilidad «es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción» e igualmente en el art. 127 cuando señala que en los supuestos de hechos que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona... el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente.

Para dar solución al problema, es decir, para fijar el alcance de la referida expresión, que se enlaza como es lógico con la concreción de esa cuantía total indemnizatoria, sin perjuicio de las determinaciones expresas del legislador, se vienen teniendo en cuenta las siguientes consideraciones. En primer lugar como propugna la sentencia objeto de comentario (fundamento tercero párrafo segundo), el derecho ha de ser interpretado con una visión global, como un todo armónico sin limitarlo o encuadrarlo en las distintas ramas jurídicas en las que se diferencia, sin perjuicio de respetar sus presupuestos y la razón de ser cada una de ellas, pero teniendo presentes las soluciones que ofrecieron las restantes, ya que esas distintas ramas, y los distintos órdenes jurisdiccionales no pueden ser concebidos como compartimentos estancos independientes entre sí, pues a través de todas ellas se hace real la tutela judicial efectiva.

Esa consideración unitaria del ordenamiento la tiene en cuenta el TC, cuando impone, que los distintos órganos de la Administración y los jurisdiccionales partan de la igualdad de los hechos admitidos o declarados probados por otros órganos del Estado. Si no se establece un límite indemnizatorio, y el Estado, para viabilizar el resarcimiento, reconoce al damnificado la posibilidad de ejercitar su pretensión ante órganos jurisdiccionales de distinto Orden, se están posibilitando indemnizaciones diversas según la acción que se agite y el Orden jurisdiccional que conozca de su pretensión. Fácilmente existiría una divergencia, por ejemplo, entre los supuestos de ilícitos penales y los casos en que existe un incremento de prestaciones por omisión de medidas de seguridad en el ilícito laboral, ya que en éste el importe del recargo se fija en relación con la intensidad de la infracción y no con la importancia del perjuicio.

Pero para fijar ese momento inicial ha de partirse de nuevo del dato relativo a la configuración del recargo. Éste, no obstante, la evidenciada dimensión sancionadora, tiene una dimensión indemnizatoria que muchos reconducen en la forma de prestación de la S.S. Por eso, en su determina-

ción la actuación jurisdiccional es simplemente revisoria de la decisión administrativa que es objeto de impugnación. Si esa actuación está dirigida únicamente a concretar si el accidente tuvo lugar por haber omitido el empresario las medidas de seguridad exigibles, y en relación con esta omisión y no con el perjuicio ocasionado, a fijar el importe de indemnización.

Por estar en presencia de una prestación de la S.S., para exigir la misma los posibles beneficiarios tendrían a su favor un plazo de 5 años, pues ése es el plazo de prescripción para imponer el recargo <sup>2</sup>.

Estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria, aunque tenga lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio. Ciertamente la finalidad del recargo es restituir la norma jurídica a su lugar rector de las conductas, aunque la compensación no la recibe el Estado, pese a ser el inmediato perjudicado por la conculcación del ordenamiento, sino quienes han recibido sobre si el segundo grado de consecuencias, el *damnum*. Si el orden jurídico vulnerado fuera el único en resarcirse, no habría más inconveniente en trasladar el *dies a quo* para el computo de la prescripción a la fecha en que se produjo el accidente. *La especial naturaleza del recargo por falta de medidas de seguridad, cuyo beneficiario es el perjudicado por el daño o sus causahabientes, requiere que se amolde al reconocimiento de las prestaciones cuya cuantía se va a mejorar.*

Por ello, como indica la sentencia objeto de comentario, el día inicial a los efectos prescriptivos no puede fijarse con carácter general, en el momento de ocurrir el evento que ocasiona muerte o invalidez. El plazo solo puede arrancar en el día en que las acciones pudieron ejercitarse tendiendo en cuenta en el recargo por prestaciones el momento en el que se configura la prestación que ha de resarcir los daños sufridos (artículo 1959 Cc).

### 3. VALORACIÓN FINAL

De entre todas las reflexiones contenidas en la sentencia, destacamos, la que nos sirve como pretexto para nuestra reflexión final. El derecho ha de ser interpretado como una visión global, con un todo armónico sin limitarlo o encuadrarlo en las distintas ramas jurídicas en que se diferencia, sin perjuicio de respetar sus presupuestos y la razón de ser de cada una de ellas, pero teniendo presentes las soluciones que ofrecen las restantes, ya que esas distintas ramas y los distintos órdenes jurisdiccionales no pueden ser concebidas como comportamientos estancos independientes entre sí, pues

<sup>2</sup> Así lo señaló el TS en su Sala Cuarta en su S 12 Dic. 1997,(recurso núm. 468/1997).



a través de todas ellas se hace realidad la tutela efectiva. El argumento que tiene su origen en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 10 Diciembre de 1.998, y que posteriormente se reprodujo en sentencias de las misma sala como la de 22 de mayo de 2002.

Hemos invocado con motivo del estudio de cuestiones procesales, de las que nos venimos ocupando con regularidad, que la especialidad de las distintas ramas del derecho no pueden ser una traba a la hora de que el derecho cumpla su función social, garantizando la efectividad de los derechos que reconoce y propugna. Por ello establecer una interpretación restrictiva en materia de cómputo del plazo de prescripción, no solo es contrario a la propia esencia de la prescripción, que sanciona la inactividad o el desinterés de las partes o espíritu de la misma sino también a la naturaleza de la institución que cumple simultáneamente una función retributiva y también reparadora y precisa del previo pronunciamiento por la administración laboral en el reconocimiento de la falta de medidas de seguridad, para permitir tanto el reconocimiento de la prestación como la determinación del recargo. Por ello el afianzamiento de un criterio unívoco en la interpretación del plazo de prescripción de la acción para reclamar el recargo por prestaciones por falta de medidas, no solo tiene valor en cuanto a la afirmación de una doctrina beneficiosa para los operadores jurídicos, sino también en cuanto que propugna esta la interpretación jurídica global.

En cualquier caso, esta reflexión en modo alguno puede llevar a ignorar la necesidad, así como la urgencia, de que en el ámbito laboral el legislador ponga un poco de orden en este absoluto caos hoy reinante. Es poco, o nada comprensible, que para solicitar las responsabilidades derivadas de un accidente de trabajo tengan que emprenderse, si se quiere tener una tutela judicial efectiva, 5 o 6 pleitos, en órdenes diferentes. Alguien da más;





4

---

# Reseña de Legislación







## Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (abril-junio 2006)

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO \*

### **ORDEN de 20 de marzo de 2006, por la que se convoca la concesión de subvenciones a las Universidades públicas andaluzas para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de los riesgos laborales para el año 2006**

La Consejería de Empleo, en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia laboral atribuidas por el artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entre las que se encuentran la seguridad y la salud laboral, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, ha venido consolidando una política propia de prevención de los riesgos asociados al trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Como parte de esta política, en el ámbito universitario se ha venido desarrollando un conjunto de subvenciones encaminadas a promover un mejor conocimiento de la realidad preventiva laboral y a elevar el nivel de formación de las personas implicadas en la prevención de riesgos laborales. Con estos objetivos se dictaron la Orden de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de 10 de junio de 2003 y la Orden de la Consejería de Empleo de 3 de mayo de 2004, por las que se regulaban y convocaban ayudas económicas a las Universidades andaluzas para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de riesgos laborales y, finalmente, la Orden de 19 de julio de 2005 que establecía las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las Universidades públicas andaluzas, incorporando las modificaciones que se han producido en el régimen jurídico de las mismas a través de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en el Capítulo I, del Título III, de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Con el fin de seguir apoyando la formación e investigación en materia de prevención de riesgos laborales y dar continuidad a la colaboración con las Universidades andaluzas, mediante la Orden comentada se procede a realizar la convocatoria para el año 2006, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9 de la referida Orden de 19 de julio de 2005.

\* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide.

El artículo 1 prevé la concesión de subvenciones a las Universidades públicas andaluzas, por el procedimiento de concurrencia competitiva, para el desarrollo de actividades de formación, estudio e investigación relacionadas con la prevención de riesgos laborales correspondientes al año 2006. El artículo 2.3 limita la cuantía y la intensidad de las ayudas, de forma que como máximo serán las siguientes:

- a) Modalidad 1: Hasta el 25% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 30.000 euros.
- b) Modalidad 2: Hasta el 40% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros.
- c) Modalidad 3: Hasta el 75% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 12.000 euros.

Los proyectos o actividades formativas encuadrados en la modalidad 2 consistirán en cursos de profundización sobre las materias establecidas en el Anexo VI del R.D. 39/1997, de 17 de enero, del Reglamento de los Servicios de Prevención; mientras que los proyectos encuadrados en la modalidad 3 deberán ajustarse a alguno de los siguientes temas:

- a) Técnicas, procedimientos y métodos de trabajo seguros en los sectores de la agricultura y/o construcción.
- b) Radiaciones no ionizantes: Métodos de medidas de campos eléctricos y magnéticos.
- c) Radiaciones ionizantes: Evaluación y factores de riesgos.
- d) Metodologías y procedimientos de evaluación y prevención de riesgos biológicos o cancerígenos.
- e) Indicadores biológicos de exposición a agentes químicos.
- f) Estudio de los factores de riesgos ergonómicos y/o psicosociales en la siniestralidad laboral.
- g) Inmigración y salud laboral.
- h) Normalización y prevención de riesgos laborales.
- i) Síndrome neurológico por exposición a disolventes orgánicos.
- j) Enfermedades profesionales en el ámbito andaluz.
- k) Prevención y medio ambiente.
- l) Salud laboral y cuestiones de género.
- m) Riesgos emergentes.
- n) Trabajo autónomo y prevención de riesgos laborales.

El número máximo de actividades o proyectos a subvencionar en la modalidad 3 será de un proyecto en cada apartado por Universidad, mientras que en el resto de las modalidades no queda limitado.

**ORDEN de 20 de marzo de 2006, por la que se convoca la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de los riesgos laborales para el año 2006**

La Consejería de Empleo, en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia laboral, atribuidas por el artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entre las que se encuentran la seguridad y la salud laboral, y en cumpli-

miento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha venido consolidando una política propia de prevención de los riesgos asociados al trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Como parte de esta política, en el ámbito de los Colegios Profesionales andaluces, se ha venido desarrollando un conjunto de acciones y actuaciones en materia de subvenciones encaminadas a promover un mejor conocimiento de la realidad preventiva laboral y a elevar el nivel de formación de las personas implicadas en la prevención de riesgos laborales. Con estos objetivos se dictaron la Orden de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, de 10 de junio de 2003, y la Orden de la Consejería de Empleo, de 3 de mayo de 2004, por las que se regulaban y convocaban ayudas económicas a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de riesgos laborales y, finalmente, la Orden de 19 de julio de 2005 que establecía las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, incorporando las modificaciones que se han producido en el régimen jurídico de las mismas a través de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en el Capítulo I, del Título III, de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Con el objeto de dar continuidad a la colaboración con los Colegios Profesionales, mediante la Orden comentada se procede a realizar la convocatoria para el año 2006, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9 de la referida Orden de 19 de julio de 2005, se convoca la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por el procedimiento de concurrencia competitiva, para el desarrollo de actividades de formación, estudio e investigación relacionadas con la prevención de riesgos laborales correspondientes al año 2006. La cuantía total estimada de las subvenciones a conceder en la presente convocatoria, dentro de las disponibilidades presupuestarias, será de 500.000 euros. Las cuantías e intensidades máximas de las subvenciones a conceder por cada modalidad serán las siguientes:

- a) Modalidad 1: Hasta el 50% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros.
- b) Modalidad 2: Hasta el 60% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 12.000 euros.

Las actividades susceptibles de subvención a través de la presente Orden deberán estar encuadradas en alguna de las modalidades previstas en el artículo 2 de la Orden de la Consejería de Empleo de 19 de julio de 2005, BOJA número 159, de 17 de agosto. Los proyectos encuadrados en la modalidad 2 deberán ajustarse a alguno de los siguientes temas:

- a) Estudios sobre las causas de los accidentes laborales y enfermedades profesionales en los sectores de agricultura, pesca y construcción.
- b) Técnicas, procedimientos y métodos de trabajo seguros dirigidos al fomento de la cultura preventiva.
- c) Estudios relativos a la prevención del riesgo eléctrico.
- d) Propuesta metodológica para la elaboración de un inventario de edificios con amianto en Andalucía.
- e) Estudio sobre los factores de riesgo ergonómicos y psicosociales en la siniestralidad laboral.

- f) La detección e intermediación en los conflictos interpersonales tipo mobbing: modelo organizativo y características de las actuaciones.
- g) Métodos de evaluación de la carga mental en puestos de trabajo específicos.
- h) Modalidades de empleo y las condiciones de trabajo de los mayores de 45 años en Andalucía.
- i) Estudios provincializados sobre la evaluación de las condiciones de trabajo de la población inmigrante en Andalucía.
- j) Métodos de evaluación y control de agentes biológicos en los lugares de trabajo.
- k) Calidad de aire interior: legionelosis.
- l) Incidencia y repercusiones de las zoonosis en Andalucía.
- m) Estudios sobre las condiciones de trabajo de la mujer.

**ORDEN de 8 de mayo de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) del sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales**

La Consejería de Empleo, en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia laboral, atribuidas por el artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entre las que se encuentran la seguridad y la salud laboral, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha venido consolidando una política propia de prevención de los riesgos asociados al trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En la ejecución de esta política, dirigida básicamente a la población laboral andaluza, ha tenido un papel primordial la realización de actividades de fomento tendentes a la mejora de las condiciones de trabajo, la reducción de los riesgos laborales y la promoción de estructuras eficaces de prevención en las pequeñas y medianas empresas. Estas actuaciones, han contado con el apoyo y colaboración de las organizaciones empresariales y sindicales. Por su parte, el Parlamento de Andalucía, en el Dictamen de la Comisión de Empleo y Desarrollo Tecnológico 6-01/ DEC 000001, relativo a la siniestralidad laboral, insta a la entonces Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico para que adopte las medidas oportunas que permitan tratar singularmente la problemática del sector de la construcción en Andalucía dentro de un Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales, dadas sus peculiaridades, ritmo incesante de crecimiento e índices de siniestralidad registrados. En cumplimiento de este mandato, el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, fruto del acuerdo de los Agentes Económicos y Sociales y el Gobierno Andaluz, el Plan contempla el desarrollo de programas específicos sectoriales que incluyen acciones permanentes sobre las empresas de mayor siniestralidad, tal es el caso de las pertenecientes al sector de la construcción, tanto en el plano técnico y de vigilancia del cumplimiento de la normativa de seguridad y salud vigente; como en el de establecimiento de líneas específicas de ayudas a las empresas para facilitar la incorporación de medidas preventivas. En tal sentido, se ha considerado conveniente establecer un programa de subvenciones espe-

cífico con esta finalidad, dirigido a promover la mejora de las condiciones de trabajo y a garantizar la seguridad de los trabajadores, especialmente en las micro y pequeñas empresas del sector de la construcción, mediante el apoyo a proyectos de inversión destinados a la incorporación de medios auxiliares de obra y otros equipos de trabajo que cumplan con los requisitos técnicos de seguridad establecidos en la normativa de esta materia.

La Orden comentada tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) pertenecientes al sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales. La concesión estará limitada por las disponibilidades presupuestarias existentes del ejercicio en que se realice la convocatoria. Podrán adquirirse compromisos de carácter plurianual en las condiciones previstas en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y norma de desarrollo.

Los proyectos susceptibles de subvención deberán estar encuadrados en las siguientes modalidades:

- a) Modalidad 1 (M1): Proyectos dirigidos al establecimiento de la estructura preventiva especializada de la empresa y a facilitar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, que incluyan algunas de las siguientes actividades:
  1. Elaboración de Programas de actuación específicos en Prevención de Riesgos Laborales.
  2. Diseño, implantación y certificación de Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud Laboral.
  3. Implantación del Plan de Prevención de Riesgos Laborales.
  4. Primer establecimiento de Servicios de Prevención Mancomunados.
  5. Formación especializada preventiva que facilite la designación y el desarrollo de sus competencias a los Delegados de Prevención.
  6. Realización de auditorías reglamentarias y diagnósticos preventivos.
  7. Desarrollo de planes de formación específica para los trabajadores adaptados al puesto de trabajo.
  8. Asesoramiento para la realización de estudios de adecuación de equipos de trabajo.
  9. Realización de estudios ergonómicos y psicosociales.
- Tendrán la consideración de conceptos subvencionables en la Modalidad 1 (M1), los gastos de asistencia técnica prestada por Servicios de Prevención Ajenos u otras entidades especializadas asociados a la ejecución de las actividades preventivas especificadas.
- b) Modalidad 2 (M2): Proyectos que contemplen inversiones para la sustitución de andamios de trabajo antiguos o defectuosos por sistemas de andamios modulares, fabricados bajo normativa europea y certificados conforme a los requisitos de las normas UNE 76502:1990 (HD-1000:1988) o UNE EN 12810-1:2003. Tendrán la consideración de conceptos subvencionables los costes de adquisición e instalación de los andamios especificados.
- c) Modalidad 3 (M3): Proyectos destinados a la adquisición y renovación de equipos y maquinaria auxiliar de obra, tales como sistemas y equipos para la entibación de zanjás, andamios motorizados, cuadros eléc-

tricos móviles, pequeñas hormigoneras, sierras circular de mesa, cortadoras de material cerámico y pequeños equipos para elevación de cargas; que cumplan con los requisitos y directrices del vigente Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión y las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo. Tendrán la consideración de conceptos subvencionables los costes de adquisición de la maquinaria y equipos anteriormente relacionados.

- d) Modalidad 4 (M4): Proyectos innovadores de diseño y desarrollo de protecciones colectivas y métodos de trabajo seguros para la prevención de accidentes en trabajos de altura y de atrapamiento en zanjas; así como de intercambio de buenas prácticas preventivas que contribuyan de forma significativa a la mejora de la seguridad y la salud laboral en las empresas del sector. Se considerarán conceptos subvencionables en esta modalidad los siguientes:
1. Gastos externos asociados a proyectos de I+D+I dirigidos a la reducción de accidentes y a la mejora de las condiciones de trabajo.
  2. Gastos de asistencia técnica de Servicios de Prevención Ajenos y de entidades especializadas, asociados al desarrollo de proyectos innovadores que se orienten al control de riesgos en trabajos de altura y de atrapamiento en zanjas.
  3. Gastos de contratación de Técnicos Superiores e Intermedios de Prevención o de Técnicos Superiores de Prevención de Riesgos Profesionales para el desarrollo de proyectos innovadores de buenas prácticas preventivas.
  4. Gastos de infraestructura, bienes de equipo e instalaciones necesarias para el desarrollo de proyectos de I+D+I y de buenas prácticas preventivas dirigidas al control de riesgos en el sector.
  5. Otros gastos asociados a:
    - Actividades de acceso a la información sobre buenas prácticas en materia de seguridad y salud.
    - Campañas de información-sensibilización, fomento de la participación de los trabajadores y/o de sus representantes en el ámbito de la prevención.
    - Desarrollo de redes micro y pequeñas empresas que compartan experiencias preventivas.
    - Gastos de difusión de buenas prácticas preventivas.

Tendrán la consideración de beneficiarios a los efectos de la Orden comentada todas las personas físicas o jurídicas que tengan legalmente constituidas empresas, pertenecientes al sector de la construcción, que ocupen trabajadores por cuenta ajena en los términos definidos por el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores en el momento de la presentación de la solicitud, que lleven a cabo actividades o proyectos encuadrados en las modalidades que se definen en el artículo 2 de la misma, que repercutan en centros de trabajo radicados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía pertenecientes a empresa que domiciliadas fiscal y socialmente en Andalucía y reúnan las siguientes características:

- a) Modalidades 1, 2 y 3: Microempresas y pequeñas empresas encuadradas en el sector construcción según el Real Decreto 1560/1992 que aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas.

- b) Modalidad 4: Microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) encuadradas en el sector construcción según el Real Decreto 1560/1992, de 18 de diciembre, que aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas.

Las solicitudes serán evaluadas y seleccionadas de acuerdo con los criterios objetivos y los porcentajes de ponderación que se enumeran a continuación:

- a) Calidad, detalle y coherencia del proyecto, siendo su ponderación de 3,5 puntos (35%).
- b) Adecuación de la propuesta a la consecución de objetivos concretos de reducción de la siniestralidad y de desarrollo y/o difusión de buenas prácticas preventivas, siendo su ponderación de 2 puntos (20%).
- c) Carácter innovador, valor añadido y efecto multiplicador de los resultados del proyecto, siendo su ponderación de 2 puntos (20%).
- d) Grado de participación de la empresa solicitante en la financiación del proyecto y ajuste del presupuesto a los medios descritos en las actividades a realizar, siendo su ponderación de 1,5 puntos (15%).
- e) Evolución de la siniestralidad en la empresa en los dos últimos años, siendo su ponderación de 1 punto (10%).

**ORDEN de 8 de mayo de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales**

La Consejería de Empleo, en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia laboral, atribuidas por el artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entre las que se encuentran la seguridad y la salud laboral, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha venido consolidando una política propia de prevención de los riesgos asociados al trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En la ejecución de esta política, dirigida básicamente a la población laboral andaluza, ha tenido un papel primordial la realización de actividades de fomento tendentes a la mejora de las condiciones de trabajo, la reducción de los riesgos laborales y la promoción de estructuras eficaces de prevención en las pequeñas y medianas empresas. Estas actuaciones, han contado con el apoyo y colaboración de las organizaciones empresariales y sindicales. A estos efectos, se dicta la Orden de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de 10 de junio de 2003, por la que se regula y convoca la concesión de subvenciones a empresas que realicen proyectos e inversiones y/o actividades de buenas prácticas preventivas dirigidas al control de los riesgos laborales y la Orden de la Consejería de Empleo de 18 de junio de 2004, por las que se regula la concesión de subvenciones a Micro y Pymes que realicen proyectos e inversiones y/o actividades de buenas prácticas preventivas dirigidas al control de los riesgos laborales. Con la misma finalidad, y al objeto de motivar al empresariado para que mejore los niveles de seguridad y salud de los trabajadores mediante la incorporación de medidas contempladas en la planificación

de la actividad preventiva y que faciliten el cumplimiento de los aspectos legalmente exigibles en esta materia, así como llevar a cabo otras actividades de desarrollo y difusión de buenas prácticas de prevención, se hace necesaria la aprobación de una Orden por la que se establezcan las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a la micro, pequeña y mediana empresa para el desarrollo de este tipo de actividades.

Las actividades susceptibles de subvención a través de la presente Orden deberán estar encuadradas en las siguientes modalidades:

- a) Modalidad 1 (M1): Proyectos dirigidos al establecimiento de la estructura preventiva especializada de la empresa y a facilitar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, que incluyan algunas de las siguientes actividades:
  1. Elaboración de Programas de actuación específicos en Prevención de Riesgos Laborales.
  2. Diseño, implantación y certificación de Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud Laboral.
  3. Implantación del Plan de Prevención de Riesgos Laborales.
  4. Primer establecimiento de Servicios de Prevención Mancomunados.
  5. Formación especializada preventiva que facilite la designación y el desarrollo de sus competencias a los Delegados de Prevención.
  6. Realización de diagnósticos preventivos.
  7. Evaluación del riesgo de incendio y definición e implantación de planes de emergencia y de autoprotección.
  8. Realización de inspecciones de seguridad y evaluaciones externas.
  9. Desarrollo de planes de formación específica para los trabajadores adaptados al puesto de trabajo.
  10. Capacitación de equipos de actuación en el caso de emergencia, evacuación y primeros auxilios.
  11. Asesoramiento para la realización de estudios de adecuación de equipos de trabajo.
  12. Realización de estudios ergonómicos y psicosociales.

Tendrán la consideración de conceptos subvencionables en la Modalidad 1(M1), los gastos de asistencia técnica prestada por Servicios de Prevención Ajenos u otras entidades especializadas asociados a la ejecución de las actividades preventivas especificadas.

- b) Modalidad 2 (M2): Proyectos dirigidos a la incorporación de medidas especificadas en la planificación preventiva de la empresa, que contemplen algunas de las siguientes actividades:
  1. Adquisición, adaptación y renovación de equipos de trabajo y maquinaria especificados en la planificación de la actividad preventiva.
  2. Adaptación de puestos de trabajo especificados en la planificación de la actividad preventiva como consecuencia de la necesidad de adoptar medidas de protección especial de trabajadores sensibles a determinados riesgos.
  3. Instalaciones específicas para el control de contaminantes de naturaleza química, física y/o biológica especificadas en la planificación de la actividad preventiva.
  4. Adquisición de equipo e instalaciones de protección contra incendios.

5. Adquisición de equipos de emergencia, socorro y salvamento de los lugares de trabajo.
6. Adquisición de medios de señalización de zonas y locales de trabajo, vías e instalaciones.
7. Aplicación de medidas preventivas en el ámbito ergonómico y psicosocial.

Tendrán la consideración de conceptos subvencionables en la Modalidad 2(M2), los costes de adquisición de la maquinaria y equipos necesarios para la realización de las actividades preventivas relacionadas.

c) Modalidad 3 (M3): Proyectos innovadores y de desarrollo de buenas prácticas preventivas que contribuyan de forma significativa a la mejora de la seguridad y la salud laboral en los centros de trabajo. Se considerarán los siguientes conceptos subvencionables en esta modalidad los siguientes:

1. Gastos externos asociados a proyectos de I+D+I dirigidos a la mejora de las condiciones de trabajo.
2. Gastos de asistencia técnica de Servicios de Prevención Ajenos y de entidades especializadas, asociados al desarrollo de proyectos innovadores que se orienten al control de riesgos y a la reducción de la siniestralidad.
3. Gastos de contratación de Técnicos Superiores e Intermedios de Prevención o de Técnicos Superiores de Prevención de Riesgos Profesionales para el desarrollo de proyectos innovadores de buenas prácticas preventivas.
4. Gastos de infraestructura, instalaciones y bienes de equipo necesarios para el desarrollo de proyectos de I+D+I y de buenas prácticas preventivas.
5. Otros gastos asociados a:
  - Actividades de acceso a la información sobre buenas prácticas en materia de seguridad y salud.
  - Campañas de información-sensibilización y fomento de la participación de los trabajadores y/o de sus representantes en el ámbito de la prevención.
  - Desarrollo de redes de micro y pequeñas empresas que compartan experiencias preventivas.
  - Gastos de difusión de buenas prácticas preventivas.

Las actividades o proyectos susceptibles de subvención deberán reunir, con carácter general, los siguientes requisitos:

- a) Estar integrados en la actividad preventiva de la empresa, por lo que éstas deberán acreditar que disponen de un sistema de organización y gestión de la prevención, conforme a lo establecido en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), y en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, modificada por Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. Para ello deberán aportar documentación relativa a los siguientes aspectos:
  - Modelo de Organización de la actividad preventiva en cualquiera de las modalidades establecidas en el RSP.

- Los proyectos de Modalidad 2 deben estar contemplados en la planificación de la actividad preventiva de la empresa.
- b) Ser considerados viables desde el punto de vista técnico, económico y financiero.
- c) Ajustarse a los plazos máximos de ejecución de los proyectos o actividades, que se establezcan en cada Orden de convocatoria.

Tendrán la consideración de beneficiarios a los efectos de la presente Orden todas las personas físicas o jurídicas que tengan legalmente constituidas empresas que ocupen trabajadores por cuenta ajena en los términos definidos por el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores en el momento de la presentación de la solicitud, que lleven a cabo actividades o proyectos encuadrados en las modalidades que se definen en el artículo 2 de la presente Orden, que repercutan en centros de trabajo radicados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía de empresas domiciliadas fiscal y socialmente en Andalucía y reúnan las siguientes características:

- a) Para la modalidad 1, tendrán la condición de beneficiarias las microempresas y las pequeñas empresas encuadradas en algunas de las siguientes actividades económicas del CNAE-93:
  1. Agricultura, ganadería, caza y actividades de los servicios relacionados con las mismas (01).
  2. Industria de productos alimenticios, bebidas y tabacos (15 y 16).
  3. Industria de la confección y de la peletería (18).
  4. Industria de la madera y corcho (20).
  5. Fabricación de productos de caucho y materias plásticas (25).
  6. Fabricación de productos minerales no metálicos (26).
  7. Metalurgia (27).
  8. Fabricación de productos metálicos, excepto maquinaria (28).
  9. Construcción de maquinaria y equipo mecánico (29).
  10. Fabricación de otro material de transporte (35).
  11. Fabricación de muebles, otras industrias manufactureras (36).
  12. Hostelería (55).
  13. Transporte por carretera (60).
- b) Para las modalidades 2 y 3, tendrán la condición de beneficiarias las microempresas, y las pequeñas y medianas empresas (PYME) encuadradas en las mismas actividades económicas del Real Decreto 1560/1992, de 18 de diciembre, que aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-1993) especificadas para la modalidad 1.
- c) En todo caso, sólo se financiarán los gastos ocasionados por aquellas actividades y proyectos realizados en los centros de trabajo especificados en el apartado 1 de este precepto.

Las solicitudes serán evaluadas y seleccionadas de acuerdo con los criterios objetivos y los porcentajes de ponderación que se enumeran a continuación:

- a) Calidad, detalle y coherencia del proyecto, siendo su ponderación de 3,5 puntos (35%).
- b) Adecuación de la propuesta a la consecución de objetivos concretos de reducción de la siniestralidad y de desarrollo y/o difusión de buenas prácticas preventivas, siendo su ponderación de 2 puntos (20%).
- c) Carácter innovador, valor añadido y efecto multiplicador del proyecto, siendo su ponderación de 2 puntos (20%).



- d) Grado de participación de la empresa solicitante en la financiación del proyecto y ajuste del presupuesto a los medios descritos en las actividades a realizar, siendo su ponderación de 1,5 puntos (15%).
- e) Evolución de la siniestralidad en la empresa en los dos últimos años, siendo su ponderación de 1 punto (10%).

**ORDEN de 19 de mayo de 2006, por la que se modifica la Orden de 25 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por la contratación de personas para cuidado de un familiar**

El Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, estableció un conjunto de medidas en favor de las mismas desde una perspectiva integral. Su Disposición Adicional Tercera, establece que las iniciativas por él contenidas serán revisadas de forma continua adaptándolas, en caso necesario, a la realidad cambiante de las familias andaluzas. En cumplimiento de dicho mandato los Decretos 18/2003, de 4 de febrero, 7/2004, de 20 de enero, y 66/2005, de 8 de marzo, han venido a dar respuesta a la revisión y adaptación, actualizando y ampliando las medidas inicialmente incluidas en la precitada norma. En concreto, el Decreto 66/2005, de 8 de marzo, introdujo una nueva línea de ayudas por la que se incentiva la contratación de personas para la atención y cuidados de un familiar discapacitado o enfermo crónico que requiera una atención continuada. Dicha medida fue desarrollada por la Orden de 25 de julio de 2005. Transcurrido el primer cuatrienio de vigencia del Decreto 137/2002, mediante el Decreto 48/2006, de 1 de marzo, de ampliación y adaptación de medidas de apoyo a las familias andaluzas, se establecen nuevas medidas para atender las actuales demandas sociales, y se dota de vigencia indefinida a aquellas otras que se han revelado útiles y efectivas para atender las necesidades de las familias andaluzas.

Mediante la Orden comentada se procede a modificar la Orden de 25 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por la contratación de personas para cuidado de un familiar adaptándola a lo establecido por el citado Decreto 48/2006. En concreto, se modifica el artículo 2 de la Orden de 25 de julio de 2005, incluyendo como beneficiario de las ayudas el supuesto en el que la contratación la realiza la propia persona afectada, se incrementan los límites de ingresos de la unidad familiar en la que se inserta la persona beneficiaria y se incrementa la cuantía de las ayudas.

**ORDEN de 20 de marzo de 2006, por la que se convoca la concesión de subvenciones a las Universidades públicas andaluzas para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de los riesgos laborales para el año 2006**  
**BOJA núm. 70, de 12 de abril de 2006**

PREÁMBULO

La Consejería de Empleo, en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia laboral, atribuidas por el artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entre las que se encuentran la seguridad y la salud laboral, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, ha venido consolidando una política propia de prevención de los riesgos asociados al trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Formando parte de esta política, en el ámbito universitario se ha venido desarrollando un conjunto de acciones y actuaciones en materia de subvenciones encaminadas a promover un mejor conocimiento de la realidad preventiva laboral y a elevar el nivel de formación de las personas implicadas en la prevención de riesgos laborales.

Con estos objetivos se dictaron la Orden de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de 10 de junio de 2003 y la Orden de la Consejería de Empleo de 3 de mayo de 2004, por las que se regulan y convocan ayudas económicas a las Universidades andaluzas para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de riesgos laborales y, finalmente, la Orden de 19 de julio de 2005 que establece las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las Universidades públicas andaluzas, incorporando las modificaciones que se han producido en el régimen jurídico de las mismas a través de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en el Capítulo I, del Título III, de la Ley 3/2004,

de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Con el fin de seguir apoyando la formación e investigación en materia de prevención de riesgos laborales y dar continuidad a la colaboración con las Universidades andaluzas, mediante la presente Orden se procede a realizar la convocatoria para el año 2006, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9 de la referida Orden de 19 de julio de 2005.

En su virtud, a propuesta de la Directora General de Seguridad y Salud Laboral, y de conformidad con lo establecido en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Capítulo I del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, en relación con lo dispuesto en la referida Ley General de Subvenciones, el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, y de la Orden de 19 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las Universidades públicas andaluzas para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de riesgos laborales.

DISPONGO

Primero. Objeto.

1. Se convoca la concesión de subvenciones a las Universidades pú-

blicas andaluzas, por el procedimiento de concurrencia competitiva, para el desarrollo de actividades de formación, estudio e investigación relacionadas con la prevención de riesgos laborales correspondientes al año 2006.

2. Las solicitudes, concesión y disfrute de las subvenciones a las Universidades públicas andaluzas previstas en la presente Orden, se regularán mediante la Orden de la Consejería de Empleo de 19 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las Universidades públicas andaluzas para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de riesgos laborales (BOJA 159, de 17 de agosto) y demás normativa general de aplicación.

Segundo. Créditos presupuestarios. 1. Las subvenciones se concederán con cargo a los créditos presupuestarios del programa de la Consejería de Empleo: 310, prevención de riesgos laborales, en las siguientes aplicaciones presupuestarias:

a) Ejercicio 2006: 0.1.14.00.01.00.441.00.310.1.

b) Ejercicio 2007: 3.1.14.00.01.00.441.00.310.4.

2. La cuantía total estimada de las subvenciones a conceder en la presente convocatoria, dentro de las disponibilidades presupuestarias, será de 600.000 euros.

3. Las cuantías e intensidades máximas de las subvenciones a conceder por cada modalidad serán las siguientes:

a) Modalidad 1: Hasta el 25% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 30.000 euros.

b) Modalidad 2: Hasta el 40% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros.

c) Modalidad 3: Hasta el 75% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 12.000 euros.

Tercero. Modalidades y actividades subvencionables.

1. Las actividades susceptibles de subvención a través de la presente Orden deberán estar encuadradas en alguna de las modalidades previstas en el artículo 2 de la Orden de la Consejería de Empleo de 19 de julio de 2005 (BOJA número 159, de 17 de agosto).

2. Los proyectos o actividades formativas encuadrados en la modalidad 2 consistirán en cursos de profundización sobre las materias establecidas en el Anexo VI del R.D. 39/1997, de 17 de enero, del Reglamento de los Servicios de Prevención.

3. Los proyectos encuadrados en la modalidad 3 deberán ajustarse a alguno de los siguientes temas:

a) Técnicas, procedimientos y métodos de trabajo seguros en los sectores de la agricultura y /o construcción.

b) Radiaciones no ionizantes: Métodos de medidas de campos eléctricos y magnéticos.

c) Radiaciones ionizantes: Evaluación y factores de riesgos.

d) Metodologías y procedimientos de evaluación y prevención de riesgos biológicos o cancerígenos.

e) Indicadores biológicos de exposición a agentes químicos.

f) Estudio de los factores de riesgos ergonómicos y /o psicosociales en la siniestralidad laboral.

g) Inmigración y salud laboral.

h) Normalización y prevención de riesgos laborales.

i) Síndrome neurológico por exposición a disolventes orgánicos.

j) Enfermedades profesionales en el ámbito andaluz.

k) Prevención y medio ambiente.

l) Salud laboral y cuestiones de género.

m) Riesgos emergentes.

n) Trabajo autónomo y prevención de riesgos laborales.

Cuarto. Requisitos de las actividades o proyectos subvencionables.

Además de los requisitos establecidos con carácter general en el artículo 3 de la Orden de la Consejería de Empleo de 19 de julio de 2005 (BOJA número 159, de 17 de agosto), por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las Universidades públicas andaluzas, las actividades subvencionables se ajustarán a los siguientes:

1. El número máximo de actividades o proyectos a subvencionar para cada modalidad por cada Universidad será:

- a) Modalidad 1: Sin límite.
- b) Modalidad 2: Sin límite.
- c) Modalidad 3: 1 proyecto en cada apartado.

2. Se considerarán actividades subvencionables las iniciadas dentro del año 2006 y finalizadas en los plazos máximos de ejecución que a continuación se indican:

- a) Modalidades 1 y 3: 15 meses.
- b) Modalidad 2: 6 meses.

3. El importe máximo de los gastos de dirección y /o coordinación del personal docente considerado como subvencionable, conforme a la previsión del artículo 5 de la Orden reguladora, queda establecido para la presente convocatoria en 3.000 euros.

4. La financiación de las actividades o proyectos subvencionables con recursos económicos propios ajenos a la ayuda prestada por la Junta de Andalucía se ajustarán a los porcentajes mínimos que por cada modalidad se indican:

- a) Modalidad 1: 75%.
- b) Modalidad 2: 60%.
- c) Modalidad 3: 25%.

Quinto. Plazo y lugar de presentación de solicitudes.

1. Conforme a la previsión del artículo 12 de la Orden de la Consejería de Empleo de 19 de julio de 2005

(BOJA número 159, de 17 de agosto), por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las Universidades públicas andaluzas, el plazo de presentación de solicitudes será de 30 días naturales a partir del día siguiente al de publicación de la presente Orden de convocatoria en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

No serán admitidas a trámite las solicitudes que se presenten fuera del plazo establecido en el párrafo anterior.

2. Las solicitudes se presentarán por duplicado, una por cada actividad o proyecto, preferentemente en el Registro General de la Consejería de Empleo, sin perjuicio de que también puedan presentarse en los registros de los demás órganos y en las oficinas que correspondan, de conformidad con los artículos 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 51.2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

3. Los interesados podrán acceder y confeccionar la solicitud en la página web de la Consejería de Empleo [www.juntadeandalucia.es/empleo](http://www.juntadeandalucia.es/empleo).

Sexto. Requisitos de los beneficiarios.

Las Universidades públicas andaluzas para resultar beneficiarias de las subvenciones objeto de esta Orden de convocatoria deberán cumplir los requisitos establecidos en el artículo 7 de la citada Orden reguladora de 19 de julio de 2005 (BOJA número 159, de 17 de agosto), debiendo acreditar cada uno de los extremos allí contemplados en la forma prevista en el artículo 11 de la misma.

Séptimo. Habilitación.

Se faculta a la Directora General de Seguridad y Salud Laboral para llevar acabo cuantas actuaciones sean

necesarias para la ejecución y aplicación de la presente Orden.

Sevilla, 20 de marzo de 2006

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo

**ORDEN de 20 de marzo de 2006, por la que se convoca la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de los riesgos laborales para el año 2006**  
**BOJA núm. 70, de 12 de abril de 2006**

PREÁMBULO

La Consejería de Empleo, en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia laboral, atribuidas por el artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entre las que se encuentran la seguridad y la salud laboral, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha venido consolidando una política propia de prevención de los riesgos asociados al trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Formando parte de esta política, en el ámbito de los Colegios Profesionales andaluces, se ha venido desarrollando un conjunto de acciones y actuaciones en materia de subvenciones encaminadas a promover un mejor conocimiento de la realidad preventiva laboral y a elevar el nivel de formación de las personas implicadas en la prevención de riesgos laborales.

Con estos objetivos se dictaron la Orden de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, de 10 de junio de 2003, y la Orden de la Consejería de Empleo, de 3 de mayo de 2004, por las que se regulan y convocan ayudas económicas a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de riesgos laborales y, finalmente, la Or-

den de 19 de julio de 2005 que establece las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, incorporando las modificaciones que se han producido en el régimen jurídico de las mismas a través de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en el Capítulo I, del Título III, de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Con el fin de seguir apoyando la formación e investigación en materia de prevención de riesgos laborales y dar continuidad a la colaboración con los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, mediante la presente Orden se procede a realizar la convocatoria para el año 2006, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9 de la referida Orden de 19 de julio de 2005.

En su virtud, a propuesta de la Directora General de Seguridad y Salud Laboral, y de conformidad con lo establecido en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Capítulo I del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras en relación con lo dispuesto en la referida Ley General de Subvenciones, el Reglamen-

to por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, y de la Orden de 19 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de riesgos laborales.

#### DISPONGO

##### Primero. Objeto.

1. Se convoca la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por el procedimiento de concurrencia competitiva, para el desarrollo de actividades de formación, estudio e investigación relacionadas con la prevención de riesgos laborales correspondientes al año 2006.

2. Las solicitudes, concesión y disfrute de las subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía previstas en la presente Orden se regularán mediante la Orden de la Consejería de Empleo de 19 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de riesgos laborales (BOJA número 159, de 17 de agosto) y demás normativa general de aplicación.

Segundo. Créditos presupuestarios.

1. Las subvenciones se concederán con cargo a los créditos presupuestarios del programa de la Consejería de Empleo: 310, prevención de riesgos la-

borales, en las siguientes aplicaciones presupuestarias:

a) Ejercicio 2006: 0.1.14.00.01.00.483.02.31O.1

b) Ejercicio 2007: 3.1.14.00.01.00.483.02.31O.4

2. La cuantía total estimada de las subvenciones a conceder en la presente convocatoria, dentro de las disponibilidades presupuestarias, será de 500.000 euros.

3. Las cuantías e intensidades máximas de las subvenciones a conceder por cada modalidad serán las siguientes:

a) Modalidad 1: Hasta el 50% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros.

b) Modalidad 2: Hasta el 60% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 12.000 euros.

Tercero. Modalidades y actividades subvencionables.

1. Las actividades susceptibles de subvención a través de la presente Orden deberán estar encuadradas en alguna de las modalidades previstas en el artículo 2 de la Orden de la Consejería de Empleo de 19 de julio de 2005, BOJA número 159, de 17 de agosto.

2. Los proyectos encuadrados en la modalidad 2 deberán ajustarse a alguno de los siguientes temas:

a) Estudios sobre las causas de los accidentes laborales y enfermedades profesionales en los sectores de agricultura, pesca y construcción.

b) Técnicas, procedimientos y métodos de trabajo seguros dirigidos al fomento de la cultura preventiva.

c) Estudios relativos a la prevención del riesgo eléctrico.

d) Propuesta metodológica para la elaboración de un inventario de edificios con amianto en Andalucía.

e) Estudio sobre los factores de riesgo ergonómicos y psicosociales en la siniestralidad laboral.

f) La detección e intermediación en los conflictos interpersonales tipo mobbing: modelo organizativo y características de las actuaciones.

g) Métodos de evaluación de la carga mental en puestos de trabajo específicos.

h) Modalidades de empleo y las condiciones de trabajo de los mayores de 45 años en Andalucía.

i) Estudios provincializados sobre la evaluación de las condiciones de trabajo de la población inmigrante en Andalucía.

j) Métodos de evaluación y control de agentes biológicos en los lugares de trabajo.

k) Calidad de aire interior: legionelosis.

l) Incidencia y repercusiones de las zoonosis en Andalucía.

m) Estudios sobre las condiciones de trabajo de la mujer.

Cuarto. Requisitos de las actividades o proyectos subvencionables.

Además de los requisitos establecidos con carácter general en el artículo 3 de la Orden de la Consejería de Empleo de 19 de julio de 2005 (BOJA número 159, de 17 de agosto), por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las actividades subvencionables se ajustarán a los siguientes:

1. Se considerarán actividades subvencionables las iniciadas dentro del año 2006 y finalizadas en el plazo máximo de ejecución de 6 meses.

2. El importe máximo de los gastos de dirección y /o coordinación del personal docente considerado como subvencionable, conforme a la previsión del artículo 5 de la Orden reguladora, queda establecido para la presente convocatoria en 3.000 euros.

3. La financiación de las actividades o proyectos subvencionables con

recursos económicos propios, ajenos a la ayuda prestada por la Junta de Andalucía, se ajustarán a los porcentajes mínimos que por cada modalidad se indican:

a) Modalidad 1: 50%.

b) Modalidad 2: 40%.

Quinto. Plazo y lugar de presentación de solicitudes.

1. Conforme a la previsión del artículo 12 de la Orden de la Consejería de Empleo de 19 de julio de 2005 (BOJA número 159, de 17 de agosto), por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el plazo de presentación de solicitudes será de 30 días naturales a partir del día siguiente al de publicación de la presente Orden de convocatoria en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

No serán admitidas a trámite las solicitudes que se presenten fuera del plazo establecido en el párrafo anterior.

2. Las solicitudes se presentarán por duplicado, una por cada actividad o proyecto, preferentemente en el Registro General de la Consejería de Empleo, sin perjuicio de que también puedan presentarse en los registros de los demás órganos y en las oficinas que correspondan, de conformidad con los artículos 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 51.2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

3. Los interesados podrán acceder y confeccionar la solicitud en la página web de la Consejería de Empleo [www.juntadeandalucia.es/empleo](http://www.juntadeandalucia.es/empleo).

Sexto. Requisitos de los beneficiarios.

Los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía

para resultar beneficiarios de las subvenciones objeto de esta Orden de convocatoria deberán cumplir los requisitos establecidos en el artículo 7 de la citada Orden reguladora de 19 de julio de 2005 (BOJA número 159, de 17 de agosto), debiendo acreditar cada uno de los extremos allí contemplados en la forma prevista en el artículo 11 de la misma.

Séptimo. Habilitación.

Se faculta a la Directora General de Seguridad y Salud Laboral para llevar acabo cuantas actuaciones sean necesarias para la ejecución y aplicación de la presente Orden.

Sevilla, 20 de marzo de 2006

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo

**ORDEN de 8 de mayo de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) del sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales**  
**BOJA núm. 106, de 5 de junio de 2006**

La Consejería de Empleo, en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia laboral, atribuidas por el artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entre las que se encuentran la seguridad y la salud laboral, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha venido consolidando una política propia de prevención de los riesgos asociados al trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En la ejecución de esta política, dirigida básicamente a la población laboral andaluza, ha tenido un papel primordial la realización de actividades de fomento tendentes a la mejora de las condiciones de trabajo, la reducción de los riesgos laborales y la promoción de estructuras eficaces de prevención en las pequeñas y medianas empresas. Estas actuaciones, han contado con el apoyo y colaboración de las organizaciones empresariales y sindicales.

Por otra parte, el Parlamento de Andalucía, en el Dictamen de la Comi-

sión de Empleo y Desarrollo Tecnológico 6-01/ DEC 000001, relativo a la siniestralidad laboral, insta a la entonces Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico para que adopte las medidas oportunas que permitan tratar singularmente la problemática del sector de la construcción en Andalucía dentro de un Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales, dadas sus peculiaridades, ritmo incesante de crecimiento e índices de siniestralidad registrados.

En cumplimiento de este mandato, el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, fruto del acuerdo de los Agentes Económicos y Sociales y el Gobierno Andaluz, aprobado por Decreto 313/2003, de 11 de noviembre, (BOJA núm. 22, de 3 de febrero de 2004), ha prestado especial atención al sector de la construcción a través de diversas acciones, entre las que se incluyen, la vigilancia de lo exigido en el Real Decreto 1627/1997 de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción y en el Real Decreto

1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo. Este objetivo es asumido por el VI Acuerdo de Concertación Social, firmado el 25 de enero de 2005, actualmente vigente, que entre sus acciones específicas en materia de seguridad y salud laboral, propone incentivar la generación y difusión de buenas prácticas preventivas en operacionales y /o actividades concretas, especialmente en las PYMES.

Como objetivo estratégico, el Plan contempla el desarrollo de programas específicos sectoriales que incluyen acciones permanentes sobre las empresas de mayor siniestralidad, tal es el caso de las pertenecientes al sector de la construcción, tanto en el plano técnico y de vigilancia del cumplimiento de la normativa de seguridad y salud vigente; como en el de establecimiento de líneas específicas de ayudas a las empresas para facilitar la incorporación de medidas preventivas.

En tal sentido, y en desarrollo del referido Plan, se ha considerado conveniente establecer un programa de subvenciones específico con esta finalidad, dirigido a promover la mejora de las condiciones de trabajo y a garantizar la seguridad de los trabajadores, especialmente en las micro y pequeñas empresas del sector de la construcción, mediante el apoyo a proyectos de inversión destinados a la incorporación de medios auxiliares de obra y otros equipos de trabajo que cumplan con los requisitos técnicos de seguridad establecidos en la normativa de esta materia.

Las ayudas reguladas en la presente Orden tienen la consideración de mínimos de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) 69/2001, de la Comisión de 12 de enero de 2001,

relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de mínimos (DOCE número L10 de 13 de enero de 2001).

La presente Orden incorpora las modificaciones que se han producido en el régimen jurídico de las subvenciones, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en el Capítulo I del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

A este respecto, de conformidad con el artículo 9.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, anteriormente citada, esta Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a empresas del sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en equipos y medios auxiliares de obra dirigidos al control de los riesgos laborales.

En su virtud, a propuesta de la Directora General de Seguridad y Salud Laboral y de conformidad con lo establecido en el artículo 107 de la Ley 5/1983 de 19 de julio General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con el artículo 9.2 y 3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, el artículo 7.4 del Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, el Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril, sobre reestructuración de Consejerías, y el Decreto 203/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo.

## DISPONGO

**Artículo 1.º Objeto.**—1. La presente Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) pertenecientes al sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales.

2. Las subvenciones se concederán con cargo al programa presupuestario 3.1.0, Prevención de Riesgos Laborales, de la Consejería de Empleo.

3. La concesión estará limitada por las disponibilidades presupuestarias existentes del ejercicio en que se realice la convocatoria.

4. Podrán adquirirse compromisos de carácter plurianual en las condiciones previstas en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y norma de desarrollo.

**Art. 2.º Modalidades, conceptos subvencionables y cuantía de las subvenciones.**—1. Los proyectos susceptibles de subvención a través de la presente Orden deberán estar encuadrados en las siguientes modalidades:

a) Modalidad 1 (M1): Proyectos dirigidos al establecimiento de la estructura preventiva especializada de la empresa y a facilitar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, que incluyan algunas de las siguientes actividades:

1.ª Elaboración de Programas de actuación específicos en Prevención de Riesgos Laborales.

2.ª Diseño, implantación y certificación de Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud Laboral.

3.ª Implantación del Plan de Prevención de Riesgos Laborales.

4.ª Primer establecimiento de Servicios de Prevención Mancomunados.

5.ª Formación especializada preventiva que facilite la designación y el desarrollo de sus competencias a los Delegados de Prevención.

6.ª Realización de auditorías reglamentarias y diagnósticos preventivos.

7.ª Desarrollo de planes de formación específica para los trabajadores adaptados al puesto de trabajo.

8.ª Asesoramiento para la realización de estudios de adecuación de equipos de trabajo.

9.ª Realización de estudios ergonómicos y psicosociales.

Tendrán la consideración de conceptos subvencionables en la Modalidad 1 (M1), los gastos de asistencia técnica prestada por Servicios de Prevención Ajenos u otras entidades especializadas asociados a la ejecución de las actividades preventivas especificadas.

b) Modalidad 2 (M2): Proyectos que contemplen inversiones para la sustitución de andamios de trabajo antiguos o defectuosos por sistemas de andamios modulares, fabricados bajo normativa europea y certificados conforme a los requisitos de las normas UNE 76502: 1990 (HD-1000: 1988) o UNE EN 12810-1: 2003. Tendrán la consideración de conceptos subvencionables los costes de adquisición e instalación de los andamios especificados.

c) Modalidad 3 (M3): Proyectos destinados a la adquisición y renovación de equipos y maquinaria auxiliar de obra, tales como sistemas y equipos para la entibación de zanjas, andamios motorizados, cuadros eléctricos móviles, pequeñas hormigoneras, sierras circular de mesa, cortadoras de material cerámico y pequeños equipos para elevación de cargas; que cumplan con los requisitos y directrices del vigente Reglamento Electrotécnico de

Baja Tensión y las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo. Tendrán la consideración de conceptos subvencionables los costes de adquisición de la maquinaria y equipos anteriormente relacionados.

d) Modalidad 4 (M4): Proyectos innovadores de diseño y desarrollo de protecciones colectivas y métodos de trabajo seguros para la prevención de accidentes en trabajos de altura y de atrapamiento en zanjas; así como de intercambio de buenas prácticas preventivas que contribuyan de forma significativa a la mejora de la seguridad y la salud laboral en las empresas del sector. Se considerarán conceptos subvencionables en esta modalidad los siguientes:

1.º Gastos externos asociados a proyectos de I+D+I dirigidos a la reducción de accidentes y a la mejora de las condiciones de trabajo.

2.º Gastos de asistencia técnica de Servicios de Prevención Ajenos y de entidades especializadas, asociados al desarrollo de proyectos innovadores que se orienten al control de riesgos en trabajos de altura y de atrapamiento en zanjas.

3.º Gastos de contratación de Técnicos Superiores e Intermedios de Prevención o de Técnicos Superiores de Prevención de Riesgos Profesionales para el desarrollo de proyectos innovadores de buenas prácticas preventivas.

4.º Gastos de infraestructura, bienes de equipo e instalaciones necesarias para el desarrollo de proyectos de I+D+I y de buenas prácticas preventivas dirigidas al control de riesgos en el sector.

5.º Otros gastos asociados a:

— Actividades de acceso a la información sobre buenas prácticas en materia de seguridad y salud.

— Campañas de información-sensibilización, fomento de la participación de los trabajadores y /o de sus representantes en el ámbito de la prevención.

— Desarrollo de redes micro y pequeñas empresas que compartan experiencias preventivas.

— Gastos de difusión de buenas prácticas preventivas.

2. El número máximo de proyectos a subvencionar por modalidad se podrá limitar en cada Orden de convocatoria.

3. El importe de la ayuda a conceder no podrá exceder, en ningún caso, para cada proyecto o actividad los porcentajes máximos sobre el presupuesto aceptado, que se indican en la siguiente tabla:

MODALIDAD MÁXIMA	CUANTÍA	PORCENTAJE
M1	6.000 euros	40%
M2	18.000 euros	45%
M3	18.000 euros	45%
M4	18.000 euros	50%

Asimismo el importe de la ayuda no podrá superar en ningún caso las cuantías fijadas.

4. No se considerarán susceptibles de subvención las inversiones efectuadas bajo la fórmula de arrendamiento financiero (leasing), el alquiler por obra o figuras similares, el IVA satisfecho por la adquisición de bienes o servicios facturados y , en general, cualquier tasa o impuesto.

5. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 12.000 euros en el supuesto de suministro de bienes de equipo o prestación de servicios por empresas de consultoría o asistencia técnica, el be-

neficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la entrega del bien, salvo que por las especiales características de los gastos subvencionables no exista en el mercado suficiente número de entidades que lo suministren o presten, o salvo que el gasto se hubiera realizado con anterioridad a la solicitud de la subvención. La elección entre ofertas presentadas, que deberán aportarse en la justificación, o, en su caso, en la solicitud de la subvención, se realizará conforme a criterios de eficiencia y economía, debiendo justificarse expresamente en una memoria la elección cuando no recaiga en la propuesta económica más ventajosa.

6. Los bienes que hayan sido objeto de subvención deberán mantenerse y dedicarse a los fines previstos en la solicitud y en la concesión, durante un período, como mínimo, de 5 años, a contar desde la fecha de la concesión, en caso de bienes inscribibles en un registro público.

**Art. 3.º** *Requisitos de las actividades o proyectos subvencionables.*—

1. Las actividades o proyectos susceptibles de subvención deberán reunir, con carácter general, los siguientes requisitos:

a) Estar integrados en la actividad preventiva de la empresa, por lo que éstas deberán acreditar que disponen de un sistema de organización y gestión de la prevención, conforme a lo establecido en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) y en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, modificada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. Para ello deberán aportar docu-

mentación relativa al modelo adoptado de organización de la actividad preventiva en cualquiera de las modalidades establecidas en el RSP.

b) Ser considerados viables desde el punto de vista técnico, económico y financiero.

c) Ajustarse a los plazos máximos de ejecución de los proyectos o actividades, que se establezcan en cada Orden de convocatoria.

2. Los proyectos acogidos a las Modalidades 2 y 3 no podrán estar iniciados antes de la fecha de solicitud de la ayuda.

Los proyectos de Modalidades 1 y 4 podrán estar iniciados antes de la fecha de la solicitud de ayuda. En este supuesto será imprescindible aportar información suficiente sobre las actividades realizadas y las que se proponen como continuación. En todo caso, sólo se financiarán los gastos ocasionados por aquellas actividades y proyectos realizados en los centros de trabajo especificados en el apartado 1 del artículo 5.

Sólo podrán financiarse, en todo caso, los gastos originados con posterioridad a la fecha de la solicitud de la subvención.

3. Los proyectos de Modalidad 2 deberán contemplar en su presupuesto básicamente conceptos de inversión en la adquisición de sistemas de andamios modulares, y los que, en su caso, puedan derivarse de su instalación. Los proyectos acogidos a las Modalidades 1 y 4 podrán contemplar junto a conceptos de inversión otros conceptos de inversión otros conceptos de gasto corriente.

4. Los proyectos de Modalidad 2 deben contemplar necesariamente el compromiso de achatarramiento de los andamios defectuosos que van a ser sustituidos por no ajustarse a los requisitos de seguridad de las normas UNE anteriormente especificadas, por un equivalente en m<sup>2</sup> de sistemas de an-

damos modulares certificados objeto de la solicitud de subvención.

5. Los Servicios de Prevención Ajenos intervinientes deberán haber sido acreditados por la Autoridad Laboral en fase definitiva para desarrollar la actividad preventiva en la provincia donde se ubique el centro de trabajo de la empresa solicitante, al menos en tres especialidades preventivas de entre las de Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicosociología Aplicada y Medicina del Trabajo.

**Art. 4.º Financiación de las actividades subvencionables.**—1. La aportación con fondos propios al proyecto o actividad subvencionada, sobre el presupuesto aceptado, libre de toda ayuda, será equivalente como mínimo a un 60% para la modalidad 1, un 55% para las modalidades 2 y 3 y el 50% para la modalidad 4. Esta aportación habrá de acreditarse en la cuenta justificativa de la subvención, conforme al artículo 30 de la Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

2. El importe de las subvenciones en ningún caso podrá ser de tal cuantía que aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada.

3. El importe de las subvenciones concedidas en el marco de la presente Orden no podrá ser de tal cuantía que la ayuda recibida por el beneficiario en concurrencia con otras subvenciones o ayudas, que tengan la consideración de mínimis, supere los 100.000 euros durante un período de tres años contados a partir de la primera ayuda de mínimis recibida, de conformidad con lo establecido en el Reglamento (CE) 69/2001 de la Comisión Europea.

**Art. 5.º Beneficiarios.**—1. Tendrán la consideración de beneficiarios a los efectos de la presente Orden to-

das las personas físicas o jurídicas que tengan legalmente constituidas empresas, pertenecientes al sector de la construcción, que ocupen trabajadores por cuenta ajena en los términos definidos por el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores en el momento de la presentación de la solicitud, que lleven acabo actividades o proyectos encuadrados en las modalidades que se definen en el artículo 2 de la presente Orden, que repercutan en centros de trabajo radicados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía y que cumpliendo los requisitos que se especifican en el apartado 3 de este artículo, reúnan las siguientes características:

a) Modalidades 1, 2 y 3: Microempresas y pequeñas empresas encuadradas en el sector construcción según el Real Decreto 1560/1992 que aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-1993 :45).

b) Modalidad 4: Microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) encuadradas en el sector construcción según el Real Decreto 1560/1992, de 18 de diciembre, que aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-1993: 45).

c) En todo caso, sólo se financiarán los gastos ocasionados por aquellas actividades y proyectos realizados en los centros de trabajo especificados en el apartado 1 de este precepto.

2. A los efectos de esta Orden, se considerará microempresa, pequeña y mediana empresa (PYME), la que se ajuste a la definición que en cada momento establezca la Unión Europea. Actualmente han de considerarse como tales, de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas:

a) Microempresa: empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo

volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

b) Pequeña empresa: aquella que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.

c) Microempresa, pequeña y mediana empresa (PYME): esta categoría está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

3. Para ser beneficiarias de las subvenciones reguladas en esta Orden las empresas incluidas en los dos apartados anteriores deberán tener su domicilio social y fiscal en Andalucía y los beneficios que se le reconozcan revertirán en centros de trabajo ubicados en el ámbito geográfico andaluz. En todo caso, sólo se financiarán los gastos ocasionados por aquellas actividades y proyectos realizados en los centros de trabajo especificados en el apartado 1 de este precepto.

4. No podrán obtener la condición de beneficiario de las subvenciones reguladas en las presentes bases las personas o entidades 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 declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 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 declarados

culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos 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 (BOJA número 74, de 18 de abril), de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, 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 o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, y ser deudores, en período ejecutivo, de la Comunidad Autónoma de Andalucía por cualquier otro ingreso de Derecho Público. La acreditación de dicha circunstancia constituye una obligación del beneficiario que deberá cumplir, con anterioridad a la propuesta de resolución de concesión, en la forma prevista en el artículo 8 de la presente Orden.

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 subvenciones.

h) Haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según la Ley General de Subvenciones o la Ley General Tributaria.

i) Haber sido condenado por sentencia judicial firme o resolución administrativa por prácticas de discriminación laboral o en materia de género.

**Art. 6.º Procedimiento de concesión.**—1. El procedimiento de concesión se tramitará en régimen de concurrencia competitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y 31.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2. La concesión de estas subvenciones se realizará mediante la comparación de las solicitudes presentadas a fin de establecer una prelación entre las mismas, de acuerdo con los criterios objetivos fijados en el artículo 11 de esta Orden y en la convocatoria, y adjudicar, con las condiciones fijadas en el artículo 4 de esta Orden, dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios.

3. Los actos que deban notificarse de forma conjunta a todos los interesados y, en particular, los requerimientos de subsanación y los de resolución del procedimiento se publicarán en los tabloneros de anuncios de la Consejería de Empleo y sus Delegaciones Provinciales con indicación de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran que presentarse y plazo para interponerlos; sustituyendo dicha publicación a la notificación personal y surtiendo sus mismos efectos.

Asimismo se publicará simultáneamente en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía un extracto del contenido de la resolución o acto, indicando los tabloneros donde se encuentra expuesto su contenido íntegro y, en su caso, el plazo, que se computará a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la publicación en dicho Boletín Oficial.

4. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los actos correspondientes al trámite de audiencia a los interesados, que se realizarán mediante la notificación personal. Los efectos del referido trámite se producirán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar esta notificación.

**Art. 7.º Convocatorias.**—1. La convocatoria de subvenciones se efectuará, preferentemente con periodicidad anual, teniendo en cuenta las disponibilidades presupuestarias mediante la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de una Orden de la Consejería de Empleo, y en los tabloneros de anuncios de la citada Consejería y sus Delegaciones Provinciales.

2. La convocatoria habrá de especificar la aplicación de la presente Orden a la concesión y disfrute de las subvenciones, como normativa específica reguladora de las mismas, sin perjuicio de la aplicación de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Asimismo contendrá los siguientes extremos:

a) El Boletín Oficial de la Junta de Andalucía en el que se publicaron las bases reguladoras y el tablón de anuncios o medios de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones.

b) Los créditos presupuestarios a los que se imputa la subvención y cuantía total máxima de las subvenciones convocadas dentro de los créditos disponibles o, en su defecto, cuantía estimada de las subvenciones.

c) Objeto y modalidad de la concesión de las subvenciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de esta Orden.

d) Número máximo de actividades o proyectos a subvencionar por cada empresa, si procede.

e) Plazo de presentación de solicitudes.

f) Requisitos exigidos a los beneficiarios conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de esta Orden y forma de acreditarlos.

g) Determinaciones que deban especificarse en la convocatoria del ejercicio en cumplimiento de lo que establece la Ley de Presupuesto de la Comunidad Autónoma u otras disposiciones de aplicación, así como aquellas otras que se considere necesario especificar.

h) El acceso a la dirección de la página Web donde se podrá obtener y confeccionar la solicitud.

**Art. 8.º Solicitudes y documentación.**—1. Las solicitudes de subvención reguladas en la presente Orden, se presentarán por duplicado, dirigidas al titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo de la provincia en que se vaya a realizar el proyecto o actividad, y deberán ajustarse al modelo que figura en el Anexo I. Los modelos de solicitud se podrán obtener y confeccionar en la página web de la Consejería de Empleo, en la dirección [www.juntadeandalucia.es/empleo](http://www.juntadeandalucia.es/empleo). Igualmente estarán a disposición de los interesados en los Servicios Centrales de la citada Consejería y en sus Delegaciones Provinciales.

2. Cada empresa presentará una solicitud por cada proyecto.

3. Las solicitudes irán acompañadas de la siguiente documentación:

a) Memoria descriptiva, debidamente cumplimentada, conforme al modelo que figura como Anexo II de la presente Orden.

b) Documentación acreditativa de la personalidad del solicitante:

— Cuando se trate de persona física: DNI y Tarjeta de Identificación Fiscal (NIF) o alta en licencia fiscal.

— Tratándose de persona jurídica, Código de Identificación Fiscal (CIF).

c) Razón social o denominación completa. Estatutos y escrituras de constitución, modificación o transformación de la entidad, debidamente inscrita en su caso, en el Registro Mercantil o en el Registro Público correspondiente.

d) En el supuesto que se actúe por representación: Documento Nacional de Identidad de la persona que formule la solicitud en representación de la empresa. Poder de representación con el que actúa el representante bastantado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

e) Declaración expresa responsable de no estar incurso en los supuestos de prohibición para ser beneficiario, establecidos en el artículo 5 de esta Orden, acreditados cumplimentando el espacio previsto al efecto en el Anexo I de esta Orden.

f) Certificado de la Tesorería General de la Seguridad Social acreditativo del cumplimiento por el beneficiario de sus obligaciones frente a la Seguridad Social.

g) Documentos de cotización a la Seguridad Social TC-2 de los tres meses anteriores a la solicitud.

h) Declaración expresa responsable, sobre concesión o solicitud de otras ayudas para la misma finalidad procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales, acreditada cumplimentando el espacio previsto al efecto en el Anexo I de esta Orden.

i) Declaración del responsable de la empresa de que la entidad no ha recibido ayuda de mínimos de cualquier naturaleza o forma y finalidad conforme al Reglamento (CE) 69/2001 de la Comisión Europea (DOCE número L 10 de enero de 2001) o, en su caso, de que ha recibido ayudas de mínimos, en los últimos tres años, que en concurrencia con la subvención solicitada, en

base a la presente Orden, no superan los 100.000 euros, indicando la fecha de la concesión, la entidad concedente y los importes.

j) Declaración expresa responsable relativa al mantenimiento y la dedicación a los fines previstos en la solicitud en la empresa de los bienes que serán objeto de subvención, durante un período, como mínimo, de 5 años, a contar desde la fecha de la concesión.

k) En relación con el modelo de organización de la actividad preventiva adoptado por el empresario, conforme al artículo 30 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, deberá facilitar una declaración responsable indicativa de la forma o formas elegida.

l) Presupuesto del Servicio de Prevención Ajeno actuante, en los proyectos de las Modalidades 1 y 4.

m) Presupuesto de otras Entidades actuantes, en los proyectos de las Modalidades 1 y 4, con explicación detallada sobre sus medios técnicos y especialización en el ámbito del proyecto.

n) Proyecto de constitución del Servicio de Prevención Mancomunado con explicación detallada de los medios materiales y humanos previstos para el mismo, localización geográfica, sector productivo, relación de empresas participantes, así como presupuesto asignado a la empresa solicitante, para proyectos encuadrados en la modalidad M1 4.<sup>a</sup>

o) Factura proforma extendida por la entidad suministradora relativa a los bienes o equipos objeto de la solicitud, así como certificación acreditativa de su seguridad, conforme a la normativa que les sea de aplicación.

p) Aquellos otros documentos o declaraciones que se exijan en cada Orden de convocatoria con la finalidad de acreditar los requisitos relativos a la condición de beneficiario, así como los

establecidos en cada Orden de convocatoria en cumplimiento de la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma u otra disposición de aplicación.

4. La documentación a la que se refiere este artículo deberá presentarse en documento original o fotocopia debidamente compulsada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a excepción de las declaraciones responsables, que deberán presentarse, en todo caso, en documento original. En este último supuesto, el solicitante asume el compromiso de presentar dichos documentos a requerimiento del órgano competente.

5. La presentación de la solicitud por parte del interesado conllevará la autorización al órgano gestor para recabar los certificados a emitir por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía que acrediten la circunstancia de hallarse al corriente de los extremos señalados en la letra e) del apartado 4 del artículo 5 de la presente Orden.

**Art. 9.º Plazo y lugar de presentación de las solicitudes.**—1. El plazo de presentación de solicitudes será de sesenta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de la Orden de convocatoria.

2. No serán admitidas a trámite las solicitudes que se presenten fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, resolviéndose la inadmisión de las mismas, que deberá ser notificada a los interesados en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta Resolución será dictada por el titular de la Delegación Provin-

cial de la Consejería de Empleo correspondiente, por delegación del Consejero de Empleo.

3. Las solicitudes se presentarán individualizadas, una por cada proyecto, y por duplicado, en el Registro de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo de la provincia en que se vaya a realizar el proyecto o actividad, así como en los registros auxiliares de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico, sin perjuicio de que también puedan presentarse en los registros de los demás órganos y en las oficinas que correspondan, de conformidad con lo establecido en los artículos 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 51.2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Asimismo se podrán presentar en el Registro Telemático Único de la Administración de la Junta de Andalucía, a través del acceso a la dirección [www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/oficinavirtual/oficinavirtual.php](http://www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/oficinavirtual/oficinavirtual.php). Para utilizar este medio de presentación, los interesados deberán disponer del certificado reconocido de usuario X509, clase 2v3, expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, de acuerdo con lo previsto en 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).

**Art. 10. Subsanción de las solicitudes.**—Si la solicitud no reuniera los requisitos exigidos o no se acompañasen los documentos preceptivos, la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, a través del Centro de Prevención de Riesgos Laborales, reque-

rirá al interesado para que en el plazo de diez días hábiles subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con la indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta Resolución será dictada por el titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, por delegación del Consejero de Empleo.

**Art. 11. Criterios objetivos para la concesión de la subvención.**—1. Las solicitudes serán evaluadas y seleccionadas de acuerdo con los criterios objetivos y los porcentajes de ponderación que se enumeran a continuación:

a) Calidad, detalle y coherencia del proyecto, siendo su ponderación de 3,5 puntos (35%).

b) Adecuación de la propuesta a la consecución de objetivos concretos de reducción de la siniestralidad y de desarrollo y/o difusión de buenas prácticas preventivas, siendo su ponderación de 2 puntos (20%).

c) Carácter innovador, valor añadido y efecto multiplicador de los resultados del proyecto, siendo su ponderación de 2 puntos (20%).

d) Grado de participación de la empresa solicitante en la financiación del proyecto y ajuste del presupuesto a los medios descritos en las actividades a realizar, siendo su ponderación de 1,5 puntos (15%).

e) Evolución de la siniestralidad en la empresa en los dos últimos años, siendo su ponderación de 1 punto (10%).

2. No se valorarán aquellos méritos no alegados en el plazo de presentación de solicitudes, los que no estén acreditados documentalmente y

los que no se ajusten a los criterios de valoración.

**Art. 12. Tramitación.**—1. El órgano competente para la instrucción del procedimiento de concesión de estas subvenciones es la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo de la provincia en que se vaya a realizar el proyecto o actividad, a través del Centro de Prevención de Riesgos Laborales, quien realizará de oficio cuantas actuaciones estime necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. La Delegación Provincial de la Consejería de Empleo correspondiente, a través del Centro de Prevención de Riesgos Laborales, procederá al examen de las solicitudes y documentación presentadas, a cuyos efectos podrá solicitar una ampliación de la información relativa a la actividad o bien recabar la presencia y /o informe de expertos. La documentación complementaria deberá ser aportada en el plazo de diez días hábiles, según lo previsto en el artículo 76 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Comprobada y completada, en su caso, la documentación, el Centro de Prevención de Riesgos Laborales correspondiente procederá a la emisión de un informe técnico, evaluando el grado de interés del proyecto desde el punto de vista preventivo, de acuerdo con los requisitos y criterios objetivos establecidos en el artículo 11 de la presente Orden.

4. Una Comisión de Valoración evaluará y seleccionará las solicitudes conforme a los criterios objetivos de concesión, y la ponderación estableci-

dos en el artículo 11 de esta Orden y definirá la cuantía de la subvención a otorgar, elevando al órgano concedente una propuesta de resolución motivada, en la que se concretará el resultado de la evaluación efectuada y se indicará la cuantía de las subvenciones a otorgar.

5. La Comisión de Valoración, presidida por la persona titular de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, estará constituida por los siguientes miembros:

a) La Subdirección de Seguridad y Salud Laboral.

b) Las cuatro personas miembros de la Comisión Permanente del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de Andalucía.

c) Un Delegado o Delegada Provincial de la Consejería de Empleo.

d) El Director o Directora de uno de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales de Andalucía.

e) La persona que ostenta la Jefatura del Servicio de Planificación y Promoción Técnica que ejercerá la Secretaría.

6. La Comisión de Valoración se regirá por lo establecido en el Título II, Capítulo II, artículos 22 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativo a Órganos Colegiados, y tendrá vigencia hasta la completa resolución de los expedientes generados en virtud de la presente Orden.

7. La Comisión de Valoración, a la vista de la documentación presentada y criterios objetivos establecidos en el artículo 11, elevará al órgano concedente, a través del órgano instructor, una propuesta de resolución motivada, en la que se concretará el resultado de la evaluación efectuada y se indicará la cuantía de la subvención a otorgar.

8. El trámite de audiencia se evaluará de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, teniendo en cuenta que se podrá prescindir de aquel en los términos del apartado 4 del citado artículo.

9. La propuesta de resolución será sometida a fiscalización, de acuerdo con las normas que sean de aplicación.

**Art. 13. Resolución.**—1. A la vista de la propuesta de resolución presentada por la Comisión de Valoración el titular de la Delegación Provincial de la provincia en que se vaya a realizar el proyecto o actividad, por delegación de competencias del Consejero de Empleo, dictará la resolución de concesión.

2. La referida resolución estará motivada fundamentándose la adjudicación de las subvenciones en los criterios establecidos en el artículo 11 de la presente Orden, haciendo constar expresamente que la resolución es contraria a la estimación del resto de las solicitudes.

3. La resolución de concesión contendrá como mínimo los siguientes extremos:

a) Indicación del beneficiario o beneficiarios de la actividad a realizar o comportamiento a adoptar y del plazo de ejecución con expresión del inicio del cómputo del mismo.

b) El presupuesto aceptado, la cuantía de la subvención o ayuda y el porcentaje de ésta sobre el referido presupuesto, la aplicación presupuestaria del gasto y, si procede, su distribución plurianual de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en el Decreto 44/1993, de 20 de abril, por

el que se regulan los gastos de anualidades futuras.

c) La forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono, de acuerdo con lo que se establece en estas bases reguladoras de la concesión.

d) Las condiciones que se impongan al beneficiario.

e) Plazo y forma de justificación por parte del beneficiario del cumplimiento de la finalidad por la que se concede la subvención y de la aplicación de los fondos recibidos, de acuerdo con lo que establece el artículo 16 de esta Orden reguladora.

f) Que la Resolución de concesión se adopta por delegación del Consejero de Empleo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de seis meses contados a partir del día siguiente al de finalización del plazo para la presentación de solicitudes.

5. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiese dictado y notificado resolución expresa las solicitudes podrán entenderse desestimadas por silencio administrativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 31.4.º de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

6. Las resoluciones se publicarán en los tablones de anuncios, conforme a lo establecido en el artículo 6.3 de la presente Orden, con indicación de los recursos que procedan, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo para interponerlos.

7. En el plazo de diez días hábiles, contados desde el siguiente al de la publicación de la resolución, el interesado deberá formular la aceptación o renuncia expresa en los términos re-

cogidos en la resolución citada. Si transcurrido este plazo el interesado no lo hiciera, la resolución dictada perderá su eficacia, acordándose el archivo con notificación al interesado.

8. La resolución estará sometida a las normas especiales que, en materia de subvenciones, establezca la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía vigente.

**Art. 14. Obligaciones de los beneficiarios.**—Son obligaciones del beneficiario de la subvención:

1. Realizar la actividad o proyecto objeto de la subvención en la forma, plazos y condiciones establecidos en esta Orden, y en la Resolución de concesión. La actividad desarrollada deberá responder al programa presentado y aprobado en la Resolución de concesión.

2. Justificar ante la Consejería de Empleo el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización del proyecto, y el cumplimiento de la finalidad que determine la concesión o disfrute de la subvención.

3. Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos competentes tanto nacionales como comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

4. Comunicar a la Consejería de Empleo la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades subvencionadas. 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.

5. 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, y que se hallan al corriente en el pago, en período ejecutivo, de cualquier otro ingreso de Derecho Público respecto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional decimoctava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

6. Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación aplicable al beneficiario en cada caso, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

7. 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.

8. Hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la actividad u objeto de la subvención que la misma está subvencionada por la Junta de Andalucía, Consejería de Empleo.

9. Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 18 de la presente Orden.

10. Comunicar al órgano concedente de la subvención, todo cambio relacionado con el contenido del mismo o con las condiciones que se tuvieron en cuenta para la concesión de la subvención, así como todos los cambios de domicilio a efecto de notificaciones que tengan lugar durante el período en que la ayuda es reglamentariamente susceptible de control.

11. Aquellas otras que, en cumplimiento de lo que disponga la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autóno-

ma u otra disposición de aplicación se recojan en la Orden de convocatoria.

**Art. 15. Forma y secuencia del pago.**—1. El abono de la subvención se efectuará mediante un primer pago correspondiente al 75% del importe total de la cantidad concedida, tras la firma de la resolución de concesión, librándose la cantidad restante, una vez finalizada la actividad o proyecto subvencionado, previa presentación por el beneficiario de los documentos justificativos que se especifican en el artículo 16 de la presente Orden y tras la comprobación técnica y documental de su ejecución, salvo aquellos supuestos en que la Ley anual de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía permita un solo abono.

2. El importe definitivo de la subvención se liquidará aplicando al coste de la actividad efectivamente realizada por el beneficiario, conforme a la justificación presentada, el porcentaje de financiación establecido en la resolución de concesión, sin que, en ningún caso, pueda sobrepasar su cuantía el importe autorizado en la citada Resolución.

3. No podrá proponerse el pago de subvenciones a beneficiarios que no hayan justificado, en tiempo y forma, las subvenciones concedidas con anterioridad por la Administración autonómica y sus Organismos Autónomos con cargo al mismo programa presupuestario.

4. A efectos de una mayor transparencia, medida de garantía y control de la subvención, no podrá proponerse el pago a los beneficiarios que no se hallen al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, frente a la Seguridad Social o que sean deudores de la Comunidad Autónoma de Andalucía por cualquier otro ingreso de Derecho Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32.3 de

la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

5. El pago se efectuará mediante transferencia bancaria a la cuenta que el solicitante haya indicado en la solicitud.

**Art. 16. Justificación de la subvención.**—1. Las empresas quedan obligadas a aportar en un plazo máximo de tres meses, contados a partir de la finalización del plazo de realización de la actividad o proyecto subvencionado, los siguientes documentos que acrediten dicha ejecución:

a) Certificación, firmada por el solicitante, donde se ponga de manifiesto que la actividad o proyecto se ha ejecutado adecuadamente en los aspectos técnicos y económicos.

b) Informe de evaluación final, firmado por el solicitante, en el que se analice y evalúe la realización de la actividad en su conjunto y grado de consecución de los objetivos previstos.

c) En el caso de proyectos de Modalidad 2, certificado de achatarramiento de los andamios sustituidos extendido por el suministrador de los sistemas de andamios subvencionados o por la entidad que se responsabilice de la referida operación.

d) Resultados de los trabajos y documentación generada con la subvención concedida, o, cuando no sea posible por la naturaleza del proyecto o actividad subvencionada, será suficiente aportar el informe previsto en la letra anterior.

e) Rendición de la cuenta justificativa del gasto efectuado que incluirá la declaración de las actividades realizadas con la subvención y su coste, con el desglose de cada uno de los gastos incurridos (Memoria Contable). La referida memoria, firmada por el solicitante, presentará una relación numerada de los documentos justificativos

del gasto realizado, acorde con las partidas detalladas en el presupuesto aceptado por la Junta de Andalucía y con la resolución de concesión de la ayuda; con el detalle del número de factura, concepto, importe, fecha de pago y número de asiento contable.

f) Documentos justificativos del gasto total de la actividad subvencionada.

g) Número de asiento contable correspondiente al importe del primer o único desembolso de la subvención concedida por la Administración de la Junta de Andalucía, según corresponda, conforme a la previsión del artículo 15.1 de esta Orden reguladora.

2. Los gastos se acreditarán mediante facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa, en los términos establecidos reglamentariamente. La acreditación de los gastos también podrá efectuarse mediante facturas electrónicas, siempre que cumplan los requisitos exigidos para su aceptación en el ámbito tributario. Se establecerá un sistema de validación y estampillado de los justificantes de gasto que permita el control de la concurrencia de subvenciones.

3. Cuando las actividades hayan sido financiadas, además de con la subvención, con fondos propios u otras subvenciones o recursos, deberá acreditarse en la justificación el importe, procedencia y aplicación de tales fondos a las actividades subvencionadas. En todo caso, los justificantes deberán estar validados y estampillados a efectos del oportuno control de la concurrencia de subvenciones.

4. El importe de la documentación justificativa deberá corresponderse con el presupuesto aceptado de la actividad, aun en el caso de que la cuantía de la subvención concedida fuese inferior.

5. Siempre que se hubiera alcanzado el objetivo o finalidad perseguida, si no se justificara debidamente el total de la actividad subvencionada, deberá reducirse el importe de la ayuda concedida aplicando el porcentaje de financiación sobre la cuantía correspondiente a los justificantes no presentados o no aceptados.

**Art. 17. Modificación de la resolución de concesión.**—1. Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de las subvenciones, así como la obtención concurrente de otras ayudas otorgadas por otras Administraciones Públicas nacionales o internacionales, dará lugar a la modificación de la resolución de concesión en las siguientes circunstancias:

a) A petición motivada de la empresa beneficiaria y previo informe del órgano gestor, en los supuestos de modificaciones o alteraciones de las condiciones iniciales establecidas en la resolución de concesión, ajenas a la voluntad de la entidad beneficiaria, relativas a la ejecución de la actuación objeto de la ayuda.

b) En casos justificados de carácter singular, a petición motivada del interesado y previo informe del órgano gestor, se podrán conceder prórrogas en los plazos máximos de ejecución de la actuación subvencionada. Asimismo, se podrá autorizar, sin modificación de la resolución de concesión, variaciones de las partidas que constituyen el presupuesto financiable, siempre que no se disminuya la inversión total y la destinada a activos fijos.

2. La solicitud de modificación, junto con una memoria explicativa en la que se detallen las modificaciones introducidas, deberá presentarse de forma inmediata a la aparición de las circunstancias que lo motiven, y con antelación a la finalización del plazo de ejecución inicialmente concedido.

3. El acto por el que se acuerde la modificación de la resolución de concesión de la subvención o ayuda pública será adoptado por el órgano concedente de la misma, previa instrucción del correspondiente expediente en el que junto a la propuesta razonada del órgano instructor se acompañarán los informes pertinentes y la solicitud o las alegaciones del beneficiario.

**Art. 18. Causas de reintegro.—**

1. Además de los casos de nulidad y anulabilidad previstos en el artículo 36 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente, desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la 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 VIII de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma 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 cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a los beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, 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 subvención.

g) Incumplimiento de las normas medioambientales al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte del beneficiario de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniere obligado.

h) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a los beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, 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 cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

i) La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 y 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro.

2. Cuando el cumplimiento por el beneficiario se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éste una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad a reintegrar vendrá determinada por la aplicación del criterio de proporcionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo n) del apartado 3 del artículo 17 de la Ley General de Subvenciones. La cuantía se evaluará mediante una memoria explicativa que exprese el grado de cumplimiento de la actividad efectivamente realizada en relación con la autorizada.

3. Igualmente, en el supuesto de que el importe de las subvenciones resulte ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada, procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada, así como la exigencia del interés de demora correspondiente.

4. Las cantidades a reintegrar tendrán la consideración de ingresos de derecho público, resultando de aplicación para su cobranza lo previsto en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El interés de demora aplicable en materia de subvenciones será el interés legal del dinero incrementado en un 25%, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente. Los procedimientos para la exigencia del reintegro de las subvenciones, tendrán siempre carácter administrativo.

**Art. 19. Derechos de explotación.**—1. Las copias de los proyectos

subvencionados en la modalidad 4 «Proyectos innovadores y de desarrollo y difusión de buenas prácticas preventivas», quedarán en propiedad de la Consejería de Empleo. En cuanto a los derechos de explotación y difusión de los mismos, se estará a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

2. Los proyectos no subvencionados, así como la documentación adjunta, podrán recogerse en la sede de la citada Consejería.

#### **Disposición adicional primera.**

*Régimen jurídico.*—Las subvenciones a que se refiere la presente Orden, además de lo previsto por la misma, se regirán por lo establecido en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo que dispongan las leyes anuales del Presupuesto, y la de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras; por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y por el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, así como por las normas aplicables de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

#### **Disposición adicional segunda.**

*Habilitación.*—Se faculta a la Directora General de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo para llevar acabo cuantas actuaciones sean necesarias para la ejecución y aplicación de 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, 8 de mayo de 2006

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo

**ORDEN de 8 de mayo de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales**

**BOJA núm. 106, de 5 de junio de 2006**

La Consejería de Empleo, en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia laboral, atribuidas por el artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entre las que se encuentran la seguridad y la salud laboral, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha venido consolidando una política propia de prevención de los riesgos asociados al trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, fruto del acuerdo de los Agentes Económicos y Sociales y del Gobierno Andaluz, aprobado por el Decreto 313/2003, de 11 de noviembre (BOJA número 22, de 3 de febrero de 2004), fija como objetivo general la promoción de la salud laboral, la reducción de la siniestralidad laboral y la mejora de las condiciones de trabajo y contempla, entre otras acciones, programas de ayudas específicas a las empresas para facilitar la incorporación de medidas preventivas, especialmente en la micro, pequeña y mediana empresa. Asimismo, este objetivo es asumido por el VI Acuerdo de Concertación Social, firmado el 25 de enero de 2005, actualmente vigente, que entre sus acciones

específicas en materia de seguridad y salud laboral, propone incentivar la generación y difusión de buenas prácticas preventivas en operaciones y /o actividades concretas, especialmente en las Pymes.

En la ejecución de esta política, dirigida básicamente a la población laboral andaluza, ha tenido un papel primordial la realización de actividades de fomento destinadas a la mejora de las condiciones de trabajo, la reducción de los riesgos laborales y la promoción de estructuras eficaces de prevención en las pequeñas y medianas empresas. Estas actuaciones, han contado con el apoyo y colaboración de las organizaciones empresariales y sindicales.

A estos efectos, se dicta la Orden de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de 10 de junio de 2003, por la que se regula y convoca la concesión de subvenciones a empresas que realicen proyectos e inversiones y /o actividades de buenas prácticas preventivas dirigidas al control de los riesgos laborales y la Orden de la Consejería de Empleo de 18 de junio de 2004, por las que se regula la concesión de subvenciones a Micro y Pymes que realicen proyectos e inversiones y /o actividades de buenas prácticas preventivas dirigidas al control de los riesgos laborales.

Con la misma finalidad, y al objeto de motivar al empresariado para que mejore los niveles de seguridad y salud de los trabajadores mediante la incorporación de medidas contempladas en la planificación de la actividad preventiva y que faciliten el cumplimiento de los aspectos legalmente exigibles en esta materia, así como llevar a cabo otras actividades de desarrollo y difusión de buenas prácticas de prevención, se hace necesaria la aprobación de una Orden por la que se establezcan las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a la micro, pequeña y mediana empresa para el desarrollo de este tipo de actividades.

Las ayudas reguladas en la presente Orden tienen la consideración de mínimis de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) 69/2001, de la Comisión de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de mínimis (DOCE número L 10, de 13 de enero de 2001).

La presente Orden incorpora las modificaciones que se han producido en el régimen jurídico de las subvenciones, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en el Capítulo I, del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

A este respecto, de conformidad con el artículo 9.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, anteriormente citada, esta Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (Pyme) que realicen proyectos e inversiones y/o actividades de buenas prácticas preventivas dirigidas al control de los riesgos laborales.

En su virtud, a propuesta de la Directora General de Seguridad y Salud Laboral y de conformidad con lo establecido en el artículo 107 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con el artículo 9.2 y .3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, el artículo 7.4 del Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, el Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril, sobre reestructuración de Consejerías, y el Decreto 203/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo.

#### DISPONGO

**Artículo 1.º** *Objeto.*—1. La presente Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales.

2. Las subvenciones se concederán con cargo al programa presupuestario 3.1.O, Prevención de Riesgos Laborales, de la Consejería de Empleo.

3. La concesión estará limitada por las disponibilidades presupuestarias existentes del ejercicio en que se realice la convocatoria.

4. Podrán adquirirse compromisos de carácter plurianual en las condiciones previstas en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y norma de desarrollo.

**Art. 2.º** *Modalidades, conceptos subvencionables y cuantía de las subvenciones.*—1. Las actividades susceptibles de subvención a través de la presente Orden deberán estar encuadradas en las siguientes modalidades:

a) Modalidad 1 (M1): Proyectos dirigidos al establecimiento de la estructura preventiva especializada de la empresa y a facilitar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, que incluyan algunas de las siguientes actividades:

1.ª Elaboración de Programas de actuación específicos en Prevención de Riesgos Laborales.

2.ª Diseño, implantación y certificación de Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud Laboral.

3.ª Implantación del Plan de Prevención de Riesgos Laborales.

4.ª Primer establecimiento de Servicios de Prevención Mancomunados.

5.ª Formación especializada preventiva que facilite la designación y el desarrollo de sus competencias a los Delegados de Prevención.

6.ª Realización de diagnósticos preventivos.

7.ª Evaluación del riesgo de incendio y definición e implantación de planes de emergencia y de autoprotección.

8.ª Realización de inspecciones de seguridad y evaluaciones externas.

9.ª Desarrollo de planes de formación específica para los trabajadores adaptados al puesto de trabajo.

10.ª Capacitación de equipos de actuación en el caso de emergencia, evacuación y primeros auxilios.

11.ª Asesoramiento para la realización de estudios de adecuación de equipos de trabajo.

12.ª Realización de estudios ergonómicos y psicosociales. Tendrán la consideración de conceptos subvencionables en la Modalidad 1 (M1), los gastos de asistencia técnica prestada

por Servicios de Prevención Ajenos u otras entidades especializadas asociados a la ejecución de las actividades preventivas especificadas.

b) Modalidad 2 (M2): Proyectos dirigidos a la incorporación de medidas especificadas en la planificación preventiva de la empresa, que contemplen algunas de las siguientes actividades:

1.ª Adquisición, adaptación y renovación de equipos de trabajo y maquinaria especificados en la planificación de la actividad preventiva.

2.ª Adaptación de puestos de trabajo especificados en la planificación de la actividad preventiva como consecuencia de la necesidad de adoptar medidas de protección especial de trabajadores sensibles a determinados riesgos.

3.ª Instalaciones específicas para el control de contaminantes de naturaleza química, física y /o biológica especificadas en la planificación de la actividad preventiva.

4.ª Adquisición de equipo e instalaciones de protección contra incendios.

5.ª Adquisición de equipos de emergencia, socorro y salvamento de los lugares de trabajo.

6.ª Adquisición de medios de señalización de zonas y locales de trabajo, vías e instalaciones.

7.ª Aplicación de medidas preventivas en el ámbito ergonómico y psicosocial.

Tendrán la consideración de conceptos subvencionables en la Modalidad 2 (M2), los costes de adquisición de la maquinaria y equipos necesarios para la realización de las actividades preventivas relacionadas.

c) Modalidad 3 (M3): Proyectos innovadores y de desarrollo de buenas prácticas preventivas que contribuyan de forma significativa a la mejora de la seguridad y la salud laboral en los centros de trabajo. Se considerarán con-

ceptos subvencionables en esta modalidad los siguientes:

1.º Gastos externos asociados a proyectos de I+D+I dirigidos a la mejora de las condiciones de trabajo.

2.º Gastos de asistencia técnica de Servicios de Prevención Ajenos y de entidades especializadas, asociados al desarrollo de proyectos innovadores que se orienten al control de riesgos y a la reducción de la siniestralidad.

3.º Gastos de contratación de Técnicos Superiores e Intermedios de Prevención o de Técnicos Superiores de Prevención de Riesgos Profesionales para el desarrollo de proyectos innovadores de buenas prácticas preventivas.

4.º Gastos de infraestructura, instalaciones y bienes de equipo necesarios para el desarrollo de proyectos de I+D+I y de buenas prácticas preventivas.

5.º Otros gastos asociados a:

— Actividades de acceso a la información sobre buenas prácticas en materia de seguridad y salud.

— Campañas de información-sensibilización y fomento de la participación de los trabajadores y /o de sus representantes en el ámbito de la prevención.

— Desarrollo de redes de micro y pequeñas empresas que compartan experiencias preventivas.

— Gastos de difusión de buenas prácticas preventivas.

2. El número máximo de proyectos a subvencionar por modalidad se podrá limitar en cada Orden de convocatoria.

3. El importe de la ayuda a conceder no podrá exceder, en ningún caso, para cada proyecto o actividad los porcentajes máximos sobre el presupuesto aceptado, que se indican en la siguiente tabla:

Modalidad	Cuantía máxima	Porcentaje
M1	6.000 euros	40%
M2	18.000 euros	50%
M3	12.000 euros	50%

Asimismo el importe de la ayuda no podrá superar en ningún caso las cuantías fijadas.

4. No se considerarán susceptibles de subvención las inversiones efectuadas bajo la fórmula de arrendamiento financiero (leasing), el alquiler por obra o figuras similares, el IVA satisfecho por la adquisición de bienes o servicios facturados y , en general, cualquier tasa o impuesto.

5. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 12.000 euros en el supuesto de suministro de bienes de equipo o prestación de servicios por empresas de consultoría o asistencia técnica, el beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la entrega del bien, salvo que por las especiales características de los gastos subvencionables no exista en el mercado suficiente número de entidades que lo suministren o presten, o salvo que el gasto se hubiera realizado con anterioridad a la solicitud de la subvención. La elección entre ofertas presentadas, que deberán aportarse en la justificación, o, en su caso, en la solicitud de la subvención, se realizará conforme a criterios de eficiencia y economía, debiendo justificarse expresamente en una memoria la elección cuando no recaiga en la propuesta económica más ventajosa.

6. Los bienes que hayan sido objeto de subvención deberán mantenerse y dedicarse a los fines previstos en

la solicitud y en la concesión, durante un período, como mínimo, de cinco años, a contar desde la fecha de la concesión, en caso de bienes inscribibles en un registro público, y como mínimo de dos años para el resto de los bienes.

**Art. 3.º** *Requisitos de las actividades o proyectos subvencionables.*—

1. Las actividades o proyectos susceptibles de subvención deberán reunir, con carácter general, los siguientes requisitos:

a) Estar integrados en la actividad preventiva de la empresa, por lo que éstas deberán acreditar que disponen de un sistema de organización y gestión de la prevención, conforme a lo establecido en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), y en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, modificada por Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. Para ello deberán aportar documentación relativa a los siguientes aspectos:

— Modelo de Organización de la actividad preventiva en cualquiera de las modalidades establecidas en el RSP.

— Los proyectos de Modalidad 2 deben estar contemplados en la planificación de la actividad preventiva de la empresa.

b) Ser considerados viables desde el punto de vista técnico, económico y financiero.

c) Ajustarse a los plazos máximos de ejecución de los proyectos o actividades, que se establezcan en cada Orden de convocatoria.

2. Los proyectos acogidos a la Modalidad 2 no podrán estar iniciados antes de la fecha de solicitud de la ayuda.

Los proyectos de Modalidad 1 y 3 podrán estar iniciados antes de la fe-

cha de la solicitud de ayuda. En este supuesto, sólo los gastos originados con posterioridad a la solicitud de la subvención podrán financiarse con los fondos públicos. Asimismo será imprescindible, en este caso, aportar información suficiente sobre las actividades realizadas y las que se proponen como continuación.

3. Los proyectos de Modalidad 2 deberán contemplar en su presupuesto exclusivamente conceptos de inversión en bienes de equipo o instalaciones. Los proyectos acogidos a la Modalidad 3 podrán contemplar junto a conceptos de inversión otros conceptos de gasto corriente.

4. Los Servicios de Prevención Ajenos intervinientes deberán haber sido acreditados por la Autoridad Laboral en fase definitiva para desarrollar la actividad preventiva en la provincia donde se ubique el centro de trabajo de la empresa solicitante, al menos en tres especialidades preventivas de entre las de Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicología Aplicada y Medicina del Trabajo.

**Art. 4.º** *Financiación de las actividades subvencionables.*—

1. La aportación con fondos propios al proyecto o actividad subvencionada, sobre el presupuesto aceptado, libre de toda ayuda, será equivalente como mínimo a un 60% para la modalidad 1 y un 50% para las modalidades 2 y 3. Esta aportación habrá de acreditarse en la cuenta justificativa de la subvención, conforme al artículo 30 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

2. El importe de las subvenciones en ningún caso podrá ser de tal cuantía que aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada.

3. El importe de las subvenciones concedidas en el marco de la presente Orden no podrá ser de tal cuantía que la ayuda recibida por el beneficiario en concurrencia con otras subvenciones o ayudas, que tengan la consideración de mínimos, supere los 100.000 euros durante un período de tres años contados a partir de la primera ayuda de mínimos recibida, de conformidad con lo establecido en el Reglamento (CE) 69/2001 de la Comisión Europea.

**Art. 5.º Beneficiarios.**—1. Tendrán la consideración de beneficiarios a los efectos de la presente Orden todas las personas físicas o jurídicas que tengan legalmente constituidas empresas que ocupen trabajadores por cuenta ajena en los términos definidos por el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores en el momento de la presentación de la solicitud, que lleven acabo actividades o proyectos encuadrados en las modalidades que se definen en el artículo 2 de la presente Orden, que repercutan en centros de trabajo radicados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía y que cumpliendo los requisitos que se especifican en el apartado 3 de este artículo, reúnan las siguientes características:

a) Para la modalidad 1, tendrán la condición de beneficiarias las microempresas y las pequeñas empresas encuadradas en algunas de las siguientes actividades económicas del CNAE-93:

1.<sup>a</sup> Agricultura, ganadería, caza y actividades de los servicios relacionados con las mismas (01).

2.<sup>a</sup> Industria de productos alimenticios, bebidas y tabacos (15 y 16).

3.<sup>a</sup> Industria de la confección y de la peletería (18).

4.<sup>a</sup> Industria de la madera y corcho (20).

5.<sup>a</sup> Fabricación de productos de caucho y materias plásticas (25).

6.<sup>a</sup> Fabricación de productos minerales no metálicos (26).

7.<sup>a</sup> Metalurgia (27).

8.<sup>a</sup> Fabricación de productos metálicos, excepto maquinaria (28).

9.<sup>a</sup> Construcción de maquinaria y equipo mecánico (29).

10.<sup>a</sup> Fabricación de otro material de transporte (35).

11.<sup>a</sup> Fabricación de muebles, otras industrias manufactureras (36).

12.<sup>a</sup> Hostelería (55).

13.<sup>a</sup> Transporte por carretera (60).

b) Para las modalidades 2 y 3, tendrán la condición de beneficiarias las microempresas, y las pequeñas y medianas empresas (PYME) encuadradas en las mismas actividades económicas del Real Decreto 1560/1992, de 18 de diciembre, que aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-1993) especificadas para la modalidad 1.

c) En todo caso, sólo se financiarán los gastos ocasionados por aquellas actividades y proyectos realizados en los centros de trabajo especificados en el apartado 1 de este precepto.

2. A los efectos de esta Orden, se considerará microempresa, pequeña y mediana empresa (PYME), la que se ajuste a la definición que en cada momento establezca la Unión Europea. Actualmente han de considerarse como tales, de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas:

a) Microempresa: Empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

b) Pequeña empresa: Aquella que ocupa a menos de 50 personas y

cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.

c) Microempresa, pequeña y mediana empresa (PYME): Esta categoría está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

3. Para ser beneficiarias de las subvenciones reguladas en esta Orden las empresas incluidas en los dos apartados anteriores deberán tener su domicilio social y fiscal en Andalucía y los beneficios que se le reconozcan revertirán en centros de trabajo ubicados en el ámbito geográfico andaluz. Sólo se financiarán los gastos ocasionados por aquellas actividades y proyectos realizados en los centros de trabajo especificados en el apartado 1 de este precepto.

4. No podrán obtener la condición de beneficiario de las subvenciones reguladas en las presentes bases las personas o entidades 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 declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 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 declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos 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 (BOJA número 74, de 18 de abril), de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, 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 o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, y ser deudores, en período ejecutivo, de la Comunidad Autónoma de Andalucía por cualquier otro ingreso de Derecho Público.

La acreditación de dicha circunstancia constituye una obligación del beneficiario que deberá cumplir, con anterioridad a la propuesta de resolución de concesión, en la forma prevista en el artículo 8 de la presente Orden.

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 subvenciones.

h) Haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según la Ley General de Subvenciones o la Ley General Tributaria.

i) Haber sido condenado por sentencia judicial firme o resolución admi-

nistrativa por prácticas de discriminación laboral o en materia de género.

**Art. 6.º Procedimiento de concesión.**—1. El procedimiento de concesión se tramitará en régimen de concurrencia competitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y 31.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2. La concesión de estas subvenciones se realizará mediante la comparación de las solicitudes presentadas a fin de establecer una prelación entre las mismas, de acuerdo con los criterios objetivos fijados en el artículo 11 de esta Orden y en la convocatoria, y adjudicar, con las condiciones fijadas en el artículo 4 de esta Orden, dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios.

3. Los actos que deban notificarse de forma conjunta a todos los interesados y , en particular, los requerimientos de subsanación y los de resolución del procedimiento se publicarán en los tablones de anuncios de la Consejería de Empleo y sus Delegaciones Provinciales con indicación de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran que presentarse y plazo para interponerlos; sustituyendo dicha publicación a la notificación personal y surtiendo sus mismos efectos.

Asimismo se publicará simultáneamente en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía un extracto del contenido de la resolución o acto, indicando los tablones donde se encuentra expuesto su contenido íntegro y , en su caso, el plazo, que se computará a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la publicación en dicho Boletín Oficial.

4. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los actos correspondientes al trámite de audiencia a los interesados, que se realizarán mediante la notificación personal. Los efectos del referido trámite se producirán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar esta notificación.

**Art.º 7. Convocatorias.**—1. La convocatoria de subvenciones se efectuará, preferentemente con periodicidad anual, teniendo en cuenta las disponibilidades presupuestarias mediante la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de una Orden de la Consejería de Empleo, y en los tablones de anuncios de la citada Consejería y sus Delegaciones Provinciales.

2. La convocatoria habrá de especificar la aplicación de la presente Orden a la concesión y disfrute de las subvenciones, como normativa específica reguladora de las mismas, sin perjuicio de la aplicación de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Asimismo contendrá los siguientes extremos:

a) El Boletín Oficial de la Junta de Andalucía en el que se publicaron las bases reguladoras y el tablón de anuncios o medios de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones.

b) Los créditos presupuestarios a los que se imputa la subvención y cuantía total máxima de las subvenciones convocadas dentro de los créditos disponibles o, en su defecto, cuantía estimada de las subvenciones.

c) Objeto y modalidad de la concesión de las subvenciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de esta Orden.

d) Número máximo de actividades o proyectos a subvencionar por

cada empresa, si procede. e) Plazo de presentación de solicitudes.

f) Requisitos exigidos a los beneficiarios conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de esta Orden y forma de acreditarlos.

g) Determinaciones que deban especificarse en la convocatoria del ejercicio en cumplimiento de lo que establezca la Ley de Presupuesto de la Comunidad Autónoma u otras disposiciones de aplicación, así como aquellas otras que se considere necesario especificar.

h) El acceso a la dirección de la página web donde se podrá obtener y confeccionar la solicitud.

**Art. 8.º** *Solicitudes y documentación.*—1. Las solicitudes de subvención reguladas en la presente Orden, se presentarán por duplicado, dirigidas al titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo de la provincia en que se vaya a realizar el proyecto o actividad, y deberán ajustarse al modelo que figura en el Anexo I. Los modelos de solicitud se podrán obtener y confeccionar en la página web de la Consejería de Empleo, en la dirección [www.juntadeandalucia.es/empleo](http://www.juntadeandalucia.es/empleo). Igualmente estarán a disposición de los interesados en los Servicios Centrales de la citada Consejería y en sus Delegaciones Provinciales.

2. Cada empresa presentará una solicitud por cada proyecto.

3. Las solicitudes irán acompañadas de la siguiente documentación:

a) Memoria descriptiva, debidamente cumplimentada, conforme al modelo que figura como Anexo II de la presente Orden.

b) Documentación acreditativa de la personalidad del solicitante:

— Cuando se trate de persona física: DNI y Tarjeta de Identificación Fiscal (NIF) o alta en licencia fiscal.

— Tratándose de persona jurídica: Código de Identificación Fiscal (CIF).

c) Razón social o denominación completa. Estatutos y escrituras de constitución, modificación o transformación de la entidad, debidamente inscrita en su caso, en el Registro Mercantil o en el Registro Público correspondiente.

d) En el supuesto que se actúe por representación:

— Documento Nacional de Identidad de la persona que formule la solicitud en representación de la empresa.

— Poder de representación con el que actúa el representante bastanteadado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

e) Declaración expresa responsable de no estar incurso en los supuestos de prohibición para ser beneficiario, establecidos en el artículo 5 de esta Orden, acreditados cumplimentando el espacio previsto al efecto en el Anexo I de esta Orden.

f) Certificado de la Tesorería General de la Seguridad Social acreditativo del cumplimiento por el beneficiario de sus obligaciones frente a la Seguridad Social.

g) Documentos de cotización a la Seguridad Social TC-2 de los tres meses anteriores a la solicitud.

h) Declaración expresa responsable, sobre concesión o solicitud de otras ayudas para la misma finalidad procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales, acreditada cumplimentando el espacio previsto al efecto en el Anexo I de esta Orden.

i) Declaración del responsable de la empresa de que la entidad no ha recibido ayuda de mínimos de cualquier naturaleza o forma y finalidad conforme al Reglamento (CE) 69/2001 de la Comisión Europea (DOCE numero L10, de enero de 2001) o, en su caso, de que ha recibido ayudas de mínimos,

en los últimos tres años, que en concurrencia con la subvención solicitada, en base a la presente Orden, no superan los 100.000 euros, indicando la fecha de la concesión, la entidad concedente y los importes.

j) Declaración expresa responsable relativa al mantenimiento y la dedicación a los fines previstos en la solicitud en la empresa de los bienes que hayan sido objeto de subvención, durante un período, como mínimo, de 5 años, a contar desde la fecha de la concesión.

k) En relación con el modelo de organización de la actividad preventiva adoptado por el empresario, conforme al artículo 30 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, deberá facilitar una declaración responsable indicativa de la forma o formas elegida.

l) Planificación de la actividad preventiva (artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales), en el caso de proyectos acogidos a la Modalidad 2.

m) Presupuesto del Servicio de Prevención Ajeno actuante, en los proyectos de la Modalidad 1 y 3. n) Presupuesto de otras Entidades actuantes, en los proyectos de la Modalidad 1 y 3, con explicación detallada sobre sus medios técnicos y especialización en el ámbito del proyecto.

o) Proyecto de constitución del Servicio de Prevención Mancomunado con explicación detallada de los medios materiales y humanos previstos para el mismo, localización geográfica, sector productivo, relación de empresas participantes, así como el presupuesto asignado a la empresa solicitante, para proyectos encuadrados en la modalidad M1 4.<sup>a</sup>

p) Factura proforma extendida por la entidad suministradora relativa a los bienes o equipos objeto de la soli-

cidad, así como certificación acreditativa de su seguridad, conforme a la normativa que les sea de aplicación.

q) Aquellos otros documentos o declaraciones que se exijan en cada Orden de convocatoria con la finalidad de acreditar los requisitos relativos a la condición de beneficiario, así como los establecidos en cada Orden de convocatoria en cumplimiento de la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma u otra disposición de aplicación.

4. La documentación a la que se refiere este artículo deberá presentarse en documento original o fotocopia debidamente compulsada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a excepción de las declaraciones responsables, que deberán presentarse, en todo caso, en documento original. En este último supuesto, el solicitante asume el compromiso de presentar dichos documentos a requerimiento del órgano competente.

5. La presentación de la solicitud por parte del interesado conllevará la autorización al órgano gestor para recabar los certificados a emitir por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía que acrediten la circunstancia de hallarse al corriente de los extremos señalados en la letra e) del apartado 4 del artículo 5 de la presente Orden.

**Art. 9.º Plazo y lugar de presentación de las solicitudes.**—1. El plazo de presentación de solicitudes será de sesenta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de la Orden de convocatoria.

2. No serán admitidas a trámite las solicitudes que se presenten fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, resolviéndose la inadmisión de las mismas, que deberá ser notificada a los interesados en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta Resolución será dictada por el titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo correspondiente, por delegación del Consejero de Empleo.

3. Las solicitudes se presentarán individualizadas, una por cada proyecto, y por duplicado, en el Registro de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo de la provincia en que se vaya a realizar el proyecto o actividad, así como en los registros auxiliares de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico, sin perjuicio de que también puedan presentarse en los registros de los demás órganos y en las oficinas que correspondan, de conformidad con lo establecido en los artículos 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 51.2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Asimismo se podrán presentar en el Registro Telemático Único de la Administración de la Junta de Andalucía, a través del acceso a la dirección [www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/oficina\\_virtual/oficina\\_virtual.php](http://www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/oficina_virtual/oficina_virtual.php). Para utilizar este medio de presentación, los interesados deberán disponer del certificado reconocido de usuario X509, clase 2 v3, expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la in-

formación y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (internet).

**Art. 10. *Subsanación de las solicitudes.***—Si la solicitud no reuniera los requisitos exigidos o no se acompañasen los documentos preceptivos, la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo de la provincia en que se vaya a realizar el proyecto o actividad, a través del Centro de Prevención de Riesgos Laborales, requerirá al interesado para que en el plazo de diez días hábiles subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con la indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta Resolución será dictada por el titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, por delegación del Consejero de Empleo.

**Art. 11. *Criterios objetivos para la concesión de la subvención.***—1. Las solicitudes serán evaluadas y seleccionadas de acuerdo con los criterios objetivos y los porcentajes de ponderación que se enumeran a continuación:

a) Calidad, detalle y coherencia del proyecto, siendo su ponderación de 3,5 puntos (35%).

b) Adecuación de la propuesta a la consecución de objetivos concretos de reducción de la siniestralidad y de desarrollo y/o difusión de buenas prácticas preventivas, siendo su ponderación de 2 puntos (20%).

c) Carácter innovador, valor añadido y efecto multiplicador del proyecto, siendo su ponderación de 2 puntos (20%).

d) Grado de participación de la empresa solicitante en la financiación del proyecto y ajuste del presupuesto a los medios descritos en las actividades a realizar, siendo su ponderación de 1,5 puntos (15%).

e) Evolución de la siniestralidad en la empresa en los dos últimos años, siendo su ponderación de 1 punto (10%).

2. No se valorarán aquellos méritos no alegados en el plazo de presentación de solicitudes, los que no estén acreditados documentalmente y los que no se ajusten a los criterios de valoración.

**Art. 12. Tramitación.**—1. El órgano competente para la instrucción del procedimiento de concesión de estas subvenciones es la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo de la provincia en que se vaya a realizar el proyecto o actividad, a través del Centro de Prevención de Riesgos Laborales, quien realizará de oficio cuantas actuaciones estime necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. La Delegación Provincial de la Consejería de Empleo correspondiente, a través del Centro de Prevención de Riesgos Laborales, procederá al examen de las solicitudes y documentación presentadas, a cuyos efectos podrá solicitar una ampliación de la información relativa a la actividad o bien recabar la presencia y /o informe de expertos. La documentación complementaria deberá ser aportada en el plazo de diez días hábiles, según lo previsto en el artículo 76 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Comprobada y completada, en su caso, la documentación, el Centro de Prevención de Riesgos Laborales correspondiente procederá a la emisión de un informe técnico, evaluando el grado de interés del proyecto desde el punto de vista preventivo, de acuerdo con los requisitos y criterios objetivos establecidos en el artículo 11 de la presente Orden.

4. Una Comisión de Valoración evaluará y seleccionará las solicitudes conforme a los criterios objetivos de concesión, y la ponderación establecidos en el artículo 11 de esta Orden y definirá la cuantía de la subvención a otorgar, elevando al órgano concedente una propuesta de resolución motivada, en la que se concretará el resultado de la evaluación efectuada y se indicará la cuantía de las subvenciones a otorgar.

5. La Comisión de Valoración, presidida por la persona titular de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, estará constituida por los siguientes miembros:

a) La Subdirección General de Seguridad y Salud Laboral.

b) Las cuatro personas miembros de la Comisión Permanente del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de Andalucía.

c) Un Delegado o Delegada Provincial de la Consejería de Empleo.

d) El Director o Directora de uno de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales de Andalucía.

e) La persona que ostenta la Jefatura del Servicio de Planificación y Promoción Técnica que ejercerá la Secretaría.

6. La Comisión de Valoración se regirá por lo establecido en el Título II, Capítulo II, artículo 22 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedi-

miento Administrativo Común, relativo a Órganos Colegiados y tendrá vigencia hasta la completa resolución de los expedientes generados en virtud de la presente Orden.

7. La Comisión de Valoración, a la vista de la documentación presentada y criterios objetivos establecidos en el artículo 11, elevará al órgano concedente, a través del órgano instructor, una propuesta de resolución motivada, en la que se concretará el resultado de la evaluación efectuada y se indicará la cuantía de la subvención a otorgar.

8. El trámite de audiencia se evaluará de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, teniendo en cuenta que se pondrá prescindir de aquél en los términos del apartado 4 del citado artículo.

9. La propuesta de resolución será sometida a fiscalización, de acuerdo con las normas que sean de aplicación.

**Art. 13. Resolución.**—1. A la vista de la propuesta de resolución presentada por la Comisión de Valoración el titular de la Delegación Provincial correspondiente, por delegación de competencias del Consejero de Empleo, dictará la resolución de concesión.

2. La referida resolución estará motivada fundamentándose la adjudicación de las subvenciones en los criterios establecidos en el artículo 11 de la presente Orden, haciendo constar expresamente que la resolución es contraria a la estimación del resto de las solicitudes.

3. La resolución de concesión contendrá como mínimo los siguientes extremos:

a) Indicación del beneficiario o beneficiarios de la actividad a realizar

o comportamiento a adoptar y del plazo de ejecución con expresión del inicio del cómputo del mismo.

b) El presupuesto aceptado, la cuantía de la subvención o ayuda y el porcentaje de esta sobre el referido presupuesto, la aplicación presupuestaria del gasto y, si procede, su distribución plurianual de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en el Decreto 44/1993, de 20 de abril, por el que se regulan los gastos de anualidades futuras.

c) La forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono, de acuerdo con lo que se establece en estas bases reguladoras de la concesión.

d) Las condiciones que se impongan al beneficiario.

e) Plazo y forma de justificación por parte del beneficiario del cumplimiento de la finalidad por la que se concede la subvención y de la aplicación de los fondos recibidos, de acuerdo con lo que establece el artículo 16 de esta Orden reguladora.

f) Que la Resolución de concesión se adopta por delegación del Consejero de Empleo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de seis meses contados a partir del día siguiente al de finalización del plazo para la presentación de solicitudes.

5. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiese dictado y notificado resolución expresa las solicitudes podrán entenderse desestimadas por silencio administrativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 31.4.º de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de

Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

6. Las resoluciones se publicarán en los tabloneros de anuncios, conforme a lo establecido en el artículo 6.3 de la presente Orden, con indicación de los recursos que procedan, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo para interponerlos.

7. En el plazo de diez días hábiles, contados desde el siguiente al de la publicación de la resolución, el interesado deberá formular la aceptación o renuncia expresa en los términos recogidos en la resolución citada. Si transcurrido este plazo el interesado no lo hiciera, la resolución dictada perderá su eficacia, acordándose el archivo con notificación al interesado.

8. La resolución estará sometida a las normas especiales que, en materia de subvenciones, establezca la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía vigente.

**Art. 14. Obligaciones de los beneficiarios.**—Son obligaciones del beneficiario de la subvención:

a) Realizar la actividad o proyecto objeto de la subvención en la forma, plazos y condiciones establecidos en esta Orden, y en la Resolución de concesión. La actividad desarrollada deberá responder al programa presentado y aprobado en la resolución de concesión.

b) Justificar ante la Consejería de Empleo el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización del proyecto, y el cumplimiento de la finalidad que determine la concesión o disfrute de la subvención.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos competentes tanto nacionales como comunitarios, aportando cuanta

información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicar a la Consejería de Empleo la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades subvencionadas. 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, y que se hallan al corriente en el pago, en período ejecutivo, de cualquier otro ingreso de Derecho Público respecto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional decimoctava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

f) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación 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) Hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la actividad u objeto de la subvención que la misma está subvencionada por la Junta de Andalucía, Consejería de Empleo.

i) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos con-

templados en el artículo 18 de la presente Orden.

j) Comunicar al órgano concedente de la subvención, todo cambio relacionado con el contenido del mismo o con las condiciones que se tuvieron en cuenta para la concesión de la subvención, así como todos los cambios de domicilio a efecto de notificaciones que tengan lugar durante el período en que la ayuda es reglamentariamente susceptible de control.

k) Aquellas otras que, en cumplimiento de lo que disponga la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma u otra disposición de aplicación se recojan en la Orden de convocatoria.

**Art. 15. Forma y secuencia del pago.**—1. El abono de la subvención se efectuará mediante un primer pago correspondiente al 75% del importe total de la cantidad concedida, tras la firma de la resolución de concesión, librándose la cantidad restante, una vez finalizada la actividad o proyecto subvencionado, previa presentación por el beneficiario de los documentos justificativos que se especifican en el artículo 16 de la presente Orden y tras la comprobación técnica y documental de su ejecución, salvo aquellos supuestos en que la Ley Anual de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía permita un solo abono.

2. El importe definitivo de la subvención se liquidará aplicando al coste de la actividad efectivamente realizada por el beneficiario, conforme a la justificación presentada, el porcentaje de financiación establecido en la resolución de concesión, sin que, en ningún caso, pueda sobrepasar su cuantía el importe autorizado en la citada Resolución.

3. No podrá proponerse el pago de subvenciones a beneficiarios que no hayan justificado, en tiempo y forma,

las subvenciones concedidas con anterioridad por la Administración Autónoma y sus Organismos Autónomos con cargo al mismo programa presupuestario.

4. A efectos de una mayor transparencia, medida de garantía y control de la subvención, no podrá proponerse el pago a los beneficiarios que no se hallen al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, frente a la Seguridad Social o que sean deudores de la Comunidad Autónoma de Andalucía por cualquier otro ingreso de Derecho Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32.3 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

5. El pago se efectuará mediante transferencia bancaria a la cuenta que el solicitante haya indicado en la solicitud.

**Art. 16. Justificación de la subvención.**—1. Las empresas quedan obligadas a aportar en un plazo máximo de tres meses, contados a partir de la finalización del plazo de realización de la actividad o proyecto subvencionado, los siguientes documentos que acrediten dicha ejecución:

a) Certificación, firmada por el solicitante, donde se ponga de manifiesto que la actividad o proyecto se ha ejecutado adecuadamente en los aspectos técnicos y económicos.

b) Informe de evaluación final, firmado por el solicitante, en el que se analice y evalúe la realización de la actividad en su conjunto y grado de consecución de los objetivos previstos.

c) Resultados de los trabajos y documentación generada con la subvención concedida, o, cuando no sea posible por la naturaleza del proyecto o actividad subvencionada, será suficiente aportar el informe previsto en la letra anterior.

d) Rendición de la cuenta justificativa del gasto efectuado que incluirá la declaración de las actividades realizadas con la subvención y su coste, con el desglose de cada uno de los gastos incurridos (Memoria Contable). La referida memoria, firmada por el solicitante, presentará una relación numerada de los documentos justificativos del gasto realizado, acorde con las partidas detalladas en el presupuesto aceptado por la Junta Andalucía y con la resolución de concesión de la ayuda; con el detalle del número de factura, concepto, importe, fecha de pago y número de asiento contable.

e) Documentos justificativos del gasto total de la actividad subvencionada.

f) Número de asiento contable correspondiente al importe del primer o único desembolso de la subvención concedida por la Administración de la Junta de Andalucía, según corresponda, conforme a la previsión del artículo 15.1 de esta Orden reguladora.

2. Los gastos se acreditarán mediante facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa, en los términos establecidos reglamentariamente. La acreditación de los gastos también podrá efectuarse mediante facturas electrónicas, siempre que cumplan los requisitos exigidos para su aceptación en el ámbito tributario. Se establecerá un sistema de validación y estampillado de los justificantes de gasto que permita el control de la concurrencia de subvenciones.

3. Cuando las actividades hayan sido financiadas, además de con la subvención, con fondos propios u otras subvenciones o recursos, deberá acreditarse en la justificación el importe, procedencia y aplicación de tales fondos a las actividades subvencionadas. En todo caso, los justificantes deberán estar validados y estampillados a efec-

tos del oportuno control de la concurrencia de subvenciones.

4. El importe de la documentación justificativa deberá corresponderse con el presupuesto aceptado de la actividad, aun en el caso de que la cuantía de la subvención concedida fuese inferior.

5. Siempre que se hubiera alcanzado el objetivo o finalidad perseguida, si no se justificara debidamente el total de la actividad subvencionada, deberá reducirse el importe de la ayuda concedida aplicando el porcentaje de financiación sobre la cuantía correspondiente a los justificantes no presentados o no aceptados.

**Art. 17. Modificación de la resolución de concesión.**—1. Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de las subvenciones, así como la obtención concurrente de otras ayudas otorgadas por otras Administraciones Públicas nacionales o internacionales, dará lugar a la modificación de la resolución de concesión en las siguientes circunstancias:

a) A petición motivada de la empresa beneficiaria y previo informe del órgano gestor, en los supuestos de modificaciones o alteraciones de las condiciones iniciales establecidas en la resolución de concesión, ajenas a la voluntad de la entidad beneficiaria, relativas a la ejecución de la actuación objeto de la ayuda.

b) En casos justificados de carácter singular, a petición motivada del interesado y previo informe del órgano gestor, se podrán conceder prórrogas en los plazos máximos de ejecución de la actuación subvencionada. Asimismo, se podrá autorizar, sin modificación de la resolución de concesión, variaciones de las partidas que constituyen el presupuesto financiable, siempre que no se disminuya la inversión total y la destinada a activos fijos.

2. La solicitud de modificación, junto con una memoria explicativa en la que se detallen las modificaciones introducidas, deberá presentarse de forma inmediata a la aparición de las circunstancias que lo motiven, y con antelación a la finalización del plazo de ejecución inicialmente concedido.

3. El acto por el que se acuerde la modificación de la resolución de concesión de la subvención o ayuda pública será adoptado por el órgano concedente de la misma, previa instrucción del correspondiente expediente en el que junto a la propuesta razonada del órgano instructor se acompañarán los informes pertinentes y la solicitud o las alegaciones del beneficiario.

**Art. 18. Causas de reintegro.—**

1. Además de los casos de nulidad y anulabilidad previstos en el artículo 36 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente, desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la 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 VIII de la Ley Gene-

ral de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma 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 cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a los beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, 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 subvención.

g) Incumplimiento de las normas medioambientales al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte del beneficiario de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniera obligado.

h) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a los beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, 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 concu-

rrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

i) La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 y 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro.

2. Cuando el cumplimiento por el beneficiario se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éste una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad a reintegrar vendrá determinada por la aplicación del criterio de proporcionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo n del apartado 3 del artículo 17 de la Ley General de Subvenciones. La cuantía se evaluará mediante una memoria explicativa que exprese el grado de cumplimiento de la actividad efectivamente realizada en relación con la autorizada.

3. Igualmente, en el supuesto de que el importe de las subvenciones resulte ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada, procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada, así como la exigencia del interés de demora correspondiente.

4. Las cantidades a reintegrar tendrán la consideración de ingresos de derecho público, resultando de aplicación para su cobranza lo previsto en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El interés de demora aplicable en materia de subvenciones será el interés legal del dinero incrementado en un 25 por 100, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado esta-

blezca otro diferente. Los procedimientos para la exigencia del reintegro de las subvenciones, tendrán siempre carácter administrativo.

**Art. 19. Derechos de explotación.**—1. Las copias de los proyectos subvencionados en la modalidad 3 «Proyectos innovadores y de desarrollo y difusión de buenas prácticas preventivas», quedarán en propiedad de la Consejería de Empleo. En cuanto a los derechos de explotación y difusión de los mismos, se estará a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

2. Los proyectos no subvencionados, así como la documentación adjunta, podrán recogerse en la sede de la citada Consejería.

**Disposición adicional primera. Régimen Jurídico.**—Las subvenciones a que se refiere la presente Orden, además de lo previsto por la misma, se registrarán por lo establecido en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo que dispongan las leyes anuales del Presupuesto, y la de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras; por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y por el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, así como por las normas aplicables de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

**Disposición adicional segunda. Habilitación.**—Se faculta a la Directo-

ra General de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo para llevar acabo cuantas actuaciones sean necesarias para la ejecución y aplicación de la presente Orden.

**Disposición final única.** *Entrada en vigor.*—La presente Orden entra-

rá en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 8 de mayo de 2006

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo

**ORDEN de 19 de mayo de 2006, por la que se modifica la Orden de 25 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por la contratación de personas para cuidado de un familiar**  
**BOJA núm. 111, de 12 de junio de 2006**

PREÁMBULO

El Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, estableció un conjunto de medidas en favor de las mismas desde una perspectiva integral. Su Disposición Adicional Tercera, establece que las iniciativas por él contenidas serán revisadas de forma continua adaptándolas, en caso necesario, a la realidad cambiante de las familias andaluzas. En cumplimiento de dicho mandato los Decretos 18/2003, de 4 de febrero, 7/2004, de 20 de enero, y 66/2005, de 8 de marzo, han venido a dar respuesta a la revisión y adaptación, actualizando y ampliando las medidas inicialmente incluidas en la precitada norma.

En concreto, el Decreto 66/2005, de 8 de marzo, introdujo una nueva línea de ayudas por la que se incentiva la contratación de personas para la atención y cuidados de un familiar discapacitado o enfermo crónico que requiera una atención continuada. Dicha medida fue desarrollada por la Orden de 25 de julio de 2005.

Transcurrido el primer cuatrienio de vigencia del Decreto 137/2002, mediante el Decreto 48/2006, de 1 de marzo, de ampliación y adaptación de

medidas de apoyo a las familias andaluzas, se establecen nuevas medidas consideradas imprescindibles para atender las actuales demandas sociales, y se dota de vigencia indefinida a aquellas otras que se han revelado útiles y efectivas para atender las necesidades de las familias andaluzas.

Mediante la presente Orden se procede a modificar la Orden de 25 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por la contratación de personas para cuidado de un familiar adaptándola a lo establecido por el citado Decreto 48/2006.

En su virtud, y en uso de las facultades que me han sido conferidas, y a propuesta de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo

DISPONGO

**Artículo Único.** *Modificación de Orden de 25 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por la contratación de personas para cuidado de un familiar.*—A) Modificación del artículo 2 de la Orden de 25 de julio de 2005.

«1. Podrán ser beneficiarias de las ayudas establecidas en la presente Orden las familias andaluzas, definidas como tales por los apartados 2 y 3 del artículo 3 del citado Decreto 137/2002, de 30 de abril, que contraten a una persona trabajadora, para la atención y cuidado de un familiar, hasta el segundo grado, inclusive, de consanguinidad o afinidad, entendiéndose incluido en este ámbito el supuesto de que la contratación la efectúe la propia persona afectada para su cuidado y atención. En cualquier caso, la persona a cuidar y atender deberá tener reconocido al menos un 75% de grado de minusvalía o padecer enfermedad crónica que requiera atención continuada.

2. Será requisito para la obtención de la ayuda que los ingresos de la unidad familiar no superen en cómputo anual los siguientes límites, de conformidad con el apartado 3 de la Disposición Adicional Primera del citado Decreto 137/2002, de 30 de abril, o aquél que lo modifique o sustituya:

— Familias de un miembro: 3 veces el salario mínimo interprofesional (SMI).

— Familias de dos miembros: 4,8 veces el SMI.

— Familias de tres miembros: 6 veces el SMI.

A partir del tercer miembro, se añadirá el valor equivalente a 1 SMI por cada nuevo miembro de la unidad familiar.

3. A los efectos de esta Orden, tendrá la consideración de persona beneficiaria de las ayudas previstas en la misma, aquel miembro de la unidad familiar que contrate a la persona que preste la atención o ser vicio.

4. Los incentivos consistirán en una cuantía a tanto alzado que ascenderá a 2.000,00 euros al año, hasta un máximo de tres anualidades y de conformidad con la siguiente secuencia: 2.000,00 euros a la fecha de la resolu-

ción de concesión respecto del primer ejercicio de contratación; 2.000,00 euros en el segundo ejercicio de contratación y 2.000,00 euros en el tercer ejercicio de contratación, siempre que se haya acreditado en los términos establecidos por el apartado 3 del artículo 11 de la presente Orden, el mantenimiento del puesto de trabajo durante el período mínimo de contratación establecido por el artículo 4 de la misma».

B) Supresión del apartado e) del artículo 3 de la Orden de 25 de julio de 2005.

C) Modificación del apartado 3 del artículo 6 de la Orden de 25 de julio de 2005.

«3. Los impresos de solicitud de los incentivos articulados en esta Orden, incluirán sendas Declaraciones responsables relativas a otras ayudas concedidas y/o solicitadas para la misma finalidad procedente de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, y a no encontrarse incurso en ninguna de las demás causas de exclusión previstas en el artículo 3 de la presente Orden».

D) Supresión del apartado 2, letra e) del artículo 12 de la Orden de 25 de julio de 2005.

E) Supresión del artículo 14 de la Orden de 25 de julio de 2005.

F) Introducción de un nuevo artículo 16 de la Orden de 25 de julio de 2005.

«Artículo 16: Excepción a la prohibición establecida en la letra e) del apartado segundo del artículo 13 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones.

De conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, las personas que soliciten las ayudas reguladas en la presente Orden quedan excepcio-

nadas, en base a que las mismas tienen por finalidad paliar la sobrecarga que para la unidad familiar supone contar con un miembro discapacitado o enfermo crónico que requiera una atención continuada, de aportar la acreditación de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, establecida por el artículo 13.2.e) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, así como la de no tener deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía establecida por el citado artículo 29.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre».

**Disposición Transitoria Unica.**

*Adaptación de la cuantía de ayudas concedidas durante el año 2005.*—La cuantía de la ayuda recogida en el apartado A del artículo único de la presente Orden será de aplicación a aque-

llas ayudas que se concedan a partir del año 2006, con independencia de la fecha en la que fueron solicitadas, y a las anualidades 2006 y 2007 respecto de las y a concedidas en el año 2005.

**Disposición Final Primera.** *Desarrollo normativo y ejecución.*—Se autoriza a la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la ejecución de la presente Orden en el ámbito de sus competencias específicas.

**Disposición Final Segunda.** *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, 19 de mayo de 2006

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo



