
TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

124

Junta de Andalucía
Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO
Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

VOCALES

LUIS NIETO BALLESTEROS	Viceconsejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ANTONIO GONZÁLEZ MARÍN	Secretario General de Empleo
MANUEL GABRIEL PÉREZ MARÍN	Director General de Relaciones Laborales
FCO. JAVIER ZAMBRANA ARELLANO	Director General de Seguridad y Salud Laboral
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO	Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Catedrático de Organización de Empresas Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1º, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico– 72 euros. Número suelto: 18 euros

Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 124/2014
Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- Un proceso de cambio continuo en el régimen jurídico de la relación de trabajo: (otras) dos nuevas reformas estructurales, Real Decreto-ley 16/2013 y Real Decreto-ley 3/2014 13
ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO
- La aplicación del principio “Non Bis in Idem” en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 63
MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO
- Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/ negociación 121
M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES
- La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y su carácter excepcional a la luz de las últimas reformas 157
MANUELA DURÁN BERNARDINO

2. MERCADO DE TRABAJO

- Sobre la calidad del empleo creado. Análisis de coyuntura del mercado de trabajo en el segundo semestre de 2013 185
SANTOS RUESGA BENITO
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
LAURA PÉREZ ORTÍZ
ANA I. VIÑAS APAOLAZA

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA
Universidad de Cádiz
Constitución de comité de seguridad y salud 219
MARÍA DEL JUNCO CACHERO
- RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO
Universidad de Sevilla
El período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores: un ejemplo de vulneración de la Carta Social Europea 227
MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Universidad de Málaga La condición de residencia como causa de suspensión o extinción de la protección por desempleo: la influencia de la doctrina judicial en el legislador JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	245
DERECHO PROCESAL LABORAL Universidad de Jaén La convulsa ubicación de competencias en materia de prestaciones por dependencia en el periodo de entre leyes: ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social; y la ley por nacer JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ	259
4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	271

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista *Temas Laborales* pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.cem.junta-andalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesusacruz@us.es y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a la Revista –que puede consultarse en detalle en el espacio web <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/>-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (Keywords) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecuillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva* (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga, no obstante, el informe también podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN
REVIEW
Nº 124/2014
Second Trimester

INDEX

1. STUDIES

- A process of continuous change in the legal regime of the employment relationship: (other) two new structural reforms, Royal Decree-Law 16/2013, and Royal Decree-Law 3/2014 13
ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO
- The application of the principle of double jeopardy (non bis in idem) in the field of Labour and Social Security Law 63
MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO
- The committees ad hoc in the consultation/negotiation periods 121
M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES
- The economic benefit for care in the family environment and its exceptional nature in the light of the latest reforms 157
MANUELA DURÁN BERNARDINO

2. LABOUR MARKET

- About the quality of the employment created. Analysis of situation of the labour market in the second half of 2013 185
SANTOS RUESGA BENITO
JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO
LAURA PÉREZ ORTÍZ
ANA I. VIÑAS APAOLAZA

3. JUDICIAL COMMENTS

- REPRESENTATION AND COLLECTIVE PARTICIPATION
University of Cadiz
Establishment of Safety and Health Committee 219
MARÍA DEL JUNCO CACHERO
- EMPLOYMENT CONTRACT REGIME
University of Seville
The trial period of the contract in support of entrepreneurs: an example of violation of the European Social Charter 227
MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO

SOCIAL SECURITY BENEFITS	
University of Malaga	
The status of residence as a cause of suspension or termination of unemployment protection: the influence of the judicial doctrine in the legislature	245
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	
LABOUR LEGAL CASE	
University of Jaen	
The turbulent location of competence for dependency benefits in the period between laws: law 39/2006, of promoting personal autonomy and care for people in a situation of dependency, 36/2011, social jurisdiction; and the law by birth	259
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ	
4. LEGISLATIVE REMARKS	
Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia	271
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

UN PROCESO DE CAMBIO CONTINUO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO: (OTRAS) DOS NUEVAS REFORMAS ESTRUCTURALES REAL DECRETO-LEY 16/2013 Y REAL DECRETO-LEY 3/2014

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

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

EXTRACTO

Palabras Clave: Reforma; tiempo parcial; jornada; cotización; fomento de empleo

Insertos en el que parece un proceso continuo de reformas que afectan a aspectos principales de la relación de trabajo, dos nuevas normas han aparecido en algo más de dos meses. Y aún entre ellas, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014 introduce también reformas importantes. En el presente artículo se plantean los aspectos más importantes de las modificaciones introducidas tanto por el Real Decreto-Ley 16/2013 como por el Real Decreto-Ley 3/2014. El primero, lejos de incorporar meros ajustes normativos tal como declara su exposición de motivos, incluye modificaciones sustanciales que afectan fundamentalmente a aspectos del tiempo de trabajo: contrato a tiempo parcial y distribución irregular de la jornada. Pero también a otros aspectos esenciales como el régimen de cotización o distintos aspectos en materia de régimen de contratos. Por su parte, el Real Decreto-Ley 3/2014 incorpora una nueva medida de fomento que modifica los criterios y dinámicas precedentes y que concurren con otras medidas precedentes. Se incorpora por primera vez un criterio nuevo, denominado tarifa plana, en lo que es más un término comercial que jurídico.

ABSTRACT

Keywords: Reform; part time; working time; contributions; promotion of employment

Inserts in which seems to be a continuous process of reforms that affect major aspects of the employment relationship, two new standards have appeared in two months. And even among them, the law of the State budgets for 2014 also introduces important reforms. In this article, there are the most important aspects of the modifications introduced by the Royal Decree-Law 16/2013 as by the Royal Decree-Law 3/2014. The first, far from enter mere regulatory settings such as he declares his explanatory statement, includes substantial amendments that mainly affect aspects of working time: part-time contract and irregular distribution of hours. But also other essential aspects, such as the contribution regime or various aspects of contract regime. For its part, the Royal Decree-Law 3/2014 incorporates a new building measure amending the criteria and preceding dynamics and that concur with previous measures.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. UNA PRESENTACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 16/2013: MÁS QUE MEROS AJUSTES NORMATIVOS
3. UNA NUEVA MODIFICACIÓN (SUSTANCIAL) DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL
 - 3.1. Mayor flexibilidad para conseguir una mayor utilización del trabajo a tiempo parcial. Aspectos generales de la modificación del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial
 - 3.2. Nuevos criterios sobre la distribución de la jornada
 - 3.2.1. La especificación en el contrato de trabajo del “modo de distribución según lo establecido en el convenio colectivo”
 - 3.2.2. La supresión de la referencia a jornada partida y jornada continuada en el nuevo art. 12.4.b)
 - 3.3. Prohibición de realización de horas extraordinarias y nueva regulación del pacto de horas complementarias
 - 3.3.1. Se amplían los supuestos en que se permite el pacto de horas complementarias
 - 3.3.2. Se flexibiliza el régimen jurídico de las horas complementarias
 - 3.3.3. Se introduce un nuevo supuesto de ampliación de la dedicación: las horas complementarias de aceptación voluntaria (en contratos indefinidos a tiempo parcial)
 - 3.3.4. Y, finalmente, se instauran nuevas obligaciones formales sobre horas realizadas por los trabajadores a tiempo parcial
 - 3.3.5. En conclusión, se modifica de forma sustancial el régimen del contrato a tiempo parcial y se establece un nuevo régimen transitorio
 - 3.4. Nuevas medidas de fomento de la contratación a tiempo parcial: reducción de cotizaciones por desempleo y permisión del contrato de fomento de emprendedores a tiempo parcial
 - 3.5. Supresión de las preferencias sobre conversión de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo y viceversa
4. UNA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA PREVISTA (CON CARÁCTER SUPLETORIO) EN EL ART. 34.2 DEL ET: ¿UNA NORMA ACLARATORIA?
5. MODIFICACIONES EN MATERIA DE RÉGIMEN DE LAS MODALIDADES DE CONTRATOS DE TRABAJO
 - 5.1. Duración del período de prueba en supuestos de contratos de duración determinada
 - 5.2. Se amplía a los contratos en prácticas la posibilidad de contratación a través de ETT
6. OTRAS MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL RDL 16/2013
7. ESPECÍFICAMENTE, SOBRE LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL. EN PARTICULAR, LA MODIFICACIÓN DEL ART. 109 DE LA LGSS
8. EL REAL DECRETO-LEY 3/2014: UNA (NUEVA) ACTUACIÓN SOBRE EL RÉGIMEN DE COTIZACIÓN COMO MEDIDA DE FOMENTO DE EMPLEO
 - 8.1. Una nueva medida de fomento de empleo no concordante con medidas anteriores
 - 8.2. El régimen jurídico de esta reducción de cotizaciones por contratos indefinidos
 - 8.2.1. Contenido y objeto de la reducción de cotizaciones
 - 8.2.2. Requisitos para acceder a la reducción
 - 8.2.3. Supuestos excluidos de la medida
 - 8.2.4. Efectos y dinámica de la medida
9. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Dos normas recientes se han sucedido con el objetivo de impulsar el crecimiento del empleo o la estabilización de dicho crecimiento (siempre en palabras del Gobierno como legislador urgente). Ante el evidente problema que suponen unas tasas de desempleo inasumibles para cualquier mínima cohesión social, el Gobierno intenta dar una serie de soluciones que en estos casos se definen, bien como meros ajustes menores de una serie de reformas estructurales previas (fundamentalmente centradas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), o bien como medidas urgentes adicionales de fomento de la contratación. No obstante, en uno y otro caso, y es cierto que con diferencias evidentes, se continúa en una labor de adopción de medidas sucesivas siempre declaradas urgentes y aprobadas por decreto ley que conforman reformas sustanciales del mercado de trabajo.

Como decimos, hay diferencias evidentes entre las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2013 y las dispuestas en el Real Decreto-Ley 3/2014. En el primero nos encontramos con una nueva modificación de las normas laborales básicas, afectando, pese a lo dicho en su propia exposición de motivos, a aspectos esenciales de la misma. En el segundo nos encontramos con normas más coyunturales pero de amplio calado, ya que afecta a una determinada concepción del régimen de cotización de la seguridad social (justo, quizá, en un sentido contrario al dispuesto en la reforma del art. 109 de la Ley General de la Seguridad Social que recoge el primer decreto ley de los citados y distinto de los criterios de fomento de empleo precedentes).

En todo caso, y antes de entrar en el análisis jurídico de estas modificaciones, es evidente que el régimen jurídico del mercado de trabajo en nuestro país adolece claramente de la estabilidad necesaria. Se suceden las reformas y las modificaciones; y ello no aporta un elemento necesario de seguridad jurídica¹. Se suceden, al tiempo, regímenes transitorios que afectan a aspectos tan esenciales como el régimen jurídico de los contratos de trabajo y se suceden medidas de fomento de empleo cuya coherencia o interrelación puede cuestionarse. Así se puede producir una evidente confusión aplicativa en aspectos elementales que requerirían, más que un ajuste constante o más que medidas coyunturales que se modifican continuamente, un debate sosegado que contribuyera a una deseada estabilidad normativa de nuestro mercado laboral y de nuestro sistema de relaciones laborales.

¹ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde hablan, respecto del Real Decreto-Ley 16/2013, de una “tercera generación de reformas estructurales en materia laboral y de Seguridad Social”. “Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre). Relaciones Laborales nº 2, 2014; pág. 2. Asimismo hablan de “un tejer y destejer caracterizador de la tensión reformista instalada en nuestro ordenamiento laboral” (op. cit. pág. 4).

2. UNA PRESENTACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 16/2013: MÁS QUE MEROS AJUSTES NORMATIVOS

Son ya varias las veces que se modifica el Estatuto de los Trabajadores tras la importante reforma de 2012. El concepto de “ajustes menores” empleado en la propia justificación de la reforma introducida ahora apunta a un modo de legislar en sí misma criticable. Parece que el Gobierno, como recurrente legislador de urgencia, acude a un modelo de ensayo-error en la conformación de aspectos esenciales del Derecho del Trabajo que se hacen depender no ya de la coyuntura económica sino de los pretendidos efectos inmediatos que, a su juicio, debe procurar cada reforma normativa.

Difícilmente, además, se puede admitir la necesidad urgente que justificaría legislar, de nuevo, por decreto ley. Desde la perspectiva de una deseable estabilidad normativa, habría que cuestionar la sucesión de reformas de aspectos esenciales del Derecho del Trabajo y de sus instituciones. Aunque la doctrina del Tribunal Constitucional avalara esta posibilidad (como lo ha hecho con el Real Decreto-Ley 3/2012²), qué duda cabe que, desde una perspectiva de oportunidad al menos, debería cuestionarse esta forma de legislar, que aporta, más que adecuación a una coyuntura económica y social sin duda muy difícil, incertidumbres en la conformación de un marco jurídico que también demanda, como decimos, estabilidad y respeto a los procedimientos legislativos ordinarios³.

En todo caso, como apuntamos, es difícil admitir acriticamente que este-mos ante una reforma que incorpore meros “ajustes menores en la normativa laboral”, tal como destaca la exposición de motivos.

² Auto del Tribunal Constitucional 43/2014, de 12 de febrero de 2014. Como afirma el mismo en relación con este tema “la apreciación de la concurrencia de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno en primer término y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario, no siendo posible un control por parte de este Tribunal de esa valoración que permita una revisión de fondo del juicio político, más allá de la constatación de que no se trata de una decisión abusiva o arbitraria” (cita, en este sentido pronunciamientos anteriores como el auto 179/2011, de 13 de diciembre, o las sentencias 332/2005, de 15 de diciembre; 170/2012, de 4 de octubre; o, 237/2012, de 13 de diciembre. De esta forma, como sigue afirmando el Tribunal Constitucional, el control externo que compete al mismo alcanza exclusivamente a la constatación de dos exigencias: “a) por un lado, el requisito de que la definición por los órganos políticos de una situación de extraordinaria y urgente necesidad ‘sea explícita y razonada’,...”; y, “b) la necesidad de que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan, de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar”. En todo caso, es interesante el argumento del voto particular planteado por el magistrado prof. Valdés Dal Ré, que niega la concurrencia de razones de extraordinaria y urgente necesidad en términos similares a los defendidos en este trabajo.

³ Una acertada crítica a esta forma de legislar de urgencia, destacando el “escepticismo” que provoca Sempere Navarro y San Martín Mazzuconi; “Contenido socio laboral del RDLey 16/2013 y de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre”; Aranzadi Social nº 11/2014, parte Tribuna –westlaw-”.

Antes al contrario, creemos que nos encontramos ante una reforma trascendente, que altera el régimen jurídico de condiciones básicas de trabajo (como es nada más y nada menos que la gestión del tiempo de trabajo, como concretamente el régimen de distribución irregular de la jornada); que apuesta por un incremento de las posibilidades de disponibilidad del trabajador en el contrato a tiempo parcial hasta casi poder duplicar la dedicación inicialmente pactada; un contrato a tiempo parcial que se fomenta también de duración determinada (ampliando a estos supuestos el pacto de horas complementarias) y que se extiende a modalidades contractuales hasta el momento vedadas para el mismo (contrato de apoyo a emprendedores). El que con la misma concurren aspectos relativamente más técnicos, como el nuevo tratamiento –supletorio– de la duración del período de prueba para los contratos de duración determinada inferior a seis meses, la regulación del requisito de procedencia de otro sector de actividad en el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa o, más concretos pero también sustanciales, como el incremento de la edad en que los menores pueden dar lugar a la reducción de jornada por guarda legal o la ampliación a los supuestos de contratos en prácticas los casos en que se permite el contrato de puesta a disposición con una empresa de trabajo temporal no permite que se concluya con que este mos ante una modificación menor. Se trata, como decimos, de una reforma importante, centrada en aspectos diversos pero básicos, que seguramente hubieran requerido una mayor estabilidad en su tratamiento normativo y una mayor consideración que los alejara de este concepto de mero ajuste menor al que acude, para su justificación, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 16/2013.

3. UNA NUEVA MODIFICACIÓN (SUSTANCIAL) DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

3.1. Mayor flexibilidad para conseguir una mayor utilización del trabajo a tiempo parcial. Aspectos generales de la modificación del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial

La exposición de motivos del Real Decreto-Ley 16/2013 declara la opción del Gobierno por el fomento del contrato a tiempo parcial “como una importante vía de ingreso en el mercado de trabajo y de transición hacia el trabajo a tiempo completo y la contratación indefinida, respectivamente”.

Independientemente de las opiniones que puede merecer esta comprensión del contrato a tiempo parcial⁴, lo cierto es que el Gobierno como legislador ur-

⁴ Sobre la utilidad del contrato a tiempo parcial, vid. Miñarro Yanini; “El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia”. Relaciones Laborales n° 3/2014; pág. 44.

gente insiste en el fomento de esta figura sobre bases anteriormente ya puestas de manifiesto (la escasa utilización comparada de esta figura en nuestro país⁵) pero con un matiz algo novedoso. No se trata de fomentar el trabajo estable, aun a tiempo parcial, sino de ampliar las posibilidades de esta modalidad de trabajo en aquellos supuestos originalmente no previstos (contrato de apoyo a emprendedores), en supuestos más precarios (contratos a tiempo parcial temporales) y de incrementar los criterios de flexibilidad (fundamental y precisamente en materia de tiempo de trabajo). De ahí que, fundamentándose en la situación de desempleo, se opta por fórmulas de mayor flexibilidad (alguien podría denominar precariedad) en la idea declarada de que puede servir de transición futura hacia el trabajo a tiempo completo y la contratación indefinida que sigue pareciendo, lógicamente, deseable.

Para el Gobierno, “el trabajo a tiempo parcial es un mecanismo que otorga al empresario flexibilidad en el tiempo de trabajo” y en ello se incide aún más en una evolución de la regulación de los criterios de disponibilidad del trabajador que llega hasta un máximo de discrecionalidad por parte del empresario; “a la par que posibilita al trabajador conciliar la vida laboral y personal y compatibilizar trabajo y formación”⁶, conciliación y compatibilidad difíciles, sin duda, si la base de la reforma se plantea, de nuevo, sobre un incremento de las posibilidades de disponibilidad del trabajador.

Los aspectos fundamentales de la reforma del contrato a tiempo parcial se centran principalmente en incrementar la flexibilidad del régimen de dedicación y de distribución del tiempo de trabajo (de la gestión del tiempo de trabajo en los términos que utiliza la exposición de motivos)⁷. Otra vez se incide en este aspecto, modificando criterios incorporados en la Ley 3/2012, seguramente porque la regulación derivada de aquella norma creaba elementos de incertidumbre excesivos. Además, como decimos, se amplían dichas medidas a contratos temporales a tiempo parcial, lo que es recurrente con la rebaja de las cotizaciones del contrato a tiempo parcial temporal, o la permisón del contrato de apoyo de emprendedores también con dedicación parcial.

La propia exposición de motivos de este Real Decreto-Ley justifica en dos motivos fundamentales la menor utilización del contrato a tiempo parcial en nuestro país. En primer lugar, en un aspecto que entiende resuelto, por la menor protección social que de hecho conllevaba (insistimos, resuelto a juicio del

⁵ Cada vez más aproximada, por otra parte. Confr. a este respecto las estadísticas de Eurostat. <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tps00070>.

⁶ Confr. Miñarro Yanini; op. loc. cit.

⁷ Cambiando, en el sentido que ha destacado la doctrina, la propia concepción del contrato a tiempo parcial a una “modalidad de organización flexible del tiempo de trabajo”. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde; “Contratación...”; cit. págs. 10 y ss.

legislador urgente con el Real Decreto-Ley 11/2013 y ahora, tras la tramitación de aquél como proyecto de ley, con la Ley 1/2014). En segundo lugar, por el hecho de que, “desde la perspectiva empresarial, el régimen laboral del contrato a tiempo parcial no ha incorporado los suficientes elementos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo”.

Por ello, se centran en este último aspecto los elementos fundamentales de esta nueva reforma, que, como decimos, abandona criterios precedentes sobre los que se había basado este mismo objetivo (la permisión de realización de horas extraordinarias, de nuevo prohibidas) y opta por el pacto de horas complementarias como mecanismo de flexibilización en la gestión del tiempo de trabajo (que descansa, principalmente, en el incremento de la disponibilidad del trabajador).

La reforma del régimen del contrato a tiempo parcial conlleva una nueva redacción completa de los apartados 4 (régimen jurídico) y 5 (pacto de horas complementarias) del art. 12 del Estatuto de los Trabajadores. Se centra en aspectos concretos, aunque, eso sí, esenciales que afectan a la conformación misma del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial.

3.2. Nuevos criterios sobre la distribución de la jornada

En la Ley 3/2012 se había optado por la permisión de realización de horas extraordinarias. En ella se centraba la pretendida mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial; más en las posibilidades de distribución que en el propio incremento de dedicación dado que el mecanismo de compensación de horas extraordinarias incidía fundamentalmente en esta comprensión.

Ahora, el legislador urgente opta por las horas complementarias como mecanismo de flexibilidad; un mecanismo que, consecuentemente, favorece una mayor disponibilidad del trabajador a tiempo parcial (quizá excesiva en los límites máximos que autoriza a la negociación colectiva). Con este criterio pretende fomentar la contratación laboral, aunque con una fórmula que crea, sin duda, mayor incertidumbre en aspectos básicos como la dedicación, la distribución horaria, la conciliación y el salario, que siempre dependerá del trabajo solicitado.

Siendo esta la opción del legislador, formalmente la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo parece haberse quedado en la parte complementaria de la jornada, que queda a disposición del empresario y cuya ejecución puede solicitar con menores requisitos (de preaviso fundamentalmente).

Por ello, adquieren importancia los criterios generales sobre distribución del tiempo de trabajo en la parte ordinaria de la jornada pactada (la referida a horas complementarias dependerá de la decisión empresarial conforme a los

requisitos de preaviso, más laxos, dispuestos). Veamos a continuación estos aspectos.

3.2.1. La especificación en el contrato de trabajo del “modo de distribución según lo establecido en el convenio colectivo”

El Real Decreto-Ley 16/2013 incorpora una nueva regla sobre formalización del contrato a tiempo parcial -art. 12.4.a)-. En dicha norma se sigue diciendo que “en el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, al mes o al año contratadas”, pero en esta nueva redacción se añade una nueva coetilla que alude a la necesidad de especificar el modo de distribución de la jornada según lo previsto en convenio.

La evolución de cómo debe reflejarse la distribución del tiempo de trabajo en la formalización del contrato a tiempo parcial ha sido una cuestión recurrente desde la inicial reforma del Real Decreto-Ley 15/1998, que dispuso un criterio concreto y estricto. Tal como disponía el art. 12.4.a) en la redacción dada por el mismo, en el contrato de trabajo deberían figurar “el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, la distribución horaria y su concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador deberá prestar servicios”.

Sin embargo, la Ley 12/2001, además de modificar sustancialmente el concepto precedente de contrato a tiempo parcial –que subsiste hasta hoy-, flexibilizaba tal exigencia inicial. A partir de esta reforma, la norma solo incorporaba una referencia a la distribución como contenido del contrato formal (“en el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución”). Se hacía, pues, una alusión de carácter general, menos tangible, que pretendía, sin duda, aportar flexibilidad al empresario a la hora de precisar cuándo se llevaría a cabo la prestación de servicios por parte del trabajador.

Así se mantuvo la redacción de este apartado a) hasta ahora, aunque, evidentemente, la reforma de 2012 acudía a otros mecanismos indirectos de flexibilidad en la distribución de la jornada que incrementaban las iniciales posibilidades del empresario. La permisión de realizar horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial o la aplicación de los criterios generales de distribución irregular que pasaba a regular en el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores incidían en ello y relativizaban con claridad, como hemos dicho, la importancia de cualquier referencia a los criterios de distribución de la jornada.

Ahora, desaparece la posibilidad de realizar horas extraordinarias y puede adquirir más importancia cualquier referencia a los criterios de distribución de la jornada (aun cuando se mantenga la posibilidad de admitir la aplicación de los criterios de distribución irregular previstas en el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores). Y, además, aparece una nueva mención dentro de los requisitos

de formalización del contrato que exige que en el contrato figure “el modo de distribución” vinculándola, además, a lo previsto en el convenio colectivo (“según lo previsto en convenio colectivo”).

¿Qué significado tiene esta mención?, ¿qué intención tiene el legislador cuando la incorpora?

Sin duda, esta mención ha de contemplarse en el contexto general de reforma o modificación del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial; fundamentalmente con respecto al cambio que supone que los mecanismos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo oscilen desde de la permisión de horas extraordinarias a la ampliación de supuestos en que se permite el pacto de horas complementarias.

En cualquier primera aproximación parecería que dicha alusión implica una mayor concreción con respecto la norma precedente y puede llamarnos la atención, dada la intención declarada de ofrecer una mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo; por eso, sin duda, cobra interés saber qué ha de entenderse, a estos efectos, por “modo de distribución”, cómo puede interpretarse y, además, cuál es el sentido de esta remisión al convenio colectivo.

Varias son las posibilidades de aproximación a la cuestión.

Desde una perspectiva literal, si atendemos a la definición de “modo” del diccionario de la Real Academia Española nos encontramos que, respectivamente en sus dos primeras acepciones, modo se define como “aspecto que ante el observador presenta una acción o un ser”; o “procedimiento o conjunto de procedimientos para realizar una acción”. Por tanto, podría interpretarse tal referencia en un doble sentido. O bien se trata de la descripción de cuál es la distribución de la jornada prevista en el contrato (con un grado de concreción relativo dado que el mismo se puede entender remitido al convenio colectivo); o bien se alude al procedimiento o a los criterios en que pudiera establecerse dicha distribución (en su caso, igualmente conforme lo previsto en el convenio).

Sin perjuicio de análisis más detenidos, (sólo) algún convenio, como el convenio colectivo estatal de grandes almacenes⁸, incorpora una dicción muy similar a la ahora contenida en el art. 12.4.a), cambiando el término “modo” por “criterio”, y recoge criterios indicativos sobre cuándo se exigirá la prestación de servicios de los trabajadores a tiempo parcial.

Conforme dice dicho convenio colectivo, en su artículo 9 (para un sector donde puede tener especial incidencia esta modalidad contractual⁹), “se espe-

⁸ BOE 22 de abril de 2013.

⁹ Conf. a estos efectos las estadísticas del INE sobre ocupados por rama de actividad y dedicación para 2012. El 17,7 por ciento de las mujeres ocupadas lo eran a tiempo parcial en el comercio; el 15,2 de hombres (en este caso sí superado por la industria manufacturera). En el caso de la mujer, el 13,5 era el porcentaje de dedicación a tiempo parcial en el siguiente sector donde se daba esta dedicación con mayor incidencia: servicios sanitarios y servicios sociales. La incidencia, pues, es evidente.

cificará en los contratos de trabajo a tiempo parcial el número de horas al día, a la semana, al mes, o al año contratadas, así como los criterios para su distribución en los términos previstos en el presente Convenio”. Y añade: “A título indicativo se podrán establecer en el contrato franjas horarias con carácter general, entendidas como los períodos en los que es exigible la prestación de trabajo ordinario y, en su caso, las horas complementarias. A tal efecto podrán tener la consideración de franja horaria los turnos de referencia horaria que puedan establecerse con carácter general en el ámbito de empresa”¹⁰.

Como puede comprobarse, este convenio, anterior obviamente a la reforma que estamos comentando, encaja perfectamente en el contenido de la nueva previsión legal. Hasta tal punto que parece ser referente de la misma.

Sin embargo, en este mismo sector (comercio) los convenios más recientes no tienen una referencia como ésta¹¹. De esta manera, parece que el legislador ha reflejado una visión exclusivamente sectorial (de determinado subsector además) al que, por otra parte, y vistos sus antecedentes, parece estar destinada toda la modificación del régimen del contrato a tiempo parcial¹².

De cualquier forma, y sin perder de vista estas consideraciones, la referencia al “modo de distribución” incorpora dudas sobre cuál deba ser su concreción a la hora de la formalización del contrato a tiempo parcial, no pareciendo coherente con la posición del legislador que se exija una completa especificación de los criterios de jornada.

En una interpretación sistemática y de conjunto, entendemos que la referencia al “modo de distribución” debe entenderse como el criterio que puede utilizarse para la determinación del tiempo de trabajo, incluyendo, en su caso, el primer criterio empleado en la distribución general de la jornada en relación a su período de referencia (horas al día, horas al mes o al año; o lo que es igual, distribución horizontal o vertical). Y en este sentido habría que entender la remisión al convenio, en la medida en que éste pudiera establecer criterios al respecto.

Pero hay otro elemento que creemos importante tener en consideración. La referida opción por el pacto de horas complementarias como mecanismo de

¹⁰ Además de establecer criterios indicativos para la realización de horas complementarias. Según dispone: “No será exigible la realización de horas complementarias cuando no vaya unida al inicio o fin de la jornada ordinaria, y sólo será posible una interrupción (nunca mayor de cuatro horas) si la jornada efectivamente realizada tal día es superior a cuatro horas. Sólo será exigible la realización de horas complementarias en días en los que no esté planificada jornada ordinaria para un mínimo de cuatro horas continuadas y siempre dentro de la franja contratada”.

¹¹ Por ejemplo, Convenio colectivo de Eroski (BOE 7 de marzo de 2012), Convenio del Grupo Champion (BOE 30 de enero de 2012) por citar alguno de los más importantes convenios de empresa del sector.

¹² Ya la modificación de 2001 fue directa e inmediatamente incorporada en este convenio (BOE 10 de agosto de 2001).

flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo (en detrimento del precedente, la realización de horas extraordinarias) pone el énfasis en la disponibilidad del trabajador en la ampliación posible de su dedicación (y sobre este añadido de dedicación se aplicarían los criterios de flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo –que, con los requisitos previstos, ahora por cierto menos rigurosos, corresponde en su iniciativa exclusivamente al empresario-). Pero este instrumento, la realización de horas complementarias, requiere cierta dosis de determinación previa de la distribución inicial de la jornada de trabajo comprometida. En caso contrario, con una absoluta libertad de distribución del tiempo de trabajo comprometido, puede tener dificultades discernir entre incremento de la dedicación y distribución irregular de la jornada; como por otra parte ocurría con claridad en la difícil distinción entre horas extraordinarias y mecanismos de distribución irregular (lo que sigue planteándose respecto al régimen del contrato a tiempo completo y que pretende solventar –aunque con una solución discutible como diremos- la propia modificación del art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores).

Por ello, entendemos que la referencia implica, *a priori*, cierto grado de determinación previa de la distribución de la jornada; al menos, desde una perspectiva descriptiva sobre la distribución previa del tiempo de trabajo comprometido que permita cierta concreción en el sentido que expone el convenio citado y que, al tiempo, ayude a discernir cuándo puede exigirse al trabajador la realización de horas complementarias pactadas¹³.

Es cierto que por el propio contexto de las últimas reformas laborales (incluida la que comentamos) no parece concordante con que el legislador haya pretendido establecer una concreción absoluta que aportara certidumbre definitiva sobre la distribución del tiempo de trabajo comprometido. Los ele-

¹³ Esta dificultad siempre se puede plantear. Es recurrente sea cual sea el mecanismo de incremento de dedicación. Pero, desde la dinámica del pacto de horas complementarias y teniendo en cuenta su similitud con la prevista para los mecanismos de distribución irregular de la jornada del art. 34.2, sería apropiado partir de cierta definición previa de cuál es la distribución de la jornada comprometida en el contrato a tiempo parcial. Una definición previa que sirva de base mínima imprescindible sobre la que calcular o aplicar el incremento de dedicación que puede derivar del compromiso de disponibilidad establecido en el pacto de horas complementarias.

^{En} todo caso, es obvio que la dicción legal incorpora elementos de incertidumbre, tanto en su interpretación posible como en su aplicación efectiva o concreta. La falta de contenido del convenio al respecto (como, por otra parte, parece habitual) puede incidir en ello.

^{Si} el referente que encontramos es la regulación que contiene algún convenio como el citado (cuya comparación parece obvia), supone que el legislador ha centrado en determinados sectores o subsectores una regulación general como la que ahora se modifica. Si, por otra parte, la opción por el pacto de horas complementarias como único instrumento para facilitar la que denomina flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo es el pacto de horas complementarias, parece claro que su propia dinámica exige cierto grado de determinación previa de los criterios, del “modo” en definitiva, de distribución de la jornada de trabajo comprometida.

mentos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo son evidentes (horas complementarias y distribución irregular de la jornada ex art. 34.2) y obvian aquella posibilidad y redundan en los datos e impresiones que destacamos. Pero sí parece obvio que, desde la dinámica de los mismos, se puede exigir una primera descripción de cuáles son los criterios generales de distribución del tiempo de trabajo comprometido en el contrato a tiempo parcial. Por ejemplo, en el sentido en que parece estar presente en el convenio citado y que permite discernir, aun con todos los matices que cabría hacer, distribución irregular de la jornada y realización efectiva de horas complementarias como supuesto de incremento de dedicación. Este parece ser el modelo que adopta, no sin incoherencias, el legislador urgente.

3.2.2. La supresión de la referencia a jornada partida y jornada continuada en el nuevo art. 12.4.b)

En materia de distribución del tiempo de trabajo nos encontramos también con una modificación menor. Desaparece el primer inciso del art. 12.4.b) según el cual, con carácter general, la jornada diaria en el trabajo a tiempo parcial podría realizarse de forma continuada o partida.

En un contexto de mayor flexibilidad en la comprensión de la gestión del trabajo a tiempo parcial, o, si se nos apura y en consonancia con el nuevo concepto incluido en el art. 12.4.a), con el “modo de distribución”, no tiene sentido para el legislador mantener la dualidad clásica de jornada diaria o partida. Simplemente mantiene, en los mismos términos, el límite de que “cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y ésta se realice de forma partida, sólo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante convenio colectivo”.

Por tanto, dicha interrupción no dependerá de la forma de distribución de la jornada diaria –continuada o partida- sino, exclusivamente, de que el contrato de trabajo a tiempo parcial conlleve una jornada diaria y que ésta sea inferior a la de los trabajadores a tiempo completo (en caso contrario ya estaríamos fuera del ámbito de aplicación de la norma).

En este supuesto, y no cuando la jornada diaria del trabajador sea coincidente con la jornada diaria de un trabajador comparable, solo podrá haber una única interrupción cuya duración, por otra parte, no se contempla.

La finalidad de la norma, desde su propio origen, es evitar la excesiva división de la jornada de trabajo que redundara en una absoluta disponibilidad del trabajador y el impedimento claro de cualquier desarrollo personal o profesional. Pero no dispone (no disponía) cuál puede ser la duración de tal interrupción o si la misma ha de darse necesariamente en los términos establecidos en el art. 34.3 cuando lleguen a las seis horas continuadas.

En otros términos, nada impediría una absoluta división de la jornada si la misma es igual a la jornada diaria de un trabajador a tiempo completo aunque aquí también cabría afirmar que, en todo caso, sería de aplicación el límite de jornada continuada aplicable conforme los límites de descanso previstos en el citado art. 34.3.

3.3. Prohibición de realización de horas extraordinarias y nueva regulación del pacto de horas complementarias

Con todo, la modificación más importante que incorpora el Real Decreto-Ley 16/2013, por conceptual, hace referencia a la retomada prohibición de realización de horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial y, en paralelo, a la ampliación y facilitación de la realización de horas complementarias.

El apartado c) del nuevo art. 12.4, por tanto, vuelve a la inicial redacción que contemplaba el Real Decreto-Ley 15/1998 y que se había mantenido hasta la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012.

Pero esta remisión al pacto de horas complementarias que contiene la norma adquiere una nueva significación por las modificaciones incorporadas a su régimen jurídico, modificaciones importantes sin duda.

3.3.1. Se amplían los supuestos en que se permite el pacto de horas complementarias

Tal como dispone el nuevo apartado b) del art. 12.5, “sólo se podrá formalizar un pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual”.

El Gobierno, como legislador urgente, y pese a la redacción aparentemente restrictiva (“sólo se podrá formalizar...”), opta por ampliar a todos los contratos (temporales o indefinidos según lo dicho y salvo la excepción prevista -que no distingue en función de la vigencia del contrato-) un pacto de horas complementarias que se regula, de nuevo, con criterios de mayor flexibilidad y posibilidades de incremento de la dedicación (a instancia del empresario una vez pactado).

La referida excepción recuerda a la contemplada en su momento en materia de protección social respecto a los denominados contratos a tiempo parcial marginales (en aquel caso, contratos a tiempo parcial con una jornada inferior a doce horas semanales o cuarenta y ocho horas al mes) y se fundamenta en un criterio absoluto de dedicación, independientemente de cuál sea el modo de distribución

En relación con dicha exclusión pueden hacerse una serie de consideraciones.

Como decimos, la referida limitación es independiente de cuál sea el criterio o modo de distribución de la jornada en el contrato a tiempo parcial. La dedicación tenida en cuenta es de diez horas semanales pero en cómputo anual. Podemos estar, por tanto, ante formas de trabajo a tiempo parcial de distribución vertical u horizontal de la jornada; es decir, horas al día, a la semana, pero también horas al mes o al año y se permitiría el pacto de horas complementarias si la dedicación supera el promedio (término éste expresamente evitado) de diez horas semanales en cómputo anual.

Obviamente esta referencia anual incorpora elementos de dificultad en los supuestos de contratos a tiempo parcial de vigencia temporal inferior al año, para cuyos casos habría que aplicar una regla de proporcionalidad de la jornada contratada en relación a la referida vigencia del contrato. En todo caso, el módulo de cálculo a estos efectos debe ser la vigencia inicial del contrato o de sus posibles prórrogas (entendemos que comprendidas aisladamente ya que difícilmente se puede aplicar dicho límite sobre la base de una hipotética prórroga que no deja de ser un futuro).

Para solventar problemas como éste se podría haber acudido al coeficiente de parcialidad del contrato, concepto evidente en la formalización del mismo y necesario a los propios efectos del cálculo en materia de seguridad social, por ejemplo (como, por otra parte utiliza en el Real Decreto-Ley 3/2014 para determinar en qué supuestos se aplica la reducción de cotización que contempla el mismo). De esta forma, se podría haber dicho que no se aplicaría a los contratos con un coeficiente de parcialidad inferior al 25 % (que correspondería a un cómputo de 10 horas para el caso de que la jornada de referencia fuese la legal de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual). Sin embargo, como vemos, el legislador ha preferido recoger este criterio absoluto seguramente por su significación.

Esta dedicación “en cómputo anual” debe tenerse en cuenta en el promedio de la propia vigencia del contrato e independientemente, insistimos, de los criterios de distribución de la jornada. Ello puede tener una incidencia conceptual en determinadas modalidades tipificadas legalmente aún como formas de trabajo a tiempo parcial. Nos referimos concretamente a los denominados contratos fijos periódicos con dedicación inferior al coeficiente de parcialidad indicado (25 % si la jornada del trabajador comparable fuera igual a la máxima legal) y que concentraran la actividad en unos días o meses al año. En este caso se estaría evitando cualquier posibilidad de incremento de la dedicación; algo que no ocurriría si pudiera calificarse dicha relación laboral como fija discontinua y se aplicara el régimen común de horas extraordinarias.

3.3.2. Se flexibiliza el régimen jurídico de las horas complementarias

El Real Decreto-Ley 16/2013 flexibiliza los aspectos más importantes del régimen jurídico del pacto de horas complementarias; fundamentalmente, en

lo que se refiere al número de horas que pueden pactarse y los requisitos para su ejecución.

El número de horas complementarias se incrementa hasta el 30 % de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Antes, dicho número no podía ser superior al 15 %. Las que puede establecer el convenio colectivo siguen situándose en un máximo del 60 % del número de horas ordinarias previstas en el contrato, pero se recoge como novedad importante una limitación a la negociación colectiva: no puede disponer un porcentaje inferior al 30 % de las horas contratadas. De esta forma, el Real Decreto-Ley impone este límite del 30 % como límite mínimo indisponible y sustrae a la negociación colectiva la posibilidad de regular el número de horas complementarias si no es para incrementar el porcentaje legal.

En todo caso, el número de horas ordinarias más las complementarias (pactadas o voluntarias -a las que nos referiremos a continuación-) no podrán superar el límite previsto en el art. 12.1 para la consideración del contrato a tiempo parcial.

Además se flexibilizaban los requisitos para su ejecución.

Efectivamente, el actual apartado d) del art. 12.5 dispone, como disponía la regulación precedente, que “el trabajador deberá conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias pactadas”; pero, ahora, el preaviso mínimo legalmente establecido es de tres días (frente a los siete anteriores y frente a los cinco previsto en el supuesto de distribución irregular de la jornada del art. 34.2 con que pueden concurrir como mecanismo, en distinto plano pero intercurrentes, de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo).

Además, como otra novedad, prevé la posibilidad de que por convenio colectivo se pueda establecer un plazo aún inferior (“salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior” dice la norma). En nuestra opinión, la norma no impide, empero, que el convenio disponga también un plazo superior, aunque su redacción promociona clara y exclusivamente la posibilidad de que establezca sólo una reducción del plazo legal.

Sin duda, uno de los problemas principales que pueden plantearse en relación con esta regulación tiene que ver con la concurrencia con otros mecanismos de distribución irregular de la jornada (y la propia dinámica de estos) como, principalmente, el previsto en el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Admitida la posibilidad de que dicha previsión es aplicable también a los contratos a tiempo parcial¹⁴, la propia dinámica de la concreción de los meca-

¹⁴ Por todos, con las interesantes reflexiones que aporta, confr. Ginés Fabrellas; “Contrato para la formación y el aprendizaje y contrato a tiempo parcial”. En AA.VV. (Del Rey Guanter dir. Martínez Fons y Serrano Olivares coord.); “La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales”. La Ley. 2013; pág. 108 y ss.

nismos de distribución irregular de la jornada que prevé la misma (en defecto de pacto convencional) es similar a la prevista para la realización de horas complementarias: fundamentalmente, la existencia de un preaviso previo –distintos en cada caso- y el necesario respeto a límites diferentes pero conceptualmente comparables. Ello supone que, desde la propia perspectiva del legislador, se dan elementos de similitud ineludibles. Insistimos, fundamentalmente desde la dinámica de aplicación. Por consiguiente, aunque desde un punto de vista conceptual ambos instrumentos serían distintos, lo cierto es que pueden darse, cuando menos, puntos de intersección entre ambos. Podría ser difícil delimitar en el caso preciso entre cuándo un empresario puede determinar la realización de horas complementarias pactadas o cuándo está determinando la concreción de unas determinadas horas de trabajo derivadas de una aplicación irregular de la jornada pactada (sin perjuicio de que las consecuencias jurídicas son obviamente diferentes).

Esta difícil delimitación en el caso concreto se había planteado, con carácter general, en relación con las horas extraordinarias¹⁵. Aún puede seguir planteándose respecto al régimen común aplicable al contrato a tiempo completo y, obviamente, también puede plantearse respecto a las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial, con el añadido referido sobre la similitud de las dinámicas aplicables a cada caso¹⁶. De esta forma, estamos ante mecanismos intercurrentes en determinados supuestos que permiten al empresario disponer de medidas que son al tiempo de incremento de dedicación y de distribución irregular de la jornada. Cada una de ellas, ciertamente, incidiendo más en uno que en otro; pero ambas concurriendo en aspectos que se entrelazan.

Evidentemente el pacto de horas complementarias incide más en la disponibilidad del trabajador; pero dentro de este posible incremento de dedicación (y aun centrándolo en el mismo) el empresario tiene absoluta discrecionalidad para determinar cuándo se puede dar. Por su parte, el mecanismo recogido en el art. 34.2 se trata de un supuesto posible de distribución irregular de la jornada que entra dentro de las facultades ordinarias de dirección del empresario (aplicable en defecto de pacto sobre la materia); pero si atendemos a la dinámica del mismo puede implicar un incremento de dedicación en un período de referencia concreto que se regularizaría en el período previsto para ello (ahora de doce meses, superando incluso el límite anual de referencia lógico previsto en el art. 34.1 del Estatuto de los Trabajadores). Por tanto, como vemos, uno

¹⁵ Ya lo habíamos planteado. Valverde Asencio; “Tiempo de trabajo. En particular sobre la nueva facultad empresarial de distribución irregular de la jornada como mecanismo de flexibilidad interna”. En AA.VV. (Del Rey Guanter dir. Martínez Fons y Serrano Olivares coord.); “La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales”. La Ley. 2013; págs. 194 y ss.

¹⁶ Lo que implica una evidente “indefinición de la jornada del trabajador a tiempo parcial”. Ginés Fabrellas; “Contrato...”; cit.; pág. 111.

y otro mecanismos tienen elementos si no en común, que también, al menos intercurrentes en el sentido expresado.

De ello se deriva que una mayor flexibilidad en la realización de horas complementarias pactadas se entrelace necesariamente con un nuevo régimen aplicable al mecanismo de jornada irregular recogido en el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores; interaccione en el sentido de permitir una duplicidad de mecanismos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo en el caso concreto del contrato a tiempo parcial; y concurren en la medida en que los instrumentos de ejecución o dinámica sean parecidos.

3.3.3. Se introduce un nuevo supuesto de ampliación de la dedicación: las horas complementarias de aceptación voluntaria (en contratos indefinidos a tiempo parcial)

Pero, además del incremento posible de horas complementarias legalmente establecidas (límite indisponible a la baja por convenio colectivo), el Real Decreto-Ley introduce otra novedad importante para los supuestos de contratos a tiempo parcial indefinidos (también con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual). Se trata de la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria. Se trata de un supuesto distinto del pacto de horas complementarias (no se requiere pacto expreso) y se contempla como un supuesto añadido de incremento posible de dedicación a instancia del empresario. No tiene más regulación que su límite (15 % de las horas objeto del contrato ampliable hasta el 30 % por convenio colectivo -aquí no se establece expresamente la posibilidad de que un convenio pueda limitar su propia utilización o rebajar el límite legal inicialmente previsto); el carácter adicional, en su caso, al pacto de horas complementarias (se establece legalmente “sin perjuicio del pacto de horas complementarias”; su realización “no se computarán a efectos de los porcentajes de horas complementarias pactadas”); y el carácter necesariamente voluntario por parte del trabajador (como, por otra parte, es ineludible dado su propia conformación jurídica). Téngase a estos efectos que “la negativa del trabajador a la realización de estas horas no constituirá conducta laboral sancionable”.

Pero más allá de estos caracteres generales, el principal aspecto a tener en cuenta es que su realización (o, para ser más correctos, la petición por parte del empresario de su realización) queda al arbitrio del propio empresario. La norma no recoge ningún requisito de preaviso (“el empresario podrá, en cualquier momento, ofrecer al trabajador la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria”). Sólo a través de la cláusula general de exculpación del trabajador en caso de que se niegue a su realización (como en el caso de horas complementarias normales cuando no se respeten las reglas legales previstas) se pretende insistir en su carácter voluntario. No se prevé, por el contrario, una

declaración expresa sobre la nulidad de cualquier posible decisión sancionadora del empresario ante la negativa del trabajador. Así se podría haber reforzado el referido carácter claramente voluntario del trabajador en su realización.

Las consideraciones hechas antes sobre la concurrencia del mecanismo de horas complementarias con la distribución irregular de la jornada que prevé el art. 34.2 pueden hacerse aquí igualmente. Quizá en este caso con mayor similitud al tratamiento de las horas extraordinarias por el carácter voluntario en su realización y por la inmediatez en su solicitud por parte del empresario (lo que la aleja de la similitud de dinámicas que antes destacábamos por la falta de requisitos de preaviso).

3.3.4. Y, finalmente, se instauran nuevas obligaciones formales sobre horas realizadas por los trabajadores a tiempo parcial

Recoge la norma una serie de obligaciones formales sobre registro y control documental de las horas realizadas por parte del trabajador.

De esta forma, parece que se pretende suplir, de alguna forma, los problemas que puede tener el trabajador ante una regulación que deja demasiada discreción al empresario en la determinación de la dedicación del trabajador y, sobre todo, en el sentido antes visto, la difícil determinación de cuándo estamos ante un supuesto de incremento de la dedicación (derivado de la realización de horas complementarias) y cuándo ante un supuesto de distribución irregular de la jornada.

Por eso, y por las implicaciones consiguientes -salariales y de seguridad social- la norma deriva hacia un seguimiento formal el cumplimiento de las obligaciones del empresario.

Como puede comprobarse, las obligaciones formales incluidas en la nueva regulación del contrato a tiempo parcial van más allá, además, de las previstas en el art. 35 para las horas extraordinarias. Su incumplimiento, además de la posible responsabilidad administrativa¹⁷, conlleva la consideración del mismo a tiempo completo lo que implica reiterar la sanción sustantiva recurrente para los supuestos de incumplimientos más graves a la hora de la formalización del contrato de trabajo.

3.3.5. En conclusión, se modifica de forma sustancial el régimen del contrato a tiempo parcial y se establece un nuevo régimen transitorio

En definitiva, como vemos, se modifican aspectos principales de la regulación del contrato a tiempo parcial de forma tal que podemos concluir que

¹⁷ Por otra parte, no se recoge infracción específica al respecto y habría que encuadrarla dentro del tipo genérico del art. 6.5 del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social dado que, pese a la sanción sustantiva, no sería más que el incumplimiento de una obligación formal.

estamos ante un auténtico nuevo régimen (y, podríamos decir, comprensión) de esta modalidad contractual.

Se ha ampliado la disponibilidad del trabajador, sustituyendo la posibilidad de realización de horas extraordinarias por la ampliación y facilitación de las horas complementarias como nuevo criterio de ampliación de la dedicación. La ampliación del número de horas complementarias mínimas establecidas legalmente (del 15 al 30 %), la indisponibilidad del convenio colectivo para rebajar dicho número, y la posibilidad de incrementar dicho porcentaje hasta duplicarlo, inciden claramente en ello. La posibilidad, además, de solicitar al trabajador la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria en contratos a tiempo parcial indefinidos lleva a ampliar hasta el 90 % la dedicación inicial del trabajador; casi duplicando la misma pero en un montante cuya realización queda a disposición del empresario (al menos, a su iniciativa), donde se centra una absoluta discrecionalidad en la distribución del tiempo de trabajo.

Efectivamente, es una opción distinta de la precedente, lo que implica un cambio en la concepción del tratamiento del contrato a tiempo parcial y de sus posibilidades. Si con la incorporación en 2012 de la posibilidad de realización de horas extraordinarias decíamos que se modificaba sustancialmente el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial (y su propia concepción) ahora, de nuevo, modificando este aspecto se altera tanto una cosa como otra. El aspecto central no está en la absoluta discrecionalidad que podría darse en materia de distribución del tiempo de trabajo. El eje central de la reforma pone el énfasis en el incremento (indisponible por la negociación colectiva en el porcentaje establecido legalmente) del trabajador que pacta la realización de horas complementarias (o que quedan a la iniciativa del empresario si el contrato se formaliza como indefinido).

La opción contenida en la reforma de 2012 planteaba problemas importantes, que no se evitan con la nueva opción, fundamentalmente en lo que se refiere a la posible confusión entre mecanismos de incremento de la dedicación y de flexibilidad en la distribución (por otra parte, intrínsecos a instrumentos legales como los regulados en el art. 34.2 –que se intentan corregir, como decimos, aunque con una solución que seguro que plantea problemas de mayor índole-). Pero es cierto que esta opción de calificar cualquier incremento de dedicación posible como horas complementarias (salvo en el caso de horas extraordinarias debidas a fuerza mayor) resuelve el problema del tratamiento de estos supuestos de incrementos de dedicación a efectos de cotización y a efectos de cómputo de cotizaciones. Ya no son horas extraordinarias, ya no se requiere una norma especial al respecto, deben tener su tratamiento como horas de trabajo ordinarias y deben ser tenidas en cuenta dentro de la base de cotización y deben computarse a efectos de futuras prestaciones.

Es cierto, no obstante, que este modelo por el que opta el legislador de fomentar el contrato a tiempo parcial sobre la base de una casi absoluta disponibilidad del trabajador mantiene (e incrementa) otros problemas. Los límites de las horas complementarias son mucho más amplios, y por tanto permisivos en cuanto la ampliación de la dedicación, que los previstos para las horas extra (80 al año o en proporción a la dedicación pactada del trabajador frente al 60 % si así lo dispone el convenio -pudiendo ampliarse de un 15 % a un 30 % más en contratos a tiempo parcial indefinidos a través de las denominadas horas complementarias de aceptación voluntaria-). Por eso decimos que la opción del legislador permite una mayor flexibilidad en las posibilidades de disposición de la propia dedicación del trabajador en favor de la discreción del empresario. A partir de una determinada jornada comprometida inicial, que determinará proporcionalmente el salario a percibir, se consigue legalmente que en caso de establecerse un pacto de horas complementarias –que podrá indicar el empresario a su iniciativa en el propio momento de la formalización del contrato a tiempo parcial, condicionando incluso su firma con el trabajador seleccionado-, el trabajador queda a disposición del empresario para cuando éste lo necesite en un porcentaje mínimo del 30 % de la jornada inicialmente pactada, ampliable hasta un 60 % en caso de que el convenio colectivo así lo dispusiera e incrementándola entre un 15 y un 30 %, si el contrato es indefinido, a través de las denominadas horas complementarias de aceptación voluntaria.

La concepción es similar, pues, a un contrato a disposición anejo a un contrato a tiempo parcial base cuya dedicación inicial debe ser simplemente al menos de más de diez horas semanales de promedio anual.

En este sentido, es sin duda curioso el papel que se reserva a la negociación colectiva. Se contempla a la misma, exclusivamente, desde un punto de vista de mayor flexibilidad de lo dispuesto legalmente: sobre porcentaje de horas complementarias, sobre plazo de preaviso. Y se sustrae a la misma elementos que antes se entendía consustanciales. El legislador urgente ha ocupado el rol que tenía la negociación y que le es esencial, limitando cualquier posibilidad de regular lo que ha entendido como indisponible, con el agravante de que llega a plantear esta indisponibilidad en aspectos que deberían ser menores (como los indicados). De esta forma, se ahonda en los criterios ya reflejados en la reforma de 2012, no solo se condiciona la negociación sino que se llega a limitar su contenido en el sentido referido; se potencia la autonomía individual y se salvaguarda la propia discrecionalidad del empresario en la determinación de la dedicación de un trabajador, al que, por tanto, se le puede exigir una casi absoluta disponibilidad.

Es cierto que se excluye a los contratos a tiempo parcial marginales, pero se incluyen dentro de esta medida de fomento, basada en una mayor flexibilidad, tanto a contratos a tiempo parcial temporales como indefinidos, lo que se hace coherente con la rebaja inicial de los tipos de cotización por desempleo para

estos contratos, concebidos, según la propia exposición de motivos, como una forma de evolución a un trabajo más estable.

Finalmente, se incluye un nuevo régimen transitorio para incorporar estas novedades.

De esta forma, el apartado primero de la disposición transitoria única (cuya rúbrica es precisamente “régimen aplicable a los contratos vigentes”) trata de cohesionar el criterio general de mantenimiento del régimen jurídico aplicable a los contratos según la fecha en que se formalizaron (con las precisiones que haremos) con las novedades introducidas, dejando dicha posibilidad a la propia voluntad de las partes.

De esta forma, tal como dispone dicho apartado, “el régimen de horas complementarias pactado con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley continuará siendo de aplicación en los contratos vigentes a dicha fecha, salvo que las partes acuerden modificarlo en los términos establecidos en la nueva redacción de los apartados 4 y 5 del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores”.

Pero este régimen transitorio se refiere exclusivamente al pacto de horas complementarias (y así lo aclara la propia exposición de motivos). No a la posibilidad de realización de horas extraordinarias. En nuestra opinión, la realización de horas extraordinarias queda obviamente excluida en todo caso, dado que dicho régimen transitorio no dice nada al respecto y que se trata de una norma imperativa de ineludible cumplimiento.

Sin duda, cualquier referencia al régimen transitorio aplicable en materia de contratos hace que se ponga de manifiesto la necesidad de sosegar, si se nos permite la expresión, el constante cambio en el régimen de contratación en nuestro país. Una necesidad que parece especial en una modalidad como esta, que constantemente se ha contemplado como objeto de fomento de contratación.

Por lo demás, y con carácter general, en el resto de aspectos se mantienen con carácter general los criterios precedentes: formalización del contrato y del pacto de horas complementarias (salvo en la exigencia de que sea en modelo oficial), respeto a los límites de jornada así como criterios de retribución de las horas complementarias y cómputo a efecto de bases de cotización de las horas complementarias (resolviendo así los problemas previos sobre cómputo a efecto de las referidas bases de cotización de las horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial).

3.4. Nuevas medidas de fomento de la contratación a tiempo parcial: reducción de cotizaciones por desempleo y permisión del contrato de fomento de emprendedores a tiempo parcial

El Real Decreto-Ley prevé otras medidas de fomento del contrato a tiempo parcial junto a las ya previstas en la normativa precedente (Ley 11/2013).

En primer lugar, se contempla la ampliación de las posibilidades de concertar el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores a los contratos a tiempo parcial

El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores se recogió en el art. 4 de la Ley 3/2012 estableciendo como aspecto fundamental de su régimen jurídico que en todo caso el período de prueba tendría una duración de un año (no disponible por convenio colectivo).

Independientemente de la discusión sobre la adecuación constitucional de la figura (pendiente de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional¹⁸) y al margen de algunos pronunciamientos judiciales de instancia que cuestionan la adecuación de la decisión empresarial de poner fin al contrato próxima a la finalización del período previsto para dicho período de prueba y a la contratación de un nuevo trabajador bajo la misma modalidad por entender que dicha actuación es abusiva¹⁹, esta modalidad contractual se limitaba a los contratos indefinidos a tiempo completo. La primera novedad que incorpora el Real Decreto-Ley es permitir que dicho contrato sea también a tiempo parcial.

De esta forma, el nuevo apartado 2 del art. 4 de la Ley 3/2012 no distingue entre dedicación a tiempo completo y dedicación a tiempo parcial para esta modalidad contractual. Según el mismo, simplemente se dispone que “el contrato se celebrará por tiempo indefinido y se formalizará por escrito”.

Sí se mantiene la necesidad de que este contrato tenga vigencia indefinida.

De esta forma, la norma pretende, en conexión con la nueva regulación, insistir en el fomento del contrato a tiempo parcial, de lo que esto es una expresión más. El legislador urgente, partiendo de la concepción de esta modalidad en el sentido que hemos visto, plantea unas nuevas medidas de fomento de la misma. En relación concreta con la posibilidad de que el contrato de apoyo a los emprendedores se formalice a tiempo parcial, la citada exposición de motivos declara que con ésta “se ahonda también en el fomento de la estabilidad en el empleo”, partiendo, como declara, de que “este contrato se ha revelado como una medida eficaz para fomentar la realización de contratos de trabajo indefinidos”, “al permitir a miles de PYMES comprobar si el trabajador reúne la aptitud profesional requerida y el resto de cualidades necesarias para el desempeño del puesto de trabajo y si éste es además económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo, se considera razonable ampliar las posibilidades de realización del mismo, suprimiendo la anterior exigencia de que se realice a jornada completa”.

¹⁸ Admitida la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por providencia del Tribunal Constitucional de 10 de marzo de 2014.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sala de lo Social) de 6 de junio de 2013 (Recurso núm. 1868/2013).

Además, la reforma que de este art. 4 de la Ley 3/2012 incorpora el Real Decreto-Ley 16/2013 prevé algunas disposiciones interesantes para el supuesto como las siguientes: a) se aplicarán los incentivos fiscales previstos para esta modalidad contractual de modo proporcional a la jornada pactada en el contrato; y, b) se prevé la posibilidad de que el trabajador contratado bajo esta modalidad a tiempo parcial pueda voluntariamente compatibilizar, junto con el salario, el 25 % de la cuantía de la prestación por desempleo que tuviera reconocida y estuviese pendiente de percibir.

En segundo lugar, como hemos referido antes, se contempla la rebaja en un uno por ciento de los tipos de cotización por desempleo de los contratos a tiempo parcial. Así lo prevé la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 16/2013 (no recogida en la letra inicial de la Ley de Presupuestos Generales publicada en el BOE solo pocos días después)²⁰.

3.5. Supresión de las preferencias sobre conversión de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo y viceversa

Finalmente, desaparecen dos aspectos no menores en la regulación actual del art. 12.4. Por una parte, se suprime cualquier referencia a la antecedente preferencia del trabajador a tiempo parcial a ocupar un puesto a tiempo completo vacante (o viceversa) si la conversión previa derivó de un proceso voluntario conforme lo previsto en el apartado e) o llevaba más de tres años bajo esa modalidad de contratación. Por otra, se suprime igualmente el anterior apartado g) del art. 12.4, que recogía una previsión general de remisión o indicación a la negociación colectiva (“podrán establecer, en su caso”, decía) sobre la posibilidad de disponer “requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, cuando ello esté motivado principalmente por razones familiares o formativas”.

En ambos casos se deduce la supresión de fórmulas que podrían condicionar la decisión discrecional del empresario en supuestos de conversión de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo o, como en el caso del apartado g) ya inexistente, viceversa. Puede haber entendido el legislador que en el primer caso, es suficiente con las obligaciones de información contenidas en el referido apartado e) y que no es necesaria vincular ninguna decisión posible del empresario a una previa conversión voluntaria que diera lugar a derecho preferente alguno. En el segundo caso, puede haber entendido que la previsión contenida en el apartado g) es redundante si se toma en cuenta la pre-

²⁰ Cuyo art. 128.diez.2, dispone: “A partir de 1 de enero de 2014, los tipos de cotización serán los siguientes: A) Para la contingencia de desempleo: (...) b) Contratación de duración determinada: (...) 2.º Contratación de duración determinada a tiempo parcial: el 9,30 por 100, del que el 7,70 por 100 será a cargo del empresario y el 1,60 por 100 a cargo del trabajador”.

visión también genérica y meramente indicativa contenida en el art. 34.8. Pero, en todo caso, la supresión de ambos aspectos representa una reducción de las trabas que, bien por decisión de la negociación colectiva, o bien en forma de normas de preferencia, pudieran o debieran condicionar la decisión unilateral del empresario que ahora, en línea con las últimas modificaciones normativas, se refuerza.

4. UNA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA PREVISTA (CON CARÁCTER SUPLETORIO) EN EL ART. 34.2 DEL ET: ¿UNA NORMA ACLARATORIA?

Como es conocido, la Ley 3/2012 incorporó una medida de distribución irregular de la jornada en caso de que la misma no se hubiera previsto mediante convenio colectivo o por acuerdo de la empresa y los representantes de los trabajadores. Así, conforme dispone el vigente segundo inciso del primer párrafo del citado art. 34.2 del ET: “en defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo”.

El segundo párrafo de dicha norma establecía un mínimo régimen jurídico sobre esta posibilidad de distribución irregular de la jornada que se reconocía al empresario (insistimos, aplicable en defecto de pacto sobre otro criterio de distribución irregular que pudiera establecer la negociación colectiva). Dicho régimen jurídico se centraba exclusivamente en la necesidad de respetar, en todo caso, “los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley” (no en la forma en que se hace la remisión expresa en el supuesto de horas complementarias²¹) y en la obligación de preavisar al trabajador con una antelación mínima de cinco días “el día y la hora de la prestación resultante de aquélla” (de la citada distribución irregular de la jornada que podía decidir el empresario).

La norma, no obstante, dejaba cuestiones y dudas importantes.

En primer lugar, no establecía criterios de distribución concretos. Estos se contemplaban con una absoluta generalidad (quizá no podía ser de otra forma en la propia concepción del legislador) y, por tanto, tampoco se contemplaban parámetros temporales de referencia sobre los que calcular la referida potestad empresarial.

Es decir, la falta de referentes temporales sobre los que aplicar la posibilidad del empresario de distribuir irregularmente la jornada de trabajo podría

²¹ Al respecto confr. la regulación de este apartado 2 del art. 34 del Estatuto de los Trabajadores con lo dispuesto en el art. 12.5. En este último caso, el apartado i) del mismo dispone lo siguiente: “La realización de horas complementarias habrá de respetar, en todo caso, los límites en materia de jornada y descansos establecidos en los artículos 34, apartados 3 y 4; 36.1 y 37.1, de esta Ley”. Incluye, por tanto, no solo una referencia a los períodos mínimos de descanso semanal o diario sino también a la jornada nocturna por ejemplo y las referencias a los límites de jornada diario son genéricos (apartados 3 y 4 del art. 34).

provocar disonancias o dudas sobre los efectos reales de dicha facultad unilateral. Por ejemplo, computadas sobre un módulo semanal, la distribución irregular de la jornada podría conllevar necesariamente superar la jornada máxima semanal de forma tal que dicho exceso de jornada en ese período concreto de referencia tenía que ser necesariamente compensado con tiempo de no trabajo (por no llamar descanso) en otro momento (otra semana si continuamos con este ejemplo). Siendo así, y concurriendo con otros regímenes jurídicos como el de las horas extraordinarias (cuya compensación en los cuatro meses siguientes no conllevaba su cómputo como tales), se podrían presentar supuestos de concurrencia de difícil o imposible delimitación. Sólo los aspectos formales incluidos en la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 3/2012 como proyecto de ley incorporaron algún elemento de certidumbre (fundamentalmente al trabajador) pero la propia falta de sanción sustantiva a este incumplimiento podría incidir en las dudas planteadas. Sobre todo cuando las mismas podrían derivar de la calificación jurídica de un incremento de la jornada en un período determinado.

En definitiva, la regulación contenida en el art. 34.2 no resolvía los problemas de compensación y posible incremento de la jornada en un período de referencia determinado. Entre otras cosas, porque no establecía cuál era el período de referencia sobre el que debería tenerse en consideración esta potestad empresarial. Este período de referencia en todo caso tendría que ser, como máximo, el anual. Por varias razones además. Por un lado, porque sistemáticamente la posibilidad legal de distribuir irregularmente la jornada se extendía a la jornada anual conforme la previsión del mismo art. 34 desde su primer apartado (y, en concordancia, desde su apartado segundo)²². Pero, por otro lado, porque el calendario laboral, aunque de regulación muy genérica,

²² Sin perjuicio de que los descansos compensatorios pudieran desplazarse más allá del año, tal como, por otra parte, recogen varios convenios. A este respecto, por ejemplo, con carácter muy genérico, el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE 23 agosto 2013) o con períodos concretos el Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio (BOE 3 octubre 2013). Dicho esto sin perder de vista lo planteado por la Audiencia Nacional (sala de lo social) en su sentencia de 25 de mayo de 2013 (núm. 147/2013) y que destacan muy oportunamente Sempere Navarro y San Martín Mazzuconi (“Contenido socio laboral del RDLey 16/2013 y de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre”; Aranzadi Social nº 11/2014, parte Tribuna –westlaw-). Según la doctrina de dicha sentencia, “...si los trabajadores no pudieran realizar las 120 horas de distribución irregular durante una anualidad, por razones no imputables a ellos, la empresa podría exigirles que las realizaran al año siguiente, con lo que su jornada se prolongaría desproporcionadamente durante esa anualidad como consecuencia de las deficiencias organizativas de sus empresas y se les obligaría a recuperarlas en período distinto al período en que debieron realizarse, lo cual vulnera frontalmente lo dispuesto en el art. 30 ET”. No obstante, sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de noviembre de 1999 (recurso nº 5608/1999) no cuestionan esta posibilidad, analizando en el caso enjuiciado la improcedencia de que la empresa pretenda reducir la jornada en el ejercicio en cuestión para incrementarla en el año siguiente por razones económicas haciendo un uso abusivo de la permisión convencional que, insistimos, no cuestiona el Tribunal.

tiene carácter originalmente anual, conforme el criterio de fijación legal de la jornada²³.

La reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2013 pretende aportar una solución a este problema incorporando un nuevo párrafo al art. 34.2.

Según el mismo “la compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. Y, a falta de dicho acuerdo o pacto, las diferencias “deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan”.

De esta forma, y ésta sería la primera valoración que cabría hacer, el legislador urgente es consciente del problema que hemos destacado²⁴. Puede darse una diferencia entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria (“legal o pactada”). Y, en estos casos siempre se puede plantear un problema sobre la calificación jurídica de dicho exceso (o defecto) de jornada y, por tanto, sobre la consecuencia jurídica a valorar. La dificultad de confundir mera distribución del tiempo de trabajo con incremento de dedicación en determinados períodos de referencia (y, por ende, concurrir con otros instrumentos como las horas extraordinarias) representa sin duda un problema que derivaba de la absoluta flexibilidad con que se contemplaba esta posibilidad que se otorgaba al empresario dentro de su poder de dirección ordinario (por tanto, dentro del deber de obediencia del trabajador²⁵).

Por tanto, el legislador es consciente del problema, pero la solución o soluciones que plantea pueden provocar dudas ciertas sobre la interpretación y, sobre todo, sobre la intención de las mismas.

²³ Sobre la afectación del calendario laboral en caso de distribución irregular de la jornada, Valverde Asencio; “Tiempo de trabajo. En particular sobre la nueva facultad empresarial de distribución irregular de la jornada como mecanismo de flexibilidad interna”. En AA.VV. (Del Rey Guanter dir., Martínez Fons y Serrano Olivares coord.); “La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales”. La Ley.2013; pág. 201 y 202. Y todo ello sin entrar en consideraciones sobre el carácter o no de modificación sustancial de cualquier cambio del calendario laboral conforme la previsión legal comentada. Confr. lo dicho en op.cit. pág. 202.

²⁴ Y que había sido puesto de manifiesto con anterioridad. Vid. nuestro trabajo al respecto; op.cit. supra. págs. 190 y ss.

²⁵ No existe una cláusula como la contenida en la regulación de la dinámica de realización de las horas complementarias. Recuérdese que en el apartado f) del art. 12.5 se dispone que “en caso de incumplimiento de tales reglas, la negativa del trabajador a la realización de las horas complementarias, pese a haber sido pactadas, no constituirá conducta laboral sancionable”. Se refiere a las reglas de preaviso y de respeto a los límites de jornada que afectan a la realización de las horas complementarias. Similar norma se encuentra en el apartado g) cuando regula las horas complementarias de aceptación voluntaria para los contratos indefinidos (“La negativa del trabajador a la realización de estas horas no constituirá conducta laboral sancionable”).

En primer lugar, dice la norma que dicha diferencia puede ser por exceso o por defecto. Los problemas de calificación jurídica a que nos hemos referido hasta ahora se plantean cuando estamos ante supuestos de ampliación de la dedicación. Sin embargo, la mención a la posibilidad de que también se tuvieran en cuenta los casos de diferencia por defecto nos abre otra duda no menor. Si las posibilidades de distribución irregular de la jornada permite la comprensión de diferencias por defecto podríamos estar ante un supuesto muy similar a la recuperación de tiempo de trabajo no realizado por causa imputable al empresario. Se podría estar dando una posibilidad al empresario de absorber, cuando menos, la previsión de una imposibilidad de dar trabajo a los trabajadores, llegando a relativizar, incluso, la aplicación del art. 30 del Estatuto de los Trabajadores y neutralizar los supuestos previsibles de *mora accipiendi*²⁶. Es cierto que la propia dinámica de la potestad empresarial regulada en el art. 34.2 (a través del preaviso al trabajador) parece estar pensando exclusivamente en un supuesto de incremento temporal de la dedicación derivada de esta distribución irregular de la jornada; pero la referida mención a la diferencia por exceso o por defecto, nos hace plantearnos esta duda. De cualquier forma, la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo que pretende la nueva dicción del art. 34.2 (aun de forma supletoria pero condicionando la negociación colectiva) conlleva que se asuman o absorban, por seguir empleando la misma expresión, supuestos de necesidades empresariales, tanto de incremento como de reducción de jornada. Sobre todo si se permite, como indica la norma, su compensación en un período de tiempo tan largo como el indicado (doce meses).

En segundo lugar, la norma aporta como primera solución una remisión a lo dispuesto en la negociación colectiva (convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores) y, en su defecto, permite la compensación en el plazo ya referido de doce meses desde que se produzcan las diferencias entre la jornada realizada y la jornada máxima ordinaria.

Esta remisión a la negociación colectiva es curiosa, si se nos permite la expresión. No debemos olvidar que la previsión legal que otorga esta potestad empresarial tiene carácter supletorio. Se aplicará en defecto de regulación de cualquier forma de distribución irregular de la jornada en convenio colectivo o por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; por tanto, si no ha habido regulación convencional. En este caso, en este nuevo párrafo incorporado por el Real Decreto-Ley, encontramos la remisión a un

²⁶ Como, por otra parte, destaca la sentencia de la Audiencia Nacional citada. En un sentido distinto, pero no contrapuesto en este punto, hay que tener presente el supuesto enjuiciado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 26 de noviembre de 1999 también citada, imposible con la previsión del momento pero que ahora podría plantearse en el sentido que decimos. En similar sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sala de lo social) de 18 de junio de 2003 (nº de recurso 1308/2003).

convenio o acuerdo de empresa sobre una materia que inicialmente no ha debido regular porque, de lo contrario, se aplicaría lo previsto por la negociación colectiva y no la previsión legal.

Sin duda lo que parece presente en la norma es que pese al carácter supletorio de la previsión legal ésta tiene un evidente carácter promocional de un determinado contenido. Tanto que para el legislador urgente cabe una regulación solo específica sobre la compensación de las diferencias entre la jornada realizada y la duración de la jornada máxima de trabajo legal pactada.

Pero la segunda solución, supletoria formalmente conforme hemos visto, es establecer un mecanismo de compensación dinámico durante un plazo de doce meses desde que se produzcan (debe entenderse que las diferencias por exceso o por defecto entre la jornada realizada y la máxima legal o pactada).

Y esto tiene una serie de implicaciones importantes que, en nuestra opinión, trascienden incluso la mera regulación de una potestad empresarial sobre flexibilidad interna en materia de tiempo de trabajo.

Cuando la distribución irregular de la jornada ha sido tratada por la negociación colectiva, se ha planteado en períodos de referencia determinados (como en el caso de bolsa de horas, general o por funciones determinadas). Muchos convenios colectivos establecían formas de distribución irregular sobre períodos de referencia determinados y, en todo caso, nunca superior al anual²⁷ (sin perjuicio de que, en el sentido que hemos visto, la compensación de los excesos de jornada resultantes se pudiera hacer en fechas siguientes al año).

Pero es más, cuando la ley regula la jornada de trabajo siempre lo ha hecho en parámetros anuales como máximo. Tanto de manera sustantiva, en el art. 34.1 y, por ende, cuando ha tratado tradicionalmente la distribución irregular de la jornada en el art. 34.2 (de ahí que la negociación colectiva haya aceptado esta referencia máxima como regla general); como procedimentalmente cuando ha hecho referencia al calendario laboral.

Sin embargo, ahora, cuando legalmente se intenta aportar una solución a los supuestos de diferencias entre la jornada realizada y la máxima ordinaria derivada de una decisión empresarial de distribución irregular del tiempo de trabajo, se establece un nuevo plazo de referencia para establecer la compen-

²⁷ Por ejemplo, entre los más recientes (y de carácter sectorial), el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 23 diciembre 2013); Convenio colectivo del sector de la mediación de seguros privados (BOE 19 agosto 2013); Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 23 septiembre 2013); incluso, el Convenio colectivo de grandes almacenes (BOE 22 abril 2013) adopta el criterio anual para referirse a la distribución irregular de la jornada –con claridad respecto al porcentaje aplicable– y a lo que el propio convenio llama “verificación de la jornada” disponiendo a lo sumo que “la liquidación de los tiempos de exceso que se hayan podido producir sobre la jornada del artículo 26 mediante su compensación con igual tiempo de descanso, salvo acuerdo para su acumulación y disfrute en días completos, dentro de los tres meses desde la finalización del cómputo anual,…”.

sación de los excesos o defectos a que puede dar la misma. Este plazo de referencia es, como ya hemos reiterado, de doce meses desde que se produce la diferencia (debe entenderse). Por tanto, parece que se trata de un plazo dinámico, si se nos permite la expresión, ya que se cuenta a partir de la decisión empresarial que da lugar a dicho exceso o defecto (como sucede con los cuatro meses de compensación con descansos de las horas extra para que no computen a efecto del número máximo previsto para las mismas). Y esta decisión empresarial puede repetirse en el tiempo.

Por ello, esta solución legal tiene una serie de repercusiones importantes.

Rompe el criterio anual general de distribución irregular de la jornada, que originalmente no se contempla como dinámico, sino como un plazo dentro del cual podría la negociación colectiva establecer dicha distribución irregular²⁸. Y es más, aporta un criterio que si se nos permite la expresión podríamos calificar como “subjetivo”, aplicable a cada trabajador afectado, como el previsto para las horas extraordinarias pero superando con creces un límite razonable; alejándose de un criterio más objetivo como plazo dentro del cual cabría regularizar cualquier exceso de jornada derivada de una distribución irregular de la misma.

En segundo lugar, y en relación con lo que acabamos de decir, lejos de aportar una solución a la difícil distinción entre distribución irregular de la jornada y ampliación de la dedicación (por ejemplo, en comparación con el régimen jurídico de las horas extraordinarias) asemeja aún más al régimen jurídico de uno y otro instrumento.

Eso sí con criterios distintos: aquí estamos ante una facultad directiva del empresario de carácter ordinario (no cabría por tanto voluntariedad en la aceptación por parte del trabajador); se amplía el plazo de compensación, se percibe desde una perspectiva individual más que colectiva (frente a la regulación convencional a que se remite en primer lugar) y todo ello simplemente desde el cumplimiento de una serie de requisitos de preaviso establecidos (cinco días).

En definitiva, se llega a una solución que rompe con los criterios generalmente admitidos de distribución de la jornada e, incluso, de compensación de los supuestos que podrían derivar de una distribución irregular. Se supera el límite anual y, además, desde una perspectiva individual, no como un plazo dentro del cual la negociación colectiva podría adecuar las compensaciones adeudadas. Y ello tiene una trascendencia que va más allá de la solución concreta a un problema que el propio legislador crea al incorporar un nuevo mecanismo de gestión del tiempo de trabajo concurrente con otros anteriores. Es más, habilita, en el sentido que vemos, situaciones o pretensiones hasta ahora

²⁸ Vid. nota infra por ejemplo; o la propia regulación del convenio de grandes almacenes citado.

vedadas por nuestros tribunales porque llegan a interferir incluso con supuestos posibles de disminución de la jornada para su compensación posterior por las razones que sean (dado que no se requiere justificación alguna al estar ante una potestad individual del empresario).

5. MODIFICACIONES EN MATERIA DE RÉGIMEN DE LAS MODALIDADES DE CONTRATOS DE TRABAJO

En materia de régimen de contratos, el Real Decreto-Ley 16/2013 incorpora otras modificaciones además de las referidas al contrato a tiempo parcial. Estas modificaciones pueden tener un carácter más técnico pero no dejan de ser aspectos también esenciales en el propio régimen de las modalidades contractuales.

5.1. Duración del período de prueba en supuestos de contratos de duración determinada

En materia de período de prueba, el Real Decreto-Ley 16/2013 incorpora una modificación interesante: en los casos de contratos temporales causales del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores concertados por tiempo no superior a seis meses “el período de prueba no podrá exceder de un mes”. Eso sí, manteniendo la regla de supletoriedad contemplada en la regulación general; es decir, como dispone con claridad el nuevo segundo párrafo del apartado 1 del art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, “salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo”.

De esta forma, se intenta dar una solución técnica (insistimos, manteniendo la regla de supletoriedad) a los supuestos planteados sobre duración del período de prueba y vigencia temporal de los contratos de esta naturaleza. La coincidencia de ambos períodos había suscitado, en la propia jurisprudencia, la relativa duda sobre su oportunidad o legalidad, fundamentalmente desde la perspectiva del posible abuso del derecho. Sin embargo, sentencias como, por ejemplo, la del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2008²⁹, que declara que no es abusiva, *per se*, la duración del período de prueba que coincide con la vigencia inicial del contrato temporal y que, salvando las distancias, puede concurrir con la doctrina general sobre duración abusiva del período de prueba contenidas en otras sentencias³⁰ habían admitido, por tanto, la legalidad de establecer

²⁹ Recurso unificación de doctrina nº 1210/2007.

³⁰ Paradigmáticamente en las sentencias de Sentencia de 12 noviembre 2007 (recurso unificación de doctrina nº 4341/2006) o de 20 de julio de 2011 (recurso unificación de doctrina nº 152/2010).

un período de prueba cuya duración pudiera coincidir con la propia vigencia inicialmente prevista para el contrato temporal.

Sin embargo, la falta de regulación legal, aun supletoria, había planteado una disyuntiva difícil de resolver si no era desde la aplicación general de la interdicción del abuso del derecho en el sentido expresado en estas sentencias. Por ello, la solución aportada puede dar cierta luz al menos desde la existencia de un criterio legal sobre la cuestión.

Finalmente, dentro de las situaciones que pueden interrumpir el cómputo del período de prueba (“siempre que se produzca acuerdo entre las partes”) se incluyen situaciones no contempladas con anterioridad referidas a situaciones de maternidad como son el “riesgo durante la lactancia y paternidad”.

5.2. Se amplía a los contratos en prácticas la posibilidad de contratación a través de ETT

La Ley 11/2012 amplió a los supuestos en que se permite la contratación para la formación y el aprendizaje los casos en que se permitía los contratos de puesta a disposición. Ahora, el RDL 16/2012 amplía también a los supuestos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas la posibilidad de celebrar un contrato de puesta a disposición.

De esta forma, conforme el nuevo segundo párrafo del art. 6.2 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, además de “en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición “en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato en prácticas o un contrato para la formación y el aprendizaje conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores”.

En conexión con esta previsión se modifica el art. 7. de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, que, en materia de duración del contrato de puesta a disposición, “se estará a lo dispuesto en los artículos 11 y 15 del Estatuto de los Trabajadores y en sus disposiciones de desarrollo para la modalidad de contratación correspondiente al supuesto del contrato de puesta a disposición” (sin perjuicio de los eventuales períodos de formación previos a la prestación efectiva de servicios).

En concordancia con esta previsión, el apartado 2 del art. 10 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal obvia la antigua prohibición de formalizar con los trabajadores en misión contratos “de aprendizaje” y permite directamente la posibilidad de que las ETT celebren “contratos en prácticas y contratos para la formación y el aprendizaje con los trabajadores contratados para ser puestos

a disposición de las empresas usuarias de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora de dichos contratos”.

Finalmente, como medida de fomento de la utilización de los supuestos en que se permite la contratación por razones formativas (en prácticas), se incluyen, a los efectos de las bonificaciones recogidas en el art. 7.2 de la Ley 3/2012, los supuestos de trabajadores contratados sin solución de continuidad como indefinidos y hayan estado en misión en la referida empresa y contratados bajo estos supuestos por la respectiva empresa de trabajo temporal.

6. OTRAS MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL RDL 16/2012

Además de las anteriores, el RDL 16/2012 prevé la ampliación de la edad que da lugar al derecho de reducción de jornada por cuidado de menores.

Se incorpora, en este sentido, una modificación del art. 37.5 del ET, que regula el derecho a la reducción de la jornada de trabajo diaria entre un octavo y un máximo de la mitad de la referida jornada (con reducción proporcional del salario correspondiente) en caso de guarda legal del menor. Se amplía la edad del menor que da derecho a dicha reducción de jornada que pasa de ocho a doce años. Por tanto, la guarda legal del menor que da derecho a esta reducción de jornada se amplía de ocho a doce años.

Igualmente contempla la concreción de los supuestos o requisitos en que se entiende la procedencia de otro sector de actividad contemplados en el art. 9 de la Ley 11/2013 en relación con los casos en que se permite el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, cuestión que había quedado pendiente en dicha norma y que, curiosamente con rango legal (debería tener solo rango reglamentario), se contempla en este Real Decreto-Ley.

También se define (o, más correctamente, se acude al concepto persistente de) grupo de empresas a los efectos de las aportaciones económicas en materia de seguridad social a que obliga la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, en caso de despido colectivo de trabajadores con más de 50 años en empresas con beneficios. En estos casos, se remite directamente a la definición de grupo de empresa recogido en el art. 42 del Código de Comercio, aunque la determinación del resultado del ejercicio en cuestión sólo tendrá en cuenta los resultados obtenidos en España.

Y finalmente, se amplía el plazo hasta 31 de diciembre de 2014 para admitir como actividad formativa inherente a estos contratos los contenidos mínimos orientativos establecidos en el fichero de especialidades formativas o, en su defecto, por los contenidos formativos determinados por las propias empresas o comunicados por éstas a los correspondientes servicios de empleo. Ello

será en los casos en que no exista título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo a realizar, o centros formativos disponibles para su realización.

Queda una serie de modificaciones concretas en materia de seguridad social que no son de menor entidad. Antes al contrario, han representado uno de los principales problemas de gestión (y de coste laboral) en el ámbito de recursos humanos de cualquier empresa. Nos referimos, como veremos muy sucintamente a continuación, a la modificación del régimen de cotización y muy particularmente a la modificación del art. 109 de la Ley General de Seguridad Social.

7. ESPECÍFICAMENTE, SOBRE LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL. EN PARTICULAR, LA MODIFICACIÓN DEL ART. 109 DE LA LGSS

Como decimos, el Real Decreto-Ley incorpora una serie de modificaciones en materia de cotización a la Seguridad Social (además de la ya señalada sobre reducción de la cotización por desempleo en el contrato a tiempo parcial de carácter temporal). Estas modificaciones –salvo la señalada– tienen una clara finalidad de incrementar la recaudación (lo que contrastará con las medidas previstas en el Real Decreto-Ley 3/2014 tal como veremos a continuación).

La primera de las modificaciones a que nos referimos es la contemplada en la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 16/2013, que cambia la redacción del art. 109 de la Ley General de Seguridad Social. Esta norma había sido modificado previamente por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad³¹, con el fundamento declarado, según la exposición de motivos de éste, de corregir las diferencias de tratamiento entre la normativa de Seguridad Social y la del impuesto de la renta respecto determinadas partidas retributivas o compensatorias del trabajo³².

Sin embargo, el Real Decreto-Ley 16/2013 va más lejos en la intensidad de la modificación que su precedente a estos efectos. Y no sólo porque

³¹ BOE de 14 de julio.

³² Decía la citada exposición de motivos: “...persisten de forma injustificada una serie de diferencias entre ambos regímenes que se debe corregir con el objetivo de homogeneizar la normativa en materia tributaria y de Seguridad Social, de tal manera que aquellos conceptos que son considerados como renta en la normativa tributaria, y como tal tributan a efectos del IRPF, sean incluidos también en la base de cotización. Carece de fundamento que los mismos conceptos tengan una consideración jurídica diferente en distintos ámbitos de la normativa vigente. La medida contribuye a simplificar y homogeneizar el sistema, liberando de cargas administrativas a las empresas”.

la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 20/2012 parecía dejar su efectividad al desarrollo reglamentario de la misma³³ y ahora determinados aspectos como los apuntados entoces se concreten directamente, que también; sino porque la más reciente reforma supone una previsión más restrictiva de las partidas exentas del cálculo de las correspondientes bases de cotización.

En este sentido, como decimos, el Real Decreto-Ley 16/2012 introduce una serie de modificaciones sustanciales en el tratamiento de las partidas exentas.

En primer lugar, aclarando algunos extremos –siempre desde la perspectiva que hemos destacado-. Por ejemplo, la inclusión, dentro del cálculo de las bases de cotización, de la remuneración total “cualquiera que sea su forma o denominación” (hasta aquí como en redacciones anteriores) pero precisando: “tanto en metálico como en especie”. Por consiguiente, se suprime cualquier duda al respecto que pudiera mantenerse por la supresión en el Real Decreto-Ley 20/2012 de la dicción del apartado d) del art. 109.2 en su versión previa al mismo, según el cual quedarían exentos “los productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

En segundo lugar, incluyendo –al ser expresamente omitidas de las partidas exentas- dentro de la base de cotización determinadas partidas retributivas, compensatorias o devengadas con ocasión del trabajo³⁴. Esta ampliación de las partidas a incluir dentro del cálculo de la base de cotización y, por tanto, por las que se comenzaría a cotizar a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley³⁵, afectan fundamentalmente al tratamiento de las dietas (y asignaciones para gastos de locomoción y manutención y estancia) y al régimen de mejoras de Seguridad Social y acción social de las empresas –junto a los gastos de estudio-.

En estos casos, la comprensión de la exención es, como decimos, bastante restrictiva, lo que supone un incremento del coste de la cotización.

Por ejemplo, las asignaciones por gastos de locomoción que se realicen con transporte público requieren en todo caso que se justifique mediante fac-

³³ Tal como disponía en su versión precedente en relación con las partidas exentas se disponía en todo caso (en el entonces nuevo apartado 3 del art. 109) que “sin perjuicio de lo previsto en el apartado 2, la cuantía máxima exenta de cotización por todos los conceptos indicados en el mismo no podrá exceder, en su conjunto, del límite que se determine reglamentariamente”.

³⁴ La propia Tesorería General hace una sistematización en el Boletín Red 2013/10 de 27 de diciembre. Confr. al respecto <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/178628.pdf>.

³⁵ A estos efectos hay que tener en cuenta que la Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 23 de enero de 2014 (BOE de 31 de enero) autorizó la ampliación del plazo de liquidación e ingreso de los nuevos conceptos computables en la base de cotización correspondientes a los períodos de liquidación de diciembre de 2013 a marzo de 2014. Según dispone, “los referidos conceptos podrán ser objeto de liquidación complementaria e ingreso, sin aplicación de recargo o interés alguno, hasta el 31 de mayo de 2014”.

tura o documento equivalente; el resto de gastos de locomoción y los gastos de manutención y estancia (se evita expresamente el concepto dieta) tendrán el límite previsto en la normativa sobre el IRPF, pero aclara en todo caso que serán generados en municipio distinto del lugar del trabajo habitual y del que constituya su residencia. Y por supuesto, en materia de mejoras de Seguridad Social o de acción social de las empresas se incluye, por tanto, cualquier otra mejora del carácter que fuera dentro de la base de cotización (primas de seguro, bonificaciones por gastos ortopédicos, tratamientos odontológicos, prótesis, gafas, mejoras en supuestos de jubilación, incapacidad permanente, etc.). Las únicas que se encuentran exentas son las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal.

Los gastos de estudio también se encuentran exentos pero con alguna precisión. Lo estarán si están dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del trabajador y cuando dichos estudios “vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o características de los puestos de trabajo”, lo que implicaría excluir cualquier ayuda de estudios que lo fuera para el propio aprovechamiento personal del trabajador y, por supuesto, cualquiera que pudiera afectar a familiares del mismo.

Por tanto, nos encontramos con una norma restrictiva en la comprensión de las partidas exentas de cotización; que incluye algunas no contempladas anteriormente, lo que supone ir más allá de aquel objetivo declarado en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 20/2012; y que, sin duda, exigen una actuación por parte de las empresas que, por sus propios criterios de gestión, pueden exceder de los inevitables incrementos de gastos. Sin duda se relativiza la siempre exigida delimitación precisa entre partidas salariales y no salariales cuyo efecto principal está aquí –junto a la delimitación de la cuantía de las indemnizaciones en caso de despido-. Por ello, esta modificación trasciende la propia previsión en materia de Seguridad Social y se adentra en la propia regulación de determinadas partidas afectando tanto al tratamiento legal como al convencional en la materia (fundamentalmente en relación con las mejoras de acción social).

Pero junto a esta norma, y con similar afán, se establece una nueva norma sobre la determinación de la base mínima de cotización de los trabajadores autónomos, que si en cualquier período del ejercicio han tenido a su servicio un número de trabajadores por cuenta ajena igual o superior a diez (la previsión anterior era de cincuenta trabajadores), se equipara necesariamente a la base de cotización del régimen general del grupo 1.

En definitiva, normas que implican un incremento de la recaudación y que contrastan con medidas de fomento (nuevas) como las planteadas en el Real Decreto-Ley 3/2014 que ahora presentamos.

8. EL REAL DECRETO-LEY 3/2014: UNA (NUEVA) ACTUACIÓN SOBRE EL RÉGIMEN DE COTIZACIÓN COMO MEDIDA DE FOMENTO DE EMPLEO

8.1. Una nueva medida de fomento de empleo no concordante con medidas anteriores

La disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 16/2013 prevé que el Gobierno “procederá a una reordenación normativa de los incentivos a la contratación en relación con la cotización a la Seguridad Social, a cuyo fin incluirá en una disposición las bonificaciones y reducciones en la cotización a la Seguridad Social vigentes a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-Ley y procederá, en su caso, a la armonización de los requisitos y obligaciones legal o reglamentariamente previstos”. Y lo hace, “con el fin de proporcionar una mayor seguridad jurídica”.

Sin embargo, poco más de dos meses después se publica en el BOE el Real Decreto-Ley 3/2014 cuyo único artículo tiene por rúbrica (y por contenido en definitiva) la “reducción de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social por contratación indefinida”.

Independientemente del contenido de la disposición, al margen de la valoración que pueda hacerse sobre la misma y las razones de oportunidad y el análisis concreto de su contenido, lo cierto es que refleja una clara incoherencia con la previsión anteriormente transcrita. Desde la citada disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 16/2013, que plantea la necesaria “reordenación normativa” de los incentivos, hasta la publicación de esta otra medida de incentivos ha pasado solo algo más de dos meses y el nuevo Real Decreto-Ley 3/2014 no hace mención alguna (lo podría haber hecho en alguna disposición adicional) y no recuerda por tanto el mandato que el propio Gobierno se hizo en el decreto ley precedente.

De esta forma, teniendo en consideración que las medidas de fomento se interfieren, se confunden en los sujetos destinatarios y en la forma de aplicación de las reducciones de cotizaciones propuestas es necesaria una reordenación

Esta norma es, pues, como el Real Decreto-Ley 16/2013, la demostración de que constantemente nos estamos encontrando con una sucesión de decisiones normativas no siempre coherentes, aprobadas por decreto ley y donde, como en este caso, se relativiza la justificación de las razones de urgencia que permiten legislar con este instrumento. En la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 3/2014, la justificación es parca. Tal como dice: “La adopción de la medida regulada en este Real Decreto-Ley obedece a la necesidad de

fomentar la estabilidad del mercado laboral, mediante la contratación indefinida de trabajadores, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, así como de contribuir a la creación de empleo y de disminuir, a su vez, la dualidad del mercado laboral. Todo ello requiere una respuesta inmediata, que justifica la adopción de esta medida con la mayor urgencia posible”. Aunque sea incoherente con las medidas adoptadas por el propio Gobierno con anterioridad.

La citada reordenación normativa se torna, por tanto, ciertamente más necesaria. Sobre todo ahora, cuando ahora concurren criterios no necesariamente concordantes con los anteriormente planteados, por ejemplo, en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 27 de julio) que pretendía incorporar las medidas propuestas en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 del Gobierno.

El Real Decreto-Ley 3/2014 incorpora una novedad en el tratamiento tradicional de las bonificaciones y reducciones de cotizaciones en materia de seguridad social como mecanismo de fomento de la contratación. La reducción se contempla como una cuantía fija de cotización (sólo por contingencias comunes) en los supuestos contemplados en la norma. Tarifa plana la denomina la propia exposición de motivos, en lo que es una utilización de un término comercial más que jurídico. Sólo quizá en los supuestos de cotización del contrato para la formación y el aprendizaje, y en todos sus antecedentes, se contemplaba con claridad una cotización a tanto alzado.

Por tanto, la primera novedad que incorpora tiene que ver con la fórmula escogida para determinar el beneficio en materia de seguridad social establecido, diferenciando entre contratos a tiempo completo y contratos a tiempo parcial, de forma que “si la contratación es a tiempo completo, 100 euros mensuales”; “si la contratación es a tiempo parcial, cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 75 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo comparable, 75 euros mensuales”; “si la contratación es a tiempo parcial, cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 50 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo comparable, 50 euros mensuales”. Debe entenderse que en el resto de supuestos, por ejemplo, en caso de contratos a tiempo parcial con dedicación inferior al 50 por ciento, no se aplicará esta reducción.

Pero el segundo elemento de diferencia evidente tiene que ver con el cambio de criterio en la determinación del objeto de promoción del empleo. Ahora, se pretende el fomento de la contratación estable, indefinida, e indiscriminada; es decir, sin que se seleccione colectivo específico alguno al que dirigir la medida de incentivo.

Este criterio, fomento de la contratación exclusivamente indefinida, a tiempo completo o a tiempo parcial (pero siempre por encima de una deter-

minada dedicación: el 50 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable), no se corresponde con los criterios empleados en las normas inmediatamente precedentes.

Por ejemplo, en el Real Decreto-Ley 16/2013, por no ir más lejos, se fomenta el contrato a tiempo parcial, aun temporal, y siempre que la dedicación sea de más de diez horas a la semana en cómputo anual. A todos estos supuestos se va a permitir o a extender el pacto de horas complementarias, en la comprensión del contrato a tiempo parcial como una forma de transición “hacia el trabajo a tiempo completo y la contratación indefinida”, tal como declara el propio Gobierno.

Antes, los supuestos incluidos dentro de la Ley 11/2013 trataban de medidas de fomento de empleo basados precisamente en reducciones de cuotas a la Seguridad Social que discriminaban por colectivos. Principalmente menores de treinta años dentro de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven³⁶.

En estos casos, las medidas interfieren unas con otras, dado que hay elementos de intersección en los presupuestos que dan lugar a las mismas. Pero además, su extensión y su propia dinámica son distintas, lo que incrementa la sensación de falta de concordancia entre las medidas de fomento de la contratación que finalmente concurren.

Por ejemplo, la duración de las medidas dispuestas en la Ley 11/2013 gira en torno a doce meses o un año, prorrogables por otros doce meses en deter-

³⁶ Es más, si tenemos en cuenta la previsión contenida en el Real Decreto-Ley 20/2012, que declaraba suprimido el derecho de las empresas a la aplicación de bonificaciones por contratación en las cuotas a la seguridad social salvo las expresamente mantenidas nos encontramos ante un aparente cambio de criterio, dado que ahora se extiende a cualquier colectivo el fomento de la contratación indefinida (particularmente, las previstas en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral o las recogidas en los apartados 2, 3, 4, 4 bis, 5 y 6 del artículo 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. También las recogidas en el Real Decreto-Ley 18/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad por la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE); art. 21.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Real Decreto-Ley 11/98, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento; Disposición adicional novena de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; Disposición adicional trigésima quinta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio; Disposición adicional undécima de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; art. 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; la disposición adicional trigésima del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

minados casos³⁷; en el Real Decreto-Ley 3/2014, la reducción de la cotización a la Seguridad Social se plantea sobre veinticuatro meses, prorrogándose otro tipo de reducción por doce meses más. Este tema no tendría mucha importancia si no hubiera concurrencia de supuestos; pero, como decimos, esta se sucede reiteradamente en casi todos los supuestos de incentivo a la contratación previstos en la citada ley, cuando su objeto puede coincidir con una contratación indefinida, a tiempo completo o a tiempo parcial y, en este último caso, cuando la dedicación pueda ser del 50 por ciento de la jornada de un trabajador comparable³⁸.

Pero es más, como decimos, en la propia dinámica de la bonificación o reducción de la cotización también se encuentran diferencias no menores. La sanción sustantiva a los incumplimientos previstos se encuentran en el propio texto del decreto ley; en concreto en el apartado 7 del artículo único e incorpora diferencias importantes respecto a la norma general sobre reintegro de los beneficios en caso de incumplimiento o de falta de requisitos (por ejemplo, respecto a los previstos en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo).

Por tanto, estamos ante una medida de fomento de la contratación muy distinta de las medidas previamente adoptadas, de tal forma que podríamos decir que no guarda coherencia con las mismas. Es más, si nos atenemos a la sucesión de normas al respecto (Ley 3/2012; Real Decreto-Ley 20/2012; Ley 11/2013 y finalmente Real Decreto-Ley 3/2014) nos encontramos con criterios diferentes, que no siempre van en la misma dirección, y que, por ello, aportan inseguridad jurídica, requiriendo lo que reconocía el propio Gobierno como legislador urgente: una reordenación normativa que, en nuestra opinión, debe aportar coherencia y sentido a un tema en principio tan importante como éste.

8.2. El régimen jurídico de esta reducción de cotizaciones por contratos indefinidos

8.2.1. Contenido y objeto de la reducción de cotizaciones

Como hemos dicho, con carácter general, esta nueva medida de fomento del empleo, basada en un nuevo criterio o definición de reducción de la cotización a

³⁷ En los casos de contratos a tiempo parcial con vinculación formativo (art. 9); de contratación indefinida de un joven en microempresas, que sera de un año (art. 10); o en el caso de incentivos a la contratación de nuevos proyectos de emprendimiento joven (art. 11). No obstante, la duración sera de tres años en el caso de incentivos a la contratación en empresas de economía social (art. 14 de la Ley 11/2013) y durante toda la vigencia del contrato en prácticas en caso de que se formalice el mismo con un menor de 30 años, independientemente de cuándo acabaran sus estudios (art. 13).

³⁸ No hablamos obviamente de identidad de supuestos, sino de concurrencia en determinados casos. Y esta concurrencia o intersección de supuestos en uno y otro caso se puede dar en casi todos los supuestos previstos en los arts. 9 y ss. de la citada ley. En ellos siempre podemos encontrar algún contrato indefinido a tiempo completo o a tiempo parcial con dedicación mínima del 50 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo complete comparable que, por tanto, coincide con el presupuesto de hecho de la medida contemplada en el Real Decreto-Ley 3/2014.

la Seguridad Social (de la parte correspondiente al empresario por contingencias comunes), responde a criterios y dinámicas distintas de las precedentes, aunque, obviamente, permanecen algunos aspectos indispensablemente comunes.

Esta “tarifa plana”, tal como la denomina la exposición de motivos del Real Decreto-Ley, presenta un régimen jurídico que puede sistematizarse en los rasgos que presentamos a continuación.

Se parte del establecimiento, como medida principal, de una reducción en las cotizaciones a la Seguridad Social por contingencias comunes en caso de contratación indefinida (no se aclara si de un trabajador desempleado o de la conversión de un contrato temporal en indefinido, con lo que habría que contemplar ambos supuestos siempre que suponga un incremento neto del nivel de empleo en el sentido que veremos a continuación). Dicha reducción de las cotizaciones se produce estableciendo una cuantía fija en la cotización por estas contingencias. Se excluye de la medida cualquier reducción en las cotizaciones por los demás conceptos cotizables.

La cuantía fija por la que se cotizaría por la parte empresaria por contingencias comunes es de 100 euros mensuales en caso de que la contratación indefinida lo fuera a tiempo completo. En caso de contratación a tiempo parcial, dicha cuantía será de 75 euros mensuales “cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 75 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable”; y de 50 euros mensuales cuando lo sea “al menos” equivalente al 50 por 100. Por tanto, no daría derecho a reducción alguna conforme a esta medida si la dedicación del contrato indefinido fuera inferior al citado 50 por ciento. En este caso, habría que acudir a otras medidas selectivas de fomento como las previstas para el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa si se reunieran los requisitos objetivos y subjetivos para ella.

Por otra parte, tal como dispone la disposición adicional única del Real Decreto-Ley, no le será de aplicación esta reducción a la cotización por horas complementarias de aquellos contratos a los que le fuera de aplicación la misma. Las horas complementarias, instrumento esencial en el fomento del contrato a tiempo parcial (indefinido o temporal) en la modificación que del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial ha hecho el Real Decreto-Ley 16/2013, se excluyen de esta medida. La propia disposición de una cotización a tanto alzado por contingencias comunes (de la parte correspondiente al empresario) casa mal con un modelo dinámico de dedicación como el que plantea el pacto de horas complementarias. La opción del Gobierno ha sido, de esta forma, excluir a las mismas de este criterio de reducción de la cotización frente, por ejemplo, a otro modelo como el previsto en el art. 9 de la Ley 11/2013, que establecía, para el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, un porcentaje de reducción de cotización que podría llegar al 100 por 100 de la parte empresarial de cotización por contingencias comunes.

En todo caso, esta medida dispuesta tiene carácter temporal. Es por tanto coyuntural, lo que la diferencia, en este aspecto, de otras medidas selectivas de fomento de empleo como las previstas en la Ley 11/2013. Esta medida, conforme dispone el segundo párrafo del apartado 1 del artículo único del Real Decreto-Ley 3/2014, se aplica a los contratos formalizados entre el 25 de febrero de 2014 y el 31 de diciembre del mismo año.

Como decíamos, se trata de una medida no selectiva; no se distingue ni sujetos destinatarios de la misma (no se discrimina en este sentido), ni distintas modalidades de contratos indefinidos (más allá obviamente de las vinculadas a otras medidas de fomento que puedan ser concurrentes). Por ejemplo, y a ello nos referimos, no hay exclusión de los contratos fijos discontinuos. Dicho esto sin perjuicio de las exclusiones que dispone el apartado 3 del artículo único del Real Decreto-Ley, que, en todo caso, no toman en cuenta como criterio para las mismas ninguna modalidad sustantiva de contrato indefinido, como la citada.

Tampoco parece limitarse el número de contratos que pueden ser objeto de la reducción en la misma empresa. La medida de fomento se aplicará a todos los contratos formalizados dentro del período establecido, sin más límite que los vinculados al mantenimiento del empleo, total e indefinido, en la empresa en el sentido que veremos a continuación.

La duración de la reducción es de 24 meses desde la formalización del contrato. Además se prevé que durante los 12 meses siguientes determinadas empresas puedan tener derecho a una reducción equivalente al 50 por ciento de la aportación empresarial por contingencias comunes. Esta reducción sólo se dará si la empresa cuenta con menos de diez trabajadores “al momento de celebrar el contrato al que se aplique la reducción”. Este último número, por tanto, deberá referirse a ese momento inicial en que se formaliza la contratación indefinida que da lugar a la aplicación de la citada reducción de las cotizaciones y no se distingue entre contratos indefinidos o temporales. Además, no alude las vicisitudes que puedan haberse dado en la plantilla de la empresa, aunque obviamente deben entenderse aplicable los requisitos de incremento y mantenimiento de empleo a que se condiciona la aplicación de la medida. No habla en esta ocasión de promedio de trabajadores –como sí hace cuando alude a la necesidad de mantener un nivel determinado de empleo-.

8.2.2. Requisitos para acceder a la reducción

Los requisitos para tener derecho a los beneficios de cotización establecidos son los siguientes:

En primer lugar, de cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social. La empresa debe encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Debe ser así en el momento del alta del trabajador y durante la aplicación de la medida (los 24 meses

con carácter general; debe entenderse también durante la reducción aplicable en los 12 meses siguientes para empresas inicialmente de menos de 10 trabajadores). El incumplimiento de las obligaciones (la norma habla de “falta de ingreso, total o parcial, de las obligaciones en plazo reglamentario”, debiendo entenderse tanto tributarias como de Seguridad Social aunque esté refiriéndose a éstas últimas) conllevará la pérdida automática de la reducción a partir del mes en que se produzca el incumplimiento.

En segundo lugar, de no extinción de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios declarados improcedentes en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos. Tampoco deben haberse producido despidos colectivos en los mismos seis meses anteriores a la formalización del contrato que da derecho a la reducción.

No se contemplan, pues, todos los supuestos tradicionalmente incluidos como excluyentes de bonificaciones, ayudas o autorización para contratación temporal como medida de fomento (o, incluso, para permitir la contratación a través de una ETT). Sólo se incluyen los despidos individuales declarados improcedentes (disciplinarios u objetivos) y los despidos colectivos. Otras formas de extinción por causa imputable al empresario como los despidos indirectos o los despidos por razones objetivas procedentes o simplemente no recurridos no darían lugar a la exclusión de la aplicación de la reducción en la cotización de la seguridad social. Tampoco, habría que precisar, aquellos despidos que no concluyen con una declaración judicial de improcedencia ya que este es el término, aparentemente estricto, que usa la norma y que amplía grandemente por la propia dinámica del despido los supuestos contemplados (un despido reconocido como improcedente que no da lugar a la acción correspondiente no da lugar a su declaración como tal, que corresponde en exclusiva al juzgado de lo social correspondiente. Se excluirían igualmente los supuestos resueltos en conciliación previa).

Pero, además, y en todo caso, el decreto ley excluye expresamente “a los efectos del cumplimiento de este requisito” las extinciones, cualquiera que fuera su causa, producidas con anterioridad a la fecha de efectos de la aplicación de la reducción (25 de febrero de 2014). De esta forma, no se toman en consideración ni siquiera los despidos individuales improcedentes o los despidos colectivos si estos se produjeron antes de la fecha a partir de la cual el Real Decreto-Ley dispone la aplicación de la reducción de cotizaciones.

En tercer lugar, la celebración de contratos indefinidos que dan lugar a la reducción de cotización ha de suponer un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como del nivel total de empleo de la empresa. Para ello se acude a una referencia diaria de promedio de trabajadores que hayan prestado servicios en los treinta días anteriores a la celebración del contrato. Por tanto, ha de considerarse dicho promedio de trabajadores (debe entenderse que distin-

guiendo entre tal promedio general y el promedio de indefinidos) y el contrato a celebrar debe suponer un incremento neto. Claro que como esta referencia puede variar, puede corresponder al empresario modular el momento en que se formaliza dicho contrato.

Se puede plantear un problema sobre cómo calcular dicho promedio. En principio, surge del número de días de trabajo con trabajadores fijos o temporales en el período indicado, pero se pueden plantear algunos problemas prácticos. Por ejemplo, ¿se computan los trabajadores que estén en situación de suspensión con derecho de reserva de puesto de trabajo? Parece que debe ser así, pero, ¿y los que los sustituyen con un contrato de interinidad?; por otro lado, ¿cómo se computan los trabajadores fijos discontinuos o fijos periódicos si los treinta días anteriores a coincide con un período de no actividad?

Son algunas de las preguntas que podrían hacerse. De cualquier forma, y en una primera aproximación, parece claro que, en general, esta medida no toma en cuenta que nuestro mercado de trabajo tiene un carácter fuertemente estacional. Así, si en un período relativamente corto anterior a la contratación indefinida que da lugar a la reducción en la cotización se ha de calcular el promedio de empleo, general e indefinido, parece evidente que se puede desincentivar la contratación de trabajadores tras un período estacional donde se ha podido producir naturalmente un incremento de la contratación, impidiendo de hecho la conversión de estos trabajadores estacionales en indefinidos si con ello la empresa tiene dificultades para incrementar el empleo neto en comparación con dicha fecha

También se puede plantear problemas con el cómputo de los trabajadores a tiempo parcial, sobre todo si su dedicación es unas horas a la semana o al mes (distribución vertical) porque, ¿cómo se computan estos trabajadores? La previsión legal no distingue y, por tanto, en nuestra opinión no cabe aplicar criterios de proporcionalidad no previstos (conforme el propio art. 12.4 del Estatuto de los Trabajadores sólo serían posible cuando lo previera la ley). Claro que el problema se plantea o, mejor, se hace evidente cuando la distribución de la jornada conlleva que el trabajador pueda trabajar unos días a la semana, donde la tentación puede ser computarlo a estos efectos en proporción a su dedicación en el mes o dentro del período de referencia para el cálculo del empleo que ha de mantenerse.

Todas estas cuestiones, en nuestra opinión, traslucen la premura con que parece que se han adoptado los términos de una medida como ésta. Es evidente que sólo si se produce un crecimiento neto del empleo y, en particular, del empleo indefinido, puede justificarse una reducción tan general de las cotizaciones a la Seguridad Social como la dispuesta. Pero es clave también que dicha medida tenga referentes claros y posibles y no sea incoherente consigo misma ni sobre todo con algunos rasgos propios de nuestro maltrecho mercado de trabajo.

En este sentido, en nuestra opinión, y por intentar aportar soluciones a los problemas que estamos planteando, y al tratarse de empleo neto, no deberían computarse doblemente los trabajadores sustituidos y los trabajadores con un contrato de interinidad. En cambio, sí deberían tenerse en cuenta los trabajadores contratados bajo esta modalidad que suplieran o cubrieran una vacante, dado que, en este caso, estaríamos hablando de un puesto de trabajo estructural para cuya cobertura definitiva debería fomentarse la contratación indefinida; pero, precisamente, la norma no está contemplando directamente la conversión de contratos temporales en indefinidos como vía, al menos, para aceptar per se el cumplimiento de incremento neto de empleo indefinido.

El tema de los trabajadores estacionales requiere una reflexión más concreta. Los contratos indefinidos deberían contar como indefinidos a todos los efectos. Esta es su consideración y no otra. Además, la norma no habla de “jornadas de trabajo” contratadas; sino de promedio de trabajadores. Y aquí, como en el art. 72 del Estatuto de los Trabajadores, estas modalidades de contratación indefinida se computan como trabajadores a todos los efectos. Sin embargo, como hemos destacado, crea distorsiones precisamente en el sentido que decimos. Tras un período estacional con un incremento de las “jornadas” de trabajo, la referencia de empleo neto puede sufrir una comparación que dificulte su cumplimiento en los términos de la norma; por el contrario, en el supuesto opuesto, es fácil llegar a dicho cumplimiento si la contratación indefinida se hace tras dicho período estacional.

Teniendo en cuenta que la estacionalidad es una característica muy evidente de nuestro mercado de trabajo, es claro que condiciona la aplicación de una medida como ésta. Debería haberse tomado en cuenta este aspecto y condicionar el mantenimiento de empleo a estos rasgos. Por ello, quizá hubiera sido conveniente, desde la propia lógica de la norma, contemplar con criterios propios la conversión de contratos temporales en indefinidos y, también, de contratos a tiempo parcial en tiempo completo para así conseguir el objetivo declarado en la exposición de motivos.

En cuarto lugar, el mantenimiento del nivel de empleo indefinido y total alcanzado con dicha contratación debe mantener durante al menos 36 meses, a contar desde la fecha de efectos del contrato indefinido que da lugar a la ayuda. Se pretende, por tanto, una estabilidad en la situación de la plantilla. Para ello, la norma prevé que “se examinará el mantenimiento del nivel de empleo indefinido y del nivel de empleo total cada doce meses”. De nuevo, la referencia será el mes (treinta días decía el apartado anterior) de la contratación dado que para dicho examen “se utilizarán el promedio de trabajadores indefinidos y el promedio de trabajadores totales del mes en que proceda examinar el cumplimiento de este requisito”. No se toma en consideración, como hemos visto, el carácter estacional de estos servicios, condenando a la utilización de esta

medida fuera de los meses en que la actividad de la empresa requiriera de esta mano de obra estacional.

En todo caso, y como veíamos con anterioridad tampoco se tendrán en cuenta a los efectos de examinar el nivel de empleo referido y su mantenimiento, las extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despido disciplinario no declarados expresamente improcedentes (ya nos hemos pronunciado al respecto). Se toman en cuenta por tanto, sólo los despidos colectivos y los despidos individuales (por motivos disciplinarios o por causas objetivas) que hayan sido recurridos y declarados improcedentes. No se dice nada de los supuestos de extinción de contratos de trabajo por otras causas, por ejemplo por finalización del término o plazo en los contratos temporales, que necesariamente tendrán incidencia en las reglas sobre el requisito de mantenimiento del nivel de empleo porque esta referencia es necesariamente objetiva (y se refiere, como hemos visto, al promedio de trabajadores durante el mes o treinta días –la norma recoge incorrectamente ambos períodos- anteriores a la formalización de la contratación indefinida que da lugar a la reducción de cotizaciones).

Finalmente, y en quinto lugar, para acceder a la citada reducción la empresa no puede haber sido excluida del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de programadas de empleo conforme las sanciones previstas en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social por la comisión de determinadas infracciones administrativas (no todas las que pueden dar lugar a la exclusión de dichos beneficios). Estas infracciones son las previstas en el art. 22.2 (infracción grave por no dar de alta a los trabajadores) y las recogidas en los arts. 16 y 23 (infracciones muy graves en materia de empleo y en materia de seguridad social).

Debe recordarse a estos efectos que, conforme lo dispuesto en el art. 46 de dicha norma, y sin perjuicio de las sanciones administrativas previstas, los empresarios que hubieran cometido las infracciones recogidas en el art. 15.3 de la LISOS (referida al incumplimiento sobre reserva de plazas de personas con minusvalía y no contemplada a estos supuestos) y los arts. 16 (infracciones muy graves en materia de empleo) y 23 de la citada ley (infracciones muy graves en materia de seguridad social) “podrán ser excluidos del acceso a tales beneficios por un período máximo de dos años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción”³⁹. En los supuestos en que el empresario

³⁹ Entre otras sanciones accesorias previstas en esta norma como, genéricamente, las siguientes: perderán automáticamente las ayudas o bonificaciones de los programas de empleo; podrán ser excluidos del acceso a tales beneficios durante dos años; y, en los casos previstos en los apartados 3 y 4 del art. 16 citado (con carácter general, obtener indebidamente ayudas o no aplicar o desviar las mismas a fines distintos), obligados a devolver las cantidades obtenidas indebidamente o no aplicadas o aplicadas incorrectamente.

hubiera cometido la infracción recogida en el art. 22.2 (“no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido”) se prevé, además de la pérdida de las ayudas y bonificaciones, la referida exclusión, pero durante el plazo de un año (salvo en caso de reiteración de la referida infracción en cuyo supuesto se puede ampliar a dos años).

Por tanto, es requisito de acceso a la medida establecida no estar incurso en esta sanción accesoria, cuya vigencia temporal es la prevista en la norma sancionadora referida. Pero, si atendemos a la dicción legal y a la necesaria interpretación restrictiva de las normas sancionadoras, no se tomarían en cuenta la posibilidad prevista de aplicar esta sanción para los casos de incumplimiento de las normas sobre reserva de plazas de trabajadores con minusvalía. Ojalá sea un olvido del legislador urgente que se corrija (aún no se ha hecho), porque qué duda cabe de que, precisamente en este tema, la protección de los trabajadores minusválidos debería tener una atención especial.

8.2.3. Supuestos excluidos de la medida

Conforme lo previsto en el apartado 3, las reducciones previstas no se aplicarían a una serie de supuestos.

En primer lugar, no se aplicarían a las relaciones laborales de carácter especial; ni a la contratación de trabajadores cuya actividad conlleve su inclusión en cualquier sistema especial del Régimen General de la Seguridad Social.

Aunque evidentemente estas dos excepciones incluyen una pluralidad de supuestos⁴⁰, es obvio que afecta fundamentalmente tanto a empleados de hogar como a trabajadores agrarios por cuenta ajena. En ambos casos, la exclusión podría discutirse. Particularmente en el primero de los citados si se tiene en cuenta la posibilidad perdida de incrementar las tasas de regularización de estos trabajadores y de inclusión en el régimen de seguridad social. Téngase en cuenta que este fue el propio objetivo del Real Decreto-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social (que modificó el inicial criterio de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, cuando dispuso la inclusión de estos trabajadores en el Régimen General).

En segundo lugar, excluye, en línea con otras medidas de fomento, a las contrataciones que afecten al cónyuge o parientes hasta segundo grado por

⁴⁰ A todas las relaciones laborales de carácter especial que impliquen la posibilidad de un contrato indefinido (aunque no son muchas) y a los incluidos en otros sistemas especiales de cotización, aun arcaicos, que con esta norma se ven excluidos (posiblemente sin motivos) de la medida. Evidentemente, por tanto, parece que la exclusión está referida a los supuestos citados: empleados de hogar y trabajadores agrarios.

consanguinidad o afinidad y extendiéndose a los casos de parentesco referidos a la persona que ostente el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración. No se incluye en esta exclusión a los hijos de trabajadores autónomos en el sentido que dispone la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo (que permite esta contratación por cuenta ajena, pero los excluye de las prestaciones por desempleo).

También se excluye a la contratación en el ámbito del sector público, que por tal disposición quedan excluidos de la medida. Dicha exclusión se hace en relación con la mención a la contratación de empleados en los términos establecidos en los arts. 20 y 21 y disposición adicional 20ª y 21ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, que regulan, con carácter excepcional, las posibilidades muy restrictivas de contratación en este ámbito para 2014.

Y finalmente, a la contratación de trabajadores contratados en otras empresas del grupo. En este caso, exclusivamente si sus contratos previos se hubieran extinguido por despidos individuales (objetivos o disciplinarios) “declarados judicialmente como improcedentes”, o por despidos objetivos, en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos que dan derecho a la reducción.

Por tanto, aun cuando perteneciera a empresas del grupo, no se prevé exclusión alguna si la causa de extinción se debiera a cualquier otro motivo o, simplemente, si no ha sido recurrida o declarada judicialmente improcedente.

Si, por el contrario, el trabajador perteneciera a la misma empresa, no dará en principio derecho a la reducción si en los seis meses anteriores hubiera prestado servicios en la misma con un contrato indefinido.

No obstante, la norma prevé una excepción muy amplia en los dos supuestos anteriores (concurrente con el período de aplicación de los requisitos de no extinción previa de contratos): “no será de aplicación para el supuesto de trabajadores cuyos contratos de trabajo se hubieran extinguido antes del 25 de febrero de 2014”. Por tanto, sólo es hábil dicha exclusión a partir del plazo de aplicación de la medida, con lo que se reduce de forma importante la efectividad de un requisito o de una exclusión aparentemente importante.

8.2.4. Efectos y dinámica de la medida

Los efectos de dicha medida en materia de seguridad social se recogen en los apartados 4 a 7 del artículo único del Real Decreto-Ley.

La aplicación de dicha reducción no afecta a la determinación de las prestaciones económicas a que pudiera acceder el trabajador; a efectos de cálculo de las mismas las bases reguladoras tendrán como referente el importe íntegro de la base de cotización que les corresponda. No puede ser de otra forma.

En otro orden de cosas, dentro de la dinámica de la medida y su régimen de compatibilidad, el Real Decreto-Ley declara expresamente la incompatibilidad

de la misma con la de cualquier otro beneficio en la cotización a la Seguridad Social por el mismo contrato y “con independencia de los conceptos a los que tales beneficios pudiera afectar”. Ya hemos hecho referencia a cómo una medida como esta puede tener elementos de intersección o concurrencia con otras medidas, más selectivas, como las previstas en la Ley 11/2013.

Y, por último, dentro del régimen jurídico que establece para esta medida, el Real Decreto-Ley regula los supuestos de aplicación indebida de la reducción, incluidos los relativos al incumplimiento del mantenimiento del nivel de empleo, general e indefinido, a que se condiciona la reducción de la cotización.

Con carácter general, y además de las sanciones administrativas que pueden derivarse por las infracciones administrativas que podrían devenir, en los supuestos de aplicación indebida de la reducción, por incumplir las condiciones establecidas, procederá el reintegro de las cantidades dejadas de ingresar con el recargo y el interés de demora correspondientes, conforme a lo establecido en la normativa recaudatoria de la Seguridad Social.

Pero, en el caso concreto de incumplimiento del requisito de mantenimiento durante un período de 36 meses de los niveles de empleo, general e indefinido, el reintegro se matiza en función de cuándo se produce el referido incumplimiento.

De esta forma, “si el incumplimiento de la exigencia del mantenimiento del nivel de empleo se produce a los doce meses desde la contratación, corresponderá reintegrar el 100 por 100 de la citada diferencia”; “si tal incumplimiento se produce a los veinticuatro meses desde la contratación, corresponderá reintegrar el 50 por 100 de la citada diferencia”; y, “en caso de que el incumplimiento se produjera a los treinta y seis meses desde la contratación, corresponderá reintegrar el 33 por 100 de la citada diferencia”.

En estos casos [en los mismos supuestos de reintegro por incumplimiento del requisito previsto en el apartado 2.d)], no procederá exigir recargo e interés de demora.

9. REFLEXIÓN FINAL

En definitiva, nos encontramos con dos nuevas normas laborales que, no siendo las únicas que incorporan modificaciones a la regulación del contrato de trabajo (habría que incluir la curiosa suspensión de efectos –a esto lo llamábamos antes simplemente derogación- del art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores que hace la Ley 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado para 2014), representan una forma de legislación basada en sucesivas reformas laxamente justificadas en razones de urgencia. Ello incorpora en nuestra opinión incertidumbre e inseguridad jurídica y coadyuva mal a una pésima

situación de nuestro mercado de trabajo. Si además los contenidos tienen una entidad como los analizados se pone de manifiesto con claridad un problema añadido de indefinición ante la sucesión de reformas. Se están modificando aspectos previamente tratados en reformas inmediatas y que ahora se pretenden justificar bajo el eufemismo de “ajustes menores” que realmente no son. Cómo se puede calificar así a la modificación esencial del régimen de contratación, particularmente del contrato a tiempo parcial, de la gestión del tiempo de trabajo o cómo puede obviarse un mandato de armonización de las medidas de fomento del empleo cuando se modifican los criterios antecedentes en la concepción de esta materia.

Es necesario un debate previo y más sosegado sobre cuál es o cuál debe ser el marco jurídico estable en que se desarrolle nuestro denominado mercado de trabajo y que evite la inseguridad jurídica. La situación lo requiere.

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM” EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO

Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

Palabras clave: Non bis in ídem; responsabilidad; sanción; prejudicialidad; procedimiento sancionador

El presente artículo aborda el análisis de la aplicación del principio non bis in ídem en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Partiendo de la delimitación de su concepto y fundamento, se examinan sus condicionantes de aplicación, teniendo siempre todo como eje central el objetivo del principio: impedir la doble sanción en los supuestos de triple identidad (sujeto, hecho y fundamento), y señalando las especialidades que se presentan en materia laboral. De igual modo, se analiza el contenido del principio señalando las principales dificultades derivadas de la existencia de su doble vertiente, material y procesal. Posteriormente, se estudia la aplicación concreta del principio a las diversas situaciones de conflicto que se producen en el terreno laboral estableciendo los pasos y criterios a seguir en función del ámbito en que se produce la concurrencia de la doble sanción. Se tratan así, entre otras, cuestiones relativas a delitos en materia preventiva, responsabilidad en materia de prestaciones, recargo de prestaciones, delitos de defraudación a la Seguridad Social, y cuestiones en materia disciplinaria como son los relativos a las relaciones de sujeción especial, cláusulas reguladoras de la reincidencia, despidos repetidos o imposición de medidas cautelares.

ABSTRACT

Keywords: Double jeopardy; liability; penalty; *lis pendens*; penalty proceedings

The present article analyses the application of the principle of double jeopardy (*non bis in ídem*) in the field of Labour and Social Security Law. Starting with the delineation of its concept and legal basis, its application requirements will be examined, with special consideration of the aim of the principle: preventing that, in cases of triple identity (subject, fact and legal basis), a double penalty be charged; with specific regard to nuances imposed by Labour Law. The content of the principle will be further analysed, noting the fundamental difficulties arising out of the twofold nature of the principle, as a matter of substance and of procedure. The article goes on to study the specific application of the principle to distinct conflicts that arise in the field of Labour Law, establishing the steps and criteria to be taken, depending on the situation in which the double penalty occurs. Among other, issues relating to criminal offenses related to preventive measures, liability in respect of social benefits, crimes for fraud involving the Social Security, and disciplinary matters such as those pertaining to special employment relationships, regulatory provisions on recidivism, repeated dismissals or the imposition of provisional measures will be dealt with.

* El presente trabajo se inserta en las labores del Proyecto de Investigación sobre Enfermedades del Trabajo, financiado por la Secretaría de Estado de Investigación, DER2009-12887-C02-C01, en el que la autora es miembro del grupo coordinado correspondiente a la Universidad Carlos III, Madrid.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA: LA CONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM
3. REQUISITOS DE APLICACIÓN: LA CONCURRENCIA DE LA TRIPLE IDENTIDAD Y SUS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN
 - 3.1. La identidad de sujeto
 - 3.2. La identidad de hechos
 - 3.3. La identidad de fundamento.
4. EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM: LA PRIMACÍA DE LA VERTIENTE MATERIAL SOBRE LA PROCESAL
 - 4.1. El establecimiento de relaciones de preferencia entre ámbitos del poder público: la preferencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa
 - 4.2. La prohibición de doble enjuiciamiento
5. ÁMBITOS DE CONFLICTO Y PROBLEMAS FRECUENTES EN LA APLICACIÓN DEL NON BIS IN ÍDEM
6. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN LOS ÁMBITOS DE CONFLICTO PUROS EN EL MARCO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - 6.1. Prevención de Riesgos Laborales y ámbito penal: la regla de los concursos como respuesta a la doble imposición de sanción
 - 6.2. Conflictos en el ámbito administrativo: el recargo de prestaciones y responsabilidad por prestaciones de Seguridad Social
 - 6.2.1. Recargo de prestaciones: la modulación de la figura jurídica como respuesta a la vulneración del non bis in idem
 - 6.2.2. La responsabilidad en materia de prestaciones de la Seguridad Social
 - 6.3. Conflictos en el ámbito laboral puro: la responsabilidad disciplinaria en las relaciones laborales privadas
7. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN EL ÁMBITO DE LOS CONFLICTOS MIXTOS
 - 7.1. Problemas de aplicación: la prevalencia de la vertiente material del principio.-
 - 7.2. Prevención de riesgos laborales: la coincidencia entre las infracciones penales y administrativas y las normas penales en blanco
 - 7.3. Seguridad Social: los delitos de defraudación
 - 7.4. La doble sanción en el marco de las relaciones de sujeción especial: conflictos en el ámbito mixto penal-administrativo disciplinario
 - 7.5. Infracciones por vulneración de derechos de los trabajadores: condiciones de trabajo, libertad sindical y movimientos migratorios. Conflictos en el ámbito mixto penal y administrativo-laboral
8. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El principio non bis in ídem es una institución básica en el derecho punitivo del Estado. Ya se considere principio general del derecho o norma fundamental, su configuración y aplicación plantean numerosas dificultades, esencialmente porque se trata de un principio que no se encuentra recogido expresamente en la CE; lo cual supone que no se cuenta con una definición del mismo, ni constitucional ni siquiera legal, generando una serie de problemas en torno a su fundamento, a su naturaleza jurídica, a su contenido y a lo que se refiere a sus reglas de funcionamiento, esto es, lo que se ha denominado como “la sistemática general” del non bis in ídem¹. Esta situación genera una evidente inseguridad jurídica a la que coadyuvan los propios tribunales, en la medida en que el TC ha ido elaborando una extensa doctrina al respecto, aunque confusa y en ocasiones contradictoria y el TS, que ha seguido generalmente la doctrina del TC, no lo ha hecho siempre de forma adecuada. Al margen de los constantes, y no siempre fructíferos, esfuerzos de la doctrina por clarificar el tema.

El non bis in ídem es, no obstante, un principio fundamental que, aunque rige fundamentalmente en el marco del derecho administrativo sancionador y del derecho penal, esto es, el contexto del sistema punitivo estatal, lo cierto es que la idea de justicia material que late detrás de él ha hecho que se extienda su aplicación y exigencia al ámbito privado. Más concretamente, en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se pueden detectar diversas situaciones donde la aplicación del non bis in ídem es fundamental. Situaciones relacionadas con la existencia de un sistema sancionador administrativo para las infracciones cometidas en el orden social y cuyo principal exponente viene determinado por la LISOS, así como con el repertorio de conductas, conectadas con la dimensión laboral, tipificadas como delitos o faltas en el CP, siendo habitual encontrar hipótesis de aplicación del non bis in ídem, por ejemplo, en el marco de la prevención de riesgos laborales o en el de la Seguridad Social. Además, el derecho laboral cuenta con un espacio específico en el que la aplicación del non bis in ídem se suscita frecuentemente y es el referido al derecho disciplinario que, en el marco del empleo público, supondrá la aplicación de un sistema sancionador de carácter administrativo, y que, en el ámbito privado, se considera aplicable igualmente, aunque de forma matizada, como principio informador de la responsabilidad disciplinaria del trabajador. Lo que se pretende, por tanto, en este trabajo es contribuir a aclarar el funcionamiento del principio non bis in ídem y su aplicación en el terreno del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, prestándose especial atención a los extremos ya señalados anteriormente y que constituyen las principales dificultades de interpretación y de

¹ Nieto, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 399 y ss.

aplicación relacionadas con dicho principio: concepto, fundamento y naturaleza jurídica; condicionantes y contenido del principio; sus reglas de funcionamiento; y, por último, su aplicación concreta al ámbito laboral y de la Seguridad Social.

2. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA: LA CONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM

Se ha dicho que no existe un concepto constitucional de non bis in ídem² aunque sí es cierto que hay alguna referencia a su contenido en determinados textos internacionales y legales que, o bien mencionan el objetivo del principio, o bien algunas de sus reglas de funcionamiento³. El problema fundamental es, precisamente, que no existe una norma general que recoja el principio, y son sólo algunas leyes sectoriales las que regulan algunos de sus efectos pero de manera no uniforme, creando una gran inseguridad jurídica al respecto⁴. En general, puede decirse que el non bis in ídem no es una creación nueva del TC o una idea original fruto de la labor de los constituyentes. Se trata de una formulación que data de la época romana⁵, bajo la que latía cierta idea de justicia

² No se va aquí a hacer referencia a la tradicional discusión acerca de la terminología más correcta para denominar el principio. Se ha optado por utilizar la más conocida, “non bis in ídem” frente a “ne bis in ídem” por ser esta la forma de negación correcta al utilizarse aisladamente y ser la más habitual en el ámbito laboral. (Lopez Barja de Quiroga, J. *El principio Non bis in ídem*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 15).

³ Existen previsiones en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, o en el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen. De igual modo se recoge en diversas normas sobre la potestad sancionadora de la Administración, como es el caso del art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC), o del art. 3 LISOS, en el art. 155 de la derogada OGSHT de 1971, en el RD 1398/1993, de 4 de agosto, de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (REPEPOS), en la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (LPSPV), en el Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid o, incluso, en el art. 8 CP que regula el concurso aparente de leyes cuya fundamentación se sitúa en el non bis in ídem. (Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración del principio non bis in ídem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental*. Madrid: Ecoiuris, 2001, p. 25 y ss).

⁴ Nieto, A. *Derecho Administrativo Sancionador... op. cit.*, p. 399.

⁵ Y parece ser que en su vertiente procesal, aunque también hay opiniones en sentido contrario. (Benlloch Petit, G. El principio non bis in ídem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario. /En/ *Revista del Poder Judicial*, nº51, 1998, p. 306). Estableciendo su origen en los griegos, Muñoz Clares, J. *Ne bis in ídem y Derecho Penal. Definición, patología y contrarios*. Murcia: Diego Marin, 2006.

material. De hecho, incluso antes de la aprobación de la CE, el Real Decreto-Ley de 25 de enero de 1977, la llamada Ley de Orden Público, establecía que “no se impondrán conjuntamente sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos”.

Debido a la extensión de su ámbito de aplicación, existen conceptos elaborados desde las diferentes ramas del derecho⁶, pero el más utilizado, por completo, proviene del campo de lo laboral y lo concibe como “un principio general del Derecho, que sobre la base de los principios de proporcionalidad y cosa juzgada prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, sea en uno o más órdenes jurídicos sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamento –de sujetos, objeto o causa material y de acción o razón de pedir, si nos referimos a la perspectiva procesal-, y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración respecto al sujeto en cuestión”⁷. De esta definición pueden, pues, extraerse su naturaleza jurídica, su objetivo y sus requisitos.

El objetivo fundamental que se persigue es evitar la imposición de dos o más sanciones a un mismo sujeto por el mismo hecho y basadas en el mismo fundamento. Hasta ahí no hay discusión, pero lo referido al fundamento sobre el que se sustenta el principio y a su naturaleza jurídica sí es una cuestión más controvertida. No se trata aquí de reproducir las distintas elaboraciones doctrinales. Baste decir que, por lo que se refiere a su fundamento, la doctrina oscila⁸ entre justificarlo en el principio de legalidad, el de proporcionalidad, en el de seguridad jurídica o la cosa juzgada⁹.

En general, el TC considera que el non bis in ídem se encuentra íntimamente relacionado con los principios de legalidad y tipicidad recogidos en el art. 25 CE¹⁰. Una equiparación basada en circunstancias de origen histórico

⁶ Algunos autores lo definen como “un comportamiento dentro del Ordenamiento jurídico que, fundamentalmente en el ámbito de lo sancionador, recurre a la ficción [...] para multiplicar los efectos de un hecho, entendido el hecho en el preciso sentido de conducta humana reprochable y la consecuencia como consecuencia jurídica establecida por el derecho sancionador”. (Muñoz Clares, J. *Ne bis in ídem y Derecho Penal. Definición, patología y contrarios*. Murcia: Diego Marin, 2006, p. 259).

⁷ Una cuestión ésta, la de la relación de supremacía especial sobre la que se volverá más adelante. Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 111.

⁸ Como así se encarga de exponer Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008, p. 22 y ss.

⁹ En este sentido, Nieto, A. *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 400 y ss., afirma que si bien en su origen el principio non bis in ídem derivó de la cosa juzgada en sus dos efectos, positivo y negativo, actualmente no puede afirmarse éste que sea su fundamento.

¹⁰ STC 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981\2).

y en la pretensión protectora del TC¹¹ pues, con esta equiparación o relación del non bis in ídem con el principio de legalidad, el TC ha querido dotarle de rango de derecho fundamental; de hecho, ésta es la naturaleza que se predica del mismo y, por ello, su protección lleva asociada todas las garantías propias de este tipo de derechos. En todo caso, lo cierto es que la doctrina, que niega en su amplia mayoría esta relación con el art. 25 CE¹², lo relaciona más bien con el principio de proporcionalidad (a veces llamada culpabilidad por algunos autores¹³) y con el de seguridad jurídica¹⁴, afirmando que integrar el non bis in ídem en el art. 25 CE es una “impureza auténticamente inconstitucional”¹⁵. Las afirmaciones anteriores se basan en que se considera que uno de los principales fundamentos del non bis in ídem es evitar la sobreacción frente a una conducta ilícita, lo que lo relaciona inevitablemente con el principio de proporcionalidad que impide imponer una sanción a un sujeto por un mismo hecho de modo que exceda la proporcionalidad a su culpabilidad¹⁶. No obstante, éste no es un fundamento que por sí sólo sea suficiente para el non bis in ídem ya que no impediría la imposición de la segunda sanción realizando una compensación entre los efectos de ambas, esto es, moderando la segunda sanción en atención a la entidad de la primera y apelando a los criterios tradicionales que se utilizan para graduar las sanciones. Y es que el non bis in ídem por sí mismo no prejuzga qué sanción es prioritaria.

Por estas razones, también se considera mayoritariamente que el fundamento del non bis in ídem descansa de forma añadida en la seguridad jurídica ya se derive esta del art. 9.3¹⁷, del 25.1 o del 24.1 CE¹⁸, puesto que en un Esta-

¹¹ En cuanto que, de una parte, el constituyente renunció a recoger expresamente este principio en el art. 9.3 CE, donde parte de la doctrina lo encuadra (Muñoz Clares, J. *Ne bis in ídem... op. cit.*, p. 268 y ss), porque consideró que era más adecuada su integración en el art. 25 CE. Se aportan muchos argumentos para ello pero se ha llegado a afirmar que se trató más de una decisión de tipo sistemático que de fondo ya que con ello se pretendía recoger en el mismo precepto todos los principios relativos al ius puniendi estatal (De Leon Villalba, F. J. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 364).

¹² A favor de la conexión del non bis in ídem con el principio de legalidad, Salvador Concepcion, R. El principio *non bis in ídem* y su incidencia en la sanción de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. /En/ *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 31, 2012, p. 252.

¹³ Puesto que consideran el principio de proporcionalidad ínsito en el de culpabilidad. (Lopez Barja de Quiroga, J. *El principio Non bis in ídem... op. cit.*, p. 55 y ss).

¹⁴ Orcaray Reviriego, J. J. El principio *no bis in ídem* y su reflejo en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social. /En/ *Justicia Laboral*, n° 29, 2007, p. 17.

¹⁵ Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 419.

¹⁶ Lopez Barja de Quiroga, J. *El principio... op. cit.*, p. 20.

¹⁷ Fierro Rodríguez, D. Los caracteres generales del principio non bis in ídem. /En/ Noticias jurídicas, enero 2013. http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201301-principio_non_bis_in_idem.html

¹⁸ Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración del principio... op. cit.*, p. 49 y ss.

do de Derecho no puede admitirse la existencia para un mismo sujeto de una amenaza permanente de recibir distintas sanciones por un mismo hecho¹⁹. Lo esencial es que los dos citados son los fundamentos del principio y no pueden funcionar por separado ya que, si únicamente se acudiera a la seguridad jurídica, el non bis in ídem se consideraría respetado cuando se impusiera una doble sanción siempre que el sujeto tuviera el conocimiento y pudiera prever que esa será la respuesta del ordenamiento jurídico²⁰.

La anterior posición, esto es, la que sostiene que el fundamento del non bis in ídem se sitúa en la proporcionalidad y la seguridad jurídica, es la que aquí se comparte. En todo caso, lo cierto es que el TC lo relaciona con el principio de legalidad, aunque en diversas ocasiones también ha hecho referencia al principio de seguridad jurídica e, incluso, a la cosa juzgada. A pesar de su carácter de derecho fundamental otorgado por el TC, ha llegado a señalarse que, más que un principio general del derecho, como se afirmaba en la definición anterior, se está ante una norma²¹. Lo que sucede es que, si el non bis in ídem se caracterizara como principio general del derecho, no cabría amparo en relación con el mismo, lo que sí sucedería en cambio si se fundara en el art. 25.1 CE²².

3. REQUISITOS DE APLICACIÓN: LA CONCURRENCIA DE LA TRIPLE IDENTIDAD Y SUS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN

En cuanto a los condicionantes o requisitos para la aplicación del non bis in ídem, se deducen de la definición antes transcrita y que ya se establecieron por el TC desde su primera sentencia sobre el tema, la STC 2/1981, de 30 de enero²³. En este sentido, el TC hace referencia a dos aspectos: de una parte, la necesaria la concurrencia de una triple identidad de sujetos, hechos y fundamento; de otra parte, que, de existir una relación de sujeción especial entre el sujeto y la Administración Pública, se enervaría la aplicación de este principio.

El principal condicionante de la aplicación del non bis in ídem es la concurrencia de la llamada triple identidad, esto es, que las situaciones objeto

¹⁹ Lopez Barja de Quiroga, J. *El principio... op. cit.*, p. 20. También, la STC 2/2003 (RTC 2003\2).

²⁰ Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración... op. cit.*, p. 49 y ss. No obstante, parte de la doctrina conecta el non bis in ídem únicamente con el principio de proporcionalidad (voto particular STC 177/1999, de 11 de octubre; y las STC 2/2003, de 16 de enero y STC 334/2005, de 20 de diciembre (RTC 2003\2 y RTC 2005\334 respectivamente) que serán analizadas posteriormente.

²¹ Una diferenciación entre principio y norma justificando la consideración del non bis in ídem como norma o regla y no como principio en Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 40 y ss.

²² Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración del principio... op. cit.*, p. 21.

²³ RCT 1981\2.

de comparación se materialicen en la pretensión sancionadora respecto de un mismo sujeto, por un mismo hecho y con un mismo fundamento²⁴.

3.1. La identidad de sujeto

La identidad de sujeto parece en principio una cuestión de fácil resolución: para que la prohibición de la doble sanción surta efectos, es necesario que el sujeto al que se vaya a sancionar sea el mismo. Ahora bien, en el marco del Derecho Laboral también se exige que haya identidad “subjética pasiva”, es decir, que los trabajadores afectados por el incumplimiento a sancionar del sujeto activo sean los mismos²⁵, por lo menos, cuando la concurrencia de sanciones se produce entre el ámbito penal y administrativo²⁶. Se hará una referencia a la importancia de esta identidad cuando se examine el tema de los delitos de peligro en materia preventiva.

Centrando la atención, pues, en la “identidad subjética activa”, si se traslada esta exigencia al marco de por ejemplo la prevención de riesgos laborales, ante por ejemplo un accidente de trabajo con resultado de muerte las acciones penales pueden dirigirse contra diversos sujetos además del empresario, imputado habitual. Pues bien, en el caso de que los hechos cometidos por un mando de la empresa puedan considerarse propios de un ilícito penal, no quiere decir que no pueda imponerse una sanción administrativa por los mismos hechos al empresario, ya que no existe identidad de sujeto. De igual modo, en el terreno administrativo, son diversos los posibles sujetos activos de las infracciones, tal y como expresa el art. 2 LISOS, si bien lo habitual es que sea el empresario. Distinto sería el supuesto de que se pretendiera condenar penal y administrativamente al empresario por esos mismos hechos. Ahí es donde la identidad del sujeto activaría el non bis in ídem e impediría esa doble sanción.

Ahora bien, esta circunstancia ha planteado determinados problemas que, en parte, han encontrado solución tras la reforma del CP del año 2010. Se trata de las situaciones en las que el empresario, como tal, es una persona jurídica. Como se sabe, hasta el año 2010 no se ha producido un reconocimiento legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el entendido de que, en el caso penal, la responsabilidad era eminentemente personal, algo que se justificaba entre otras cosas por la imposibilidad del cumplimiento de las penas privativas de libertad por parte de las personas jurídicas. Esta imposibilidad de sanción penal ha desaparecido con la reforma del CP del año 2010 al permitir el art. 31 bis CP la condena penal de las personas jurídicas por los delitos co-

²⁴ Algo que algún autor ha identificado con lo establecido en el art. 1252 CCiv. (Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora... op. cit.*, p. 126).

²⁵ Carrero Domínguez, C. *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*. Madrid: La Ley, 2001, p. 327.

²⁶ No así cuando se produce dentro del ámbito penal. (Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora... op. cit.*, p. 241).

metidos en nombre o por cuenta de ellas y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho²⁷.

En la situación anterior a la reforma y de acuerdo con el juego de identidades señalado, la cuestión que se planteaba era si una infracción de una norma que tiene por sujeto activo en el ámbito administrativo, y por tanto susceptible de sanción, a una empresa, persona jurídica²⁸, y en el penal a una persona física (el gerente, administrador, o el “encargado”, como indica el art. 318 CP, por ejemplo), podía entenderse cometida por el mismo sujeto a efectos de la identidad predicada como condición para la aplicación del non bis in idem. En general, la respuesta de la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia del TC y TS ha sido negativa²⁹. Cuando en una empresa se cometía una infracción que estaba prevista como tal tanto en el ámbito penal como administrativo, si el sujeto activo tipificado en el delito era la persona física y en el administrativo la persona jurídica, se entendía que no había identidad subjetiva y, por tanto, sería posible la doble sanción; esto es, no se aplicaría el non bis in idem por faltar, por lo menos, uno de sus requisitos. Se intentaba con ello evitar los abusos que podían producirse con la excusa de la forma jurídica de la empresa³⁰, pero era también una solución que no podía considerarse adecuada desde un punto de vista de la justicia material o, incluso, del principio de proporcionalidad, que es, como se ha indicado antes, uno de los fundamentos sobre los que se apoya el principio non bis in idem. Fundamentalmente en el caso de sanciones económicas, pues su desembolso podía recaer finalmente en el mismo sujeto si se diera la situación de ponerse en marcha mecanismos de derivación de responsabilidad por insolvencia de la empresa o de acciones de responsabilidad contra el administrador de la misma. Casos en que, desde un punto de vista material, la doble sanción existiría. Además, esta solución llevaba a una diferencia de tratamiento en función de la forma jurídica de la empresa³¹.

²⁷ Aunque se establezcan circunstancias atenuantes como: la confesión de la infracción a las autoridades; la colaboración aportando pruebas al efecto; la reparación o disminución del daño anteriormente al juicio oral; o adoptar medidas para la prevención y descubrimiento de los delitos en el futuro. (Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica del principio non bis in idem y las relaciones de sujeciones especiales*. Barcelona: Bosch, 2012, p. 62).

²⁸ Art. 2 LISOS.

²⁹ STC 70/2010, de 16 de abril (RTC 2010\70); ATC 1479/1991, de 25 de noviembre (RTC 1991\1479); STS 7 de julio de 2003 (RJ 2003\4593). En cambio existe alguna norma que considera que se trata de sujetos iguales, como es el caso del art. 9.3 de la Ley de procedimiento sancionador del País Vasco.

³⁰ Se alegaba que afirmar la identidad de sujeto supondría dejar “indemne la estructura organizativa de la empresa”. (Guisasola Lerma, C. La identidad de sujeto sancionado como presupuesto del derecho a *ne bis in idem*. /En/ *Revista de derecho y proceso penal*, nº 10, 2003, p. 215).

³¹ Sólo en el caso de que la empresa no se constituyera como sociedad, supuesto más habitual en las pequeñas y medianas empresas, donde la separación entre propiedad y control es menor, era inevitable declarar la identidad de sujeto y, por tanto, la interdicción de la doble sanción. (Navas-Parejo Alonso, M. *Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*. Valladolid: Thomson Reuters – Lex Nova, 2012, p. 62 y ss).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta el hecho de que si no se consideraba que existía la triple identidad, el procedimiento administrativo no se suspendía (un efecto derivado del *non bis in ídem* como se verá más adelante), de manera que no sólo podía afectar al criterio de la vinculación de los hechos probados (también efecto del *non bis in ídem* que se examinará con posterioridad), sino también que la persona física pudiera ser imputada en el proceso penal y citada como testigo en el procedimiento administrativo³². Por este motivo se propuso que, a la hora de aplicar el criterio de la identidad del sujeto, sería conveniente atender al caso concreto y valorar hasta qué punto, dadas las circunstancias y condiciones del sujeto específico, podía hablarse o no de identidad. Es decir, establecer si la persona física y la jurídica eran “entidades autónomas a efectos sancionatorios”³³, si se entendía que la empresa actuaba de forma desvinculada respecto de sus representantes³⁴. Además, se afirmaba que, para no vulnerar el *non bis in ídem*, la pena impuesta a la persona física y la sanción a la persona jurídica deberían expresar un reproche distinto³⁵.

En la actualidad, con la reforma del CP, el art. 31 bis CP establece que las sociedades pueden ser sujetos activos de los delitos y condenadas por ellos; se las considera, por tanto, “penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”. De igual modo, serán también responsables por los hechos cometidos por las personas sometidas a la autoridad de las personas físicas que ostentan el cargo de representantes legales o administradores de hecho o de derecho cuando han podido realizar los hechos debidos a una falta de control de las primeras. Así pues, en principio puede parecer que, a efectos del *non bis in ídem*, el problema anterior habría quedado resuelto pues, abierta la posible imputación de responsabilidad penal directa a las personas jurídicas, existiría sin lugar a dudas una identidad de sujeto cuando la sanción penal concurre con otra administrativa. No obstante, hay que llamar la atención acerca de lo establecido por el apartado 2 del mencionado art. 31 bis CP, del que se deduce que, en estos supuestos, no sólo se condenará a la empresa persona jurídica sino también al autor material de los hechos, en cuyo caso, existiendo pena de multa, se moderarán las cuantías con el fin de evitar la desproporción. Por tanto, existiendo doble identidad no será posible la condena administrativa pero sí la doble condena penal en un sentido material, que es lo que sucederá si el representante o administrador ostentara también la propiedad de la empresa. Para evitar esta consecuencia, no obstante, se acude

³² Perez Manzano, M. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 126 y ss.

³³ Guisasola Lerma, C. La identidad de sujeto sancionado... *op. cit.*, p. 236.

³⁴ Orcaray Reviriego, J. J. El principio *no bis in ídem*... *op. cit.*, p. 24.

³⁵ Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in ídem*... *op. cit.*, p. 42.

a la moderación de las cuantías en atención al principio de proporcionalidad.

En definitiva, en la actualidad se sigue entendiendo que no hay identidad de sujeto entre una persona física y una jurídica, pero el problema se desplaza de la sede administrativa en concurrencia con la penal al interior del ámbito penal, a pesar de que el art. 31 bis CP establece esa particular aplicación del principio de proporcionalidad a la que se hacía mención y que parece tener en cuenta, además, la idea de justicia material. En todo caso, seguirá existiendo inevitablemente una diferencia de régimen cuando el sujeto sea persona jurídica en contraposición a aquél en que sea una persona física, pues en este último supuesto la condena penal será única. A ello hay que añadir la inaplicación del art. 31 bis CP cuando la empresa es la Administración.

3.2. La identidad de hechos

También este requisito parece en principio sencillo de determinar: no puede sancionarse dos veces a un mismo sujeto por unos mismos hechos. Pero el análisis de los supuestos fácticos es complejo ya que hay que determinar si este análisis de identidad debe hacerse de un modo físico o jurídico; y también en qué medida estos hechos son incardinables o interpretables jurídicamente y se integran en un tipo infractor. De acuerdo con la STC 2/1981 “para la individualización de los hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica”, lo cual ha sido interpretado como la necesidad de seguir un criterio finalista y normativo. Por tanto, habrá un solo hecho cuando “la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad (criterio finalista), y sea valorada unitariamente en un tipo (criterio normativo)”³⁶. Es decir, será esencial examinar el tipo, no tanto el hecho natural, ya que sólo importan las actuaciones que contempla el tipo³⁷. Esto es lo que hace que, en ocasiones, un mismo hecho tenga cabida en distintos tipos y, por tanto y en determinadas condiciones, puede ser objeto de dos sanciones diferentes; algo que produce indudables problemas de aplicación. Para resolverlo será necesario que los distintos ámbitos tengan en cuenta la acotación de los hechos realizados por los demás tal y como establece la STC 2/2003³⁸.

Por otra parte, el elemento de los hechos juega un papel añadido. En efecto, en el marco de la llamada vertiente procesal del principio, o material según algunos autores³⁹, uno de los aspectos que más importancia revisten es la co-

³⁶ Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem... op. cit.*, p. 44.

³⁷ Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 449.

³⁸ De acuerdo con esta sentencia, el TC podrá revisar la existencia de la triple identidad pero partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales y tomando como base la calificación de estos hechos realizada en sede judicial. De igual modo, la STC 91/2009, de 20 de abril (RTC 2009/91).

³⁹ Vertientes que se examinarán posteriormente.

herencia entre los ámbitos sancionadores a la hora de la apreciación de los hechos. Así pues, los hechos declarados probados por uno de los órdenes deben ser los mismos que para el otro; de modo que, si en el orden penal se declaran unos hechos probados y con base en ellos se adopta una decisión acerca de si son constitutivos o no de delito o falta, esos mismos hechos son los que se deberán tener en cuenta por parte de la Administración. A esto se dedicará más atención en epígrafes posteriores ya que se trata de un aspecto fundamental.

3.3. La identidad de fundamento

La identidad de fundamento es probablemente el elemento que más problemas de interpretación plantea. Desde el principio, el TC lo ha interpretado en un sentido de interés o bien jurídico protegido, similar al “valor social o individual cuya lesión o puesta en peligro encarna la acción típica de la infracción”⁴⁰. No se trata, por tanto, de la finalidad pues está claro que la óptica es distinta desde el ámbito administrativo y del penal⁴¹. Baste conocer este dato para imaginar las dificultades que ello plantea dado que se trata de una cuestión en constante debate por parte de la doctrina para cada tipo penal o cada sanción administrativa⁴². Además, como se verá más adelante, es el elemento fundamental que late detrás del caso excepcional que supone estar ante una relación de sujeción especial. Por esto se ha considerado como una regla que opera “como la gran coartada para justificar las excepciones a las reglas generales del non bis in ídem”⁴³.

En general, la regla es que se podrá castigar dos veces por lo mismo a un mismo sujeto siempre que las normas sustentadoras del castigo protejan bienes jurídicos diferentes⁴⁴. Por tanto, ante una doble lesión, un doble castigo sería considerado proporcional⁴⁵. Una circunstancia que no es en absoluto desconocida para el derecho penal que, ante este tipo de situaciones, cuenta con un instrumento esencial: la regla de los concursos. Se trata de soluciones ante situaciones que, si bien parece que pueden ser doblemente sancionadas, no

⁴⁰ STS 30 de mayo de 2000 (RCJ 2000\5155); STS 17 julio 2001 (RCJ 2001\6685).

⁴¹ Orcaray Reviriego, J. J. El principio *no bis in ídem*... *op. cit.*, p. 27.

⁴² Ya que, como dice la doctrina, no existe una lista de bienes jurídicos protegidos, lo que hace que el legislador tenga mucho margen en este sentido. (Nieto, A. *Derecho Administrativo*... *op. cit.*, p. 407 y ss).

⁴³ Nieto, A. *Derecho Administrativo*... *op. cit.*, p. 407.

⁴⁴ Es más, se afirma incluso que la identidad se produce cuando se pretende la protección de los mismos aspectos del mismo bien jurídico. (Orcaray Reviriego, J. J. El principio... *op. cit.*, p. 28).

⁴⁵ Benlloch Petit, G. El principio *non bis in ídem*... *op. cit.*, p. 345.

parece de justicia material, ni necesario ni proporcional⁴⁶, que sea así; por lo menos mediante la mera acumulación completa de las sanciones.

Si se aplican estas consideraciones al marco laboral, se ha considerado que no es posible afirmar la inaplicabilidad del non bis in ídem por el hecho de considerar "que existe una naturaleza jurídica diferente entre la sanción administrativa y la penal en el Orden social, de forma que sea posible su compatibilidad por inexistencia de concurrencia en este plano"⁴⁷. Es decir, que habrá que analizar caso por caso los supuestos para determinar si existe esa identidad de bien jurídico protegido y, por tanto, para sancionar dos veces, debe haber un doble bien jurídico protegido afectado. No obstante, hay doctrina⁴⁸ que considera que a este requisito se debería añadir uno secundario. Se trata de la exigencia de que, para que opere el non bis in ídem, además de existir un mismo bien jurídico a proteger, haya identidad en la lesión o ataque al bien. En este sentido es clarificador el art. 18.2 LPSPV⁴⁹ que establece que hay identidad de fundamento cuando: "a) la infracción penal o administrativa que se castiga con la pena o sanción precedente proteja el mismo bien jurídico frente al mismo riesgo que la infracción que se esté considerando". No obstante, como argumento en contra de esta posibilidad, debe señalarse que la exigencia de este requisito adicional añadiría trabas a la aplicación del non bis in ídem disminuyendo la protección del sujeto ante la doble sanción⁵⁰.

En conclusión, el condicionante fundamental para la aplicación del principio non bis in ídem es, por tanto, que se produzca la llamada triple identidad. En todo caso, a ello se añaden una serie de aspectos que es necesario tener en cuenta. En primer lugar, el non bis in ídem protege únicamente frente a las sanciones; esto es, lo prohibido por el principio es la doble sanción en sentido estricto, no la acumulación, por ejemplo, de una sanción con una medida cautelar, algo muy habitual en el ámbito disciplinario; o con una medida res-

⁴⁶ Sendín García, M. "Una garantía básica del derecho disciplinario: el principio non bis in ídem". En Domínguez-Berrueta De Juan, M., Jiménez Franco, E. (dirs.). *Los empleados públicos. Estudios*. Salamanca: Ratio Legis, 2006, p. 304.

⁴⁷ Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora...* op. cit., p. 256 y ss.

⁴⁸ Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in ídem...* op. cit., p. 47.

⁴⁹ Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁵⁰ Algo que esta norma compensa en su apartado b) estableciendo identidad de fundamento también en casos de diferencias entre bienes jurídicos distintos: "b) existiendo ciertas diferencias entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos contemplados, éstas no tengan la entidad suficiente como para justificar la doble punición, por referirse a aspectos cuya protección no requiere la segunda sanción".

trictiva como puede ser la retirada de una licencia⁵¹. En la órbita laboral es el caso de las medidas de paralización de trabajos en situaciones de riesgo grave e inminente, la efectividad de los requerimientos de subsanación, entre otros, o la posibilidad de que, aún excluyéndose la sanción administrativa por existir condena penal, se establezcan otros efectos como la liquidación de cuotas a la Seguridad Social o el reintegro de las ayudas, bonificaciones o prestaciones sociales indebidamente percibidas⁵². Por último, el TC, ya en su STC 2/1981 así como los autores en sus diversas definiciones del principio, consideran que se aplica cuando existe triple identidad pero no hay una relación de sujeción especial del sujeto respecto a la Administración. Una hipótesis que se analizará posteriormente cuando se examine la aplicación del *non bis in ídem* al ámbito del Derecho del Trabajo; baste decir por el momento que en esta materia lo esencial será el fundamento sobre el que descansa cada sanción y no la existencia de esa relación de sujeción especial.

4. EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM: LA PRIMA-CÍA DE LA VERTIENTE MATERIAL SOBRE LA PROCESAL

Cuando el TC se refiere al contenido del *non bis in ídem* lo hace distinguiendo entre dos vertientes, una material y otra procesal⁵³. Generalmente la vertiente material suele identificarse con el objetivo último del principio, esto es, impedir la doble sanción en situaciones de triple identidad. Por tanto, si el *ius puniendi* es único, también debe serlo la sanción a imponer en estos supuestos⁵⁴. A esto hay que añadir el hecho de que se considera que el *bis in ídem* se produce únicamente con la imposición de la sanción, no con la mera existencia o tipificación de dos normas sancionadoras para los mismos sujetos, hechos y

⁵¹ STC 48/2003, de 12 de marzo (RTC 2003\48): “si tiene función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa”.

⁵² Orcaray Reviriego, J. J. El principio *no bis in ídem*... *op. cit.*, p. 36 y ss.

⁵³ STC 77/2010, de 19 de octubre (RTC 2010\77); STC 188/2005, de 7 de diciembre (RTC 2005\188).

⁵⁴ Sanz Rubiales, I. Potestad sancionadora administrativa, *non bis in ídem*, y primacía del orden penal. (Comentarios a la STC 177/1999, de 11 de octubre). /En/ *Revista del Poder Judicial*, nº 59, 2000, p. 546. Así pues, se afirma que “en última instancia, el principio *non bis in ídem* está basado, como en definitiva lo está todo el Derecho, en la idea de justicia [...]”. (Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora*... *op. cit.*, p. 121).

fundamento⁵⁵. Aunque, dentro de esta última interpretación, se discuta si habría vulneración del principio desde el momento en que se produjera la declaración de la imposición de la segunda sanción o no la habría si, existiendo esa declaración, materialmente se moderan las sanciones a imponer de modo que, en la práctica, se sufra únicamente una⁵⁶. En todo caso, se ha considerado que es más garantista extender la órbita de protección del non bis in ídem incluso hasta el momento de su tipificación, algo que obligaría al legislador a realizar una depuración del ordenamiento jurídico que, desde este punto de vista, sería conveniente y deseable.

En definitiva, la vertiente material del principio se refiere a la no imposición de la doble sanción. Pero lo cierto es que, por sí sola, la vertiente material no es suficiente pues esta afirmación del principio prohibitivo de la doble sanción, que es su objeto o finalidad esencial, no establece ninguna regla de prevalencia entre sanciones, sino que con no sancionar dos veces, se vería respetado⁵⁷. Estas cuestiones son las que constituyen la vertiente procesal del principio que se ha definido como aquella que "imposibilita dos procesos y dos resoluciones iguales, en atención a los indeclinables derechos de todo ser humano de ser juzgado únicamente una vez por una actuación presuntamente delictiva, y a la importante defensa de los valores de seguridad y justicia que dominan el ámbito del proceso criminal"⁵⁸.

En todo caso y en relación con la vertiente material del principio existen dos posibilidades. De una parte, considerar que la vertiente material se identifica únicamente por el objeto del principio, el mencionado anteriormente de evitar la doble imposición de sanciones siempre que se cumplan los condicionantes de la triple identidad así como los restantes requisitos ya mencionados. De forma que la vertiente procesal se compondría, por tanto, de tres medidas procesales⁵⁹: la regla de la prejudicialidad penal; la de la vinculación de los hechos probados; y la de la prohibición del doble enjuiciamiento. De otra parte, se afirma⁶⁰ que la vertiente material se integra tanto por el objetivo fundamental del principio como por una serie de instrumentos a su servicio consistentes

⁵⁵ STC 234/1991, de 10 de febrero (RTC 1991\234); STS de 15 de marzo de 1985 (Ar. 1594), que establece que el cumplimiento del non bis in idem no corresponde al legislador sino al aplicador. Una explicación en este sentido en Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 404 y ss.

⁵⁶ STC 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003\2); STC 334/2005, de 20 de diciembre (RTC 2005\334).

⁵⁷ Sanz Rubiales, I. Potestad sancionadora... *op. cit.*, p. 547.

⁵⁸ STS de 24 de marzo de 1971 (Ar. 1475).

⁵⁹ STC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983\77).

⁶⁰ Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 422. Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem... op. cit.*, p. 104 y ss.

en la vinculación de los hechos probados y la paralización del procedimiento⁶¹; dejando, en consecuencia, a la prohibición del doble enjuiciamiento como el único componente del verdadero non bis in ídem procesal.

Aunque más tarde se aludirá a las consecuencias que puede tener este diverso punto de vista, lo cierto es, en general, que el principio tiene el objetivo de impedir la doble sanción y para lograrlo se sirve de los mecanismos o reglas mencionados anteriormente. Por tanto, son instrumentos que algunos interpretan por sí mismos como componentes del non bis in ídem y del art. 25 CE, de modo que, si se incumplen, se considera vulnerado el principio y el precepto constitucional. Si bien existe otra opinión que los considera meros coadyuvantes de la vertiente material, es decir del objetivo final del non bis in ídem que no es otro que evitar la lesión de la vertiente material⁶². Esta es la interpretación más aceptada⁶³ e indudablemente la que deriva de determinados pronunciamientos del TC, en concreto, de la STC 177/1999, de 11 de octubre; pero que se puso posteriormente en duda con la STC 2/2003, de 16 de enero y con la STC 334/2005, de 20 de diciembre⁶⁴. La necesidad de determinar exactamente el contenido de la relación de interdependencia entre ambas vertientes, material y procesal, del principio tuvo origen en un problema de aplicación que se examinará posteriormente.

4.1. El establecimiento de relaciones de preferencia entre ámbitos del poder público: la preferencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa

Una de las primeras medidas para la correcta aplicación del non bis in ídem es la prejudicialidad penal. Ya se llame vertiente procesal o instrumento de la vertiente material, es una manifestación que no es exclusiva del non bis in ídem ya que de la misma hay referencias en normas sectoriales (como es el caso del art. 7 del REPEPOS), o en el art. 3.2 LISOS.

La prejudicialidad consiste, como se sabe, en la paralización del procedimiento administrativo en el momento en que se detecten indicios de delito

⁶¹ Esto es, son reglas que son consecuencia procedimental de la vertiente material y que tienen más ámbitos de aplicación que no siempre el objetivo de evitar el doble castigo.

⁶² Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración...* *op. cit.*, p. 56.

⁶³ Benlloch Petit, G. *El principio non bis in ídem...* *op. cit.*, p. 307.

⁶⁴ RTC 1999\177, RTC 2003\2 y RTC 2005\334 respectivamente.

y ante supuestos de triple identidad⁶⁵. Las reglas de funcionamiento de esta medida procesal son las siguientes⁶⁶.

En primer lugar, es suficiente con que existan indicios de hechos que puedan constituir delito, se esté instruyendo o no causa penal; de hecho, lo habitual es que sea la propia Administración la que detecte precisamente dichos indicios de delito aunque también puede hacerlo el propio sujeto. En este sentido, es frecuente que el TC considere que, en casos de alegación tardía, o falta de alegación por el sujeto, para posteriormente denunciar la vulneración del non bis in ídem cuando se tenía conocimiento del seguimiento de una causa penal paralela, aquél pierde la oportunidad de ver protegido su derecho por transgresión de la buena fe⁶⁷. En todo caso hay normas, como el REPEPOS, que indican que la obligación de paralizar no es inmediata sino que sólo surge cuando la jurisdicción penal determina que efectivamente existen esos indicios de delito; en este sentido, la STS de 23 de diciembre de 2004⁶⁸ estableció que la obligación de paralización opera cuando se inicia el proceso penal en sentido estricto.

En segundo lugar, es necesario, como condicionante para la paralización, que haya un supuesto de triple identidad, aunque existe alguna excepción a esta regla que establece también la necesidad de paralización cuando existe identidad de hecho pero no de sujeto o de fundamento⁶⁹ o cuando, a pesar de que el hecho es diferente, está muy conectado con el que debe ser objeto del procedimiento sancionador. La paralización del procedimiento administrativo no afectará, sin embargo, a las medidas cautelares o provisionales adoptadas en

⁶⁵ Las razones que explican esta prejudicialidad o prevalencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador se han establecido en lo siguiente: un motivo cronológico, pues el derecho penal ya tenía sus principios fundamentales consolidados; una razón constitucional, pues los principios del derecho penal suponen unas garantías de los derechos de los individuos; por último, una razón dogmática, pues ambas ramas del derecho forman parte de un valor superior, que es el derecho punitivo estatal, que actualmente se identifica con el derecho penal en sentido estricto. Por tanto los principios del derecho penal no es que sean exclusivos del penal y este se considere superior, sino que son principios del derecho punitivo del Estado, siendo los únicos que se conocen. (Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 169 y ss.)

⁶⁶ Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem... op. cit.*, p. 110 y ss.

⁶⁷ STC 152/2001, de 2 de julio (RTC 2001\152). No obstante, la STC 2/2003 matiza este enfoque pues "lo que sostiene el TC: al recurrente no le es exigible una diligencia mayor, dado que el error lo ha cometido la Administración al no paralizar el expediente, y tal cosa no puede – o no debería – perjudicarlo. Sin embargo, lo que late bajo la doctrina constitucional de la STC 2/2003, Yáñez Hermida (ne bis in idem), es la presunción de que quien se aquieta a la sanción actúa de mala fe y comete fraude. Acaso por ello las consecuencias de esta doctrina, en el fondo, sí le perjudican, porque le obligan a soportar los dos castigos". (Puerta Seguido, F.; Beltran de Felipe, M. *Perplejidades acerca de los vaivenes... op. cit.*, p. 366).

⁶⁸ Ref. iustel 235063.

⁶⁹ STSJ Cantabria de 24 de febrero de 1999 (Ar. 185);

su caso⁷⁰. Por último, la prejudicialidad exige la paralización del procedimiento y no sólo la de la acción de dictar la resolución sancionadora, tal y como lo establecen las STC 2/2003 o STC 77/1983, el art. 3.2 LISOS, o incluso el art. 94.3 EBEP. Dicha suspensión debe continuar hasta que haya finalizado la actuación judicial penal, es decir, hasta que haya sentencia firme⁷¹. Y durante ese tiempo, se interrumpe la prescripción de la infracción administrativa y se suspenden los plazos de duración máxima del procedimiento sancionador a efectos de su caducidad⁷². No obstante, aunque éstas son las reglas generales, la prejudicialidad no siempre opera de la misma manera. Como sucede en el ámbito del derecho administrativo disciplinario, supuesto en el que el procedimiento seguirá su curso, suspendiéndose únicamente la resolución definitiva del expediente sancionador⁷³.

Una vez finalizado el proceso penal y en función de su resultado, el procedimiento administrativo podrá continuar o no. Así pues, si la sentencia penal es absolutoria, el proceso administrativo se reanudará. Si la sentencia es condenatoria, la administración archivará el proceso. Por tanto, después de la actuación penal, operará, por supuesto, la institución de la cosa juzgada⁷⁴ de modo que el orden administrativo deberá respetar la decisión penal y, en caso de condena, no abrir el procedimiento sancionador.

No obstante, existe otro efecto a tener en cuenta que matiza lo anterior y es el de la vinculación de los hechos declarados probados, que cuenta con más reconocimiento normativo⁷⁵. La vinculación de hechos probados se entiende, a diferencia de lo que sucedía con la prejudicialidad penal, como una verdadera manifestación del principio non bis in ídem⁷⁶. Así pues, si la sentencia penal es absolutoria, el procedimiento administrativo se reanudará y será posible la condena, al igual que sucede si no existe la triple identidad. En estos supuestos se considera que el doble enjuiciamiento está permitido. No obstante, la Administración se encontrará vinculada por los hechos declarados probados o

⁷⁰ Por lo menos en tanto la autoridad judicial se pronuncie (art. 100.2 Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.) o si son compatibles con las acordadas en el proceso penal (art. 25.3 LPSPV) o, con las especialidades que establece el art. 3.4 LISOS.

⁷¹ Así lo establece, por ejemplo, el art. 7.2 del RD 928/1998 del reglamento general sobre el procedimiento para la imposición de sanciones en el orden social.

⁷² Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in ídem... op. cit.*, p. 133.

⁷³ Es el caso, por ejemplo, del art. 4 de la LO 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, o de la LO 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía. De igual modo, no hay que olvidar el ámbito disciplinario privado, donde los arts. 4 y 86 LRJS establecen la prejudicialidad penal únicamente en los supuestos de falsedad documental. En el mismo sentido, STC 25/1984, de 23 de febrero (RTC 1984\25).

⁷⁴ Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica... op. cit.*, p. 35.

⁷⁵ Es el caso del art. 137.2 LRJAPyPAC y del art. 7.3 REPEPOS.

⁷⁶ Benlloch Petit, G. El principio non bis in ídem... *op. cit.*, p. 330.

declarados no existentes por la sentencia penal, pues “es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”, dice el TC en su STC 77/1983, de 3 de octubre⁷⁷. Por tanto, si en el orden penal se declaran unos hechos, aunque estos no constituyan delito, serán los mismos hechos que deberán tomarse como base en el ámbito administrativo⁷⁸. Si esos hechos se declaran expresamente como no existentes, la Administración no los podrá tener en cuenta.

En este sentido, hay que tener presente una serie de reglas⁷⁹: en primer lugar, las resoluciones penales deben ser firmes; en segundo lugar, sólo vinculan respecto de las actuaciones de la Administración de tipo sancionador; en tercer lugar, son unos hechos que vinculan aunque no haya identidad de sujeto, por tanto, si en vía penal hay imputación de una persona física y en vía administrativa de una persona jurídica, será posible la sanción por ambos órdenes pero los hechos son vinculantes; en cuarto lugar, si hay declaración de hechos no probados, no porque no existan sino sólo porque no han sido probados, la Administración puede intentar la prueba por sus propios medios puesto que lo que se establece por la vía penal es que no se han podido verificar, no que no existan⁸⁰; en quinto lugar, si en la vía penal se declara la inexistencia de todos los hechos, aún existiendo sentencia absolutoria, la Administración no podrá sancionar⁸¹; en sexto lugar, se discute si debe existir también vinculación respecto a la valoración de la prueba puesto que una distinta interpretación de los mismos datos, por ejemplo por un cambio de perito, podría llevar a resultados diferentes; en séptimo lugar, y finalmente, si la sentencia es condenatoria, en principio no podrá reanudarse el expediente sancionador administrativo salvo que los hechos que finalmente se hayan tomado en consideración para la sanción penal sean diferentes de los que tienen relevancia en el ámbito administrativo.

En todo caso, esta vinculación de los hechos probados, en los términos dichos, funciona de lo penal a lo administrativo pero no a la inversa, es decir, los hechos declarados probados en sede administrativa, caso de producirse

⁷⁷ STC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983\77).

⁷⁸ La STC 77/1983 fundamentó esta vinculación en la cosa juzgada positiva (lo declarado en la sentencia debe considerarse la verdad jurídica) y negativa (imposibilidad de realizar un nuevo pronunciamiento sobre el tema).

⁷⁹ Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem... op. cit.*, p. 166 y ss.

⁸⁰ En este sentido, se plantea si el sobreseimiento provisional del proceso penal puede llevar a la reanudación del procedimiento administrativo, algo que no encuentra una respuesta clara aunque la doctrina considera que sería aconsejable continuar con la suspensión. En el mismo sentido, se plantea el problema de cómo proceder en el caso de que, por la vía del recurso de revisión, se modificara la declaración de hechos probados y ya existiera una sanción administrativa firme. (Benlloch Petit, G. *El principio non bis in idem... op. cit.*, p. 333-334).

⁸¹ Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica... op. cit.*, p. 38.

antes de iniciarse la vía penal, no vincularán a lo penal. No obstante, existen ejemplos en que esta vinculación de hechos probados opera también dentro de un mismo ámbito. Un ejemplo peculiar, aunque relaciona el orden contencioso con el social, se encuentra en el art. 42.5 LISOS, que se refiere, no a la vinculación respecto del orden penal, sino del contencioso-administrativo cuando se trata de sanciones concurrentes con el recargo de prestaciones.

4.2. La prohibición de doble enjuiciamiento

La prohibición de doble enjuiciamiento es, en realidad, la única manifestación del non bis in ídem que la doctrina está de acuerdo en encuadrar como perteneciente a la vertiente procesal del principio⁸². De vital importancia, suele asociarse al principio de seguridad jurídica⁸³, y opera siempre y cuando no haya habido absolucón o sobreseimiento del proceso penal pues en dicho supuesto será posible la actuación administrativa⁸⁴. No obstante, se ha aceptado la posibilidad de un doble procedimiento por las STC 2/2003 y STC 334/2005⁸⁵, al sostener que caben dos procedimientos cuando el administrativo sea menos complejo que el penal y sus sanciones no sean equiparables⁸⁶. El hecho es que, en la práctica, este principio de prohibición de doble enjuiciamiento opera de forma estricta en caso de existencia de sentencia firme⁸⁷ salvo cuando existe sentencia absolutoria penal, puesto que entonces procede continuar con el procedimiento administrativo; o cuando se haya dictado previamente la resolución administrativa, situación más complicada resuelta en este sentido por el TC y sobre la que se harán algunas reflexiones posteriores.

En conclusión, pues, de todo lo escrito, las reglas de funcionamiento fundamentales del non bis in ídem son, por tanto, las siguientes⁸⁸: prohibición del doble castigo si existe triple identidad o concurso de normas; competencia

⁸² Se la ha llegado a denominar como “la más completa expresión del non bis in ídem procesal”. (Benlloch Petit, G. El principio non bis in ídem... *op. cit.*, p. 339).

⁸³ En ocasiones, con dudas, a la cosa juzgada, pero esta interpretación es poco admitida pues no operaría entre una resolución administrativa frente a una sentencia penal (STC 2/2003 (RTC 2003\2)).

⁸⁴ Benlloch Petit, G. El principio non bis in ídem... *op. cit.*, p. 338.

⁸⁵ Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in ídem...* *op. cit.*, p. 175 y ss

⁸⁶ No obstante, en realidad dicha argumentación se otorgó para justificar los casos en que se vulneraba la regla de la suspensión del procedimiento administrativo, afirmándose que sería posible el segundo enjuiciamiento en los supuestos en que no pretendiera sustituir al primero o contradecirlo o apartarse de lo decidido en el anterior. Sería una suerte de cosa juzgada material en el caso de que primero se sustanciara el proceso penal, y, si primero fuera el administrativo, no una cosa juzgada, que en este ámbito no es aplicable, sino la regla anteriormente mencionada. (Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in ídem...* *op. cit.*, p. 185).

⁸⁷ De este modo, si el primer proceso ha sido anulado; no cabe hablar de un nuevo proceso. STC 23/2008, de 11 de febrero (RTC 2008\23); STC 115/2006, de 24 de abril (RTC 2006\115)..

⁸⁸ Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in ídem...* *op. cit.*, p. 101.

exclusiva de los jueces de lo penal ante supuestos de triple identidad e indicios de delito e incompetencia de la Administración; prohibición a la Administración de tramitar el procedimiento cuando los jueces se estén ocupando de ese hecho, incluso cuando no se dé la triple identidad; respeto por parte de la Administración de la valoración de los hechos realizada por la jurisdicción penal; evitación de la reiteración de procesos⁸⁹.

5. ÁMBITOS DE CONFLICTO Y PROBLEMAS FRECUENTES EN LA APLICACIÓN DEL NON BIS IN ÍDEM

Vistos los condicionantes y el contenido del principio non bis in ídem, es necesario hacer una referencia a su funcionamiento o, en sentido estricto, a las vías de solución de los posibles atentados que el principio trata de evitar. Para ello, hay que partir de dos premisas. La primera es delimitar el ámbito en que se produce el eventual conflicto o fricción; en segundo lugar, los conflictos en sí. En función de estos parámetros, los problemas serán distintos y las soluciones a los mismos también.

En cuanto a los posibles ámbitos de conflicto, se ha dicho que las principales fricciones en torno al non bis in ídem se producen en el campo sancionador cuando concurre el orden administrativo con el penal. Sin embargo, éste no es el único escenario posible de fricción ya que el conflicto no siempre se producirá entre ambos sino que también es posible que se produzca exclusivamente dentro cada uno de ellos⁹⁰. Así pues, el primer supuesto es aquél que se podría denominar bis in ídem penal, o situación penal/penal. Es decir, casos de triple identidad a los cuales son aplicables dos o más normas penales y, por tanto, existen dos o más sanciones penales posibles. El segundo de los casos, es el del bis in ídem administrativo, o situación administrativo/administrativo. Al igual que el anterior, se produce cuando, existiendo triple identidad, hay dos o más normas sancionadoras administrativas aplicables, ya sea por el mismo o por distintos órganos de la Administración Pública. El tercer supuesto es aquél en que el conflicto se produce entre el ámbito penal y el administrativo, ya se produzca la fricción en un sentido o en otro; esto es, operando primero el administrativo o el penal y siendo, en el primer caso, la sanción administrativa establecida por una resolución o por una sentencia de dicho orden⁹¹. Para todas estas situaciones se suelen aplicar los principios propios del derecho penal al

⁸⁹ Muñoz Clares, J. *Ne bis in idem y Derecho Penal...* op. cit., p. 269.

⁹⁰ Boto Alvarez, A. Sobre el principio *non bis in idem* y la importancia de la técnica legislativa. (Al hilo de la STC 188/2005, de 7 de julio). /En/ *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 76, 2006, p. 275. STC 158/1985 (RTC 2005\158).

⁹¹ Carrero Domínguez, C. *El régimen jurídico sancionador...* op. cit., p. --- p. 3233.

derecho administrativo sancionador⁹². Por último, y como especialidad, cabe señalar los conflictos que se producen en el ámbito del derecho disciplinario.

Expuestos los posibles ámbitos en que pueden desarrollarse este tipo de conflicto, siguiendo dicha estructuración hay que añadir que esos conflictos pueden ser también de varios tipos⁹³: A) Si nos situamos en un marco estrictamente penal, los problemas fundamentales suelen ser la posible aplicación de dos sanciones para un mismo hecho, donde será necesario determinar si existe o no un mismo bien jurídico protegido y, en función de la respuesta, el derecho penal cuenta con una serie de instrumentos al efecto, como es la regla de los concursos. En este mismo ámbito, también puede producirse un supuesto de pluralidad de procesos penales, lo cual atentaría contra la prohibición de doble enjuiciamiento establecida en la vertiente procesal del principio non bis in ídem; o problemas de doble valoración (art. 67 CP); o toma en consideración de una sentencia extranjera (art. 23.2.b) LOPJ), cuestión muy relevante y compleja pero que no será tratada aquí⁹⁴. B) Si nos situamos en el terreno administrativo, los problemas son similares, considerándose la posibilidad de la aplicación de las reglas de los concursos, para los cuales determinadas normas sectoriales ofrecen previsiones al respecto. C) Si, por último, el ámbito es mixto, esto es, cuando el conflicto se produce entre la rama penal y la administrativa, las posibles vulneraciones del non bis in ídem provienen de los siguientes casos: relaciones de especial sujeción del sujeto con la Administración; incorrecta paralización del procedimiento administrativo; no paralización del procedimiento administrativo y existencia de una resolución administrativa firme; y, en fin, trasgresión de la regla de subordinación entre los ámbitos, fundamentalmente en lo que hace a la vinculación de los hechos probados en vía penal.

⁹² Operación que se considera pertinente ya que “el derecho administrativo sancionador y el derecho penal convencional forman parte de una unidad superior - el Derecho punitivo del Estado-, que hasta ahora venía identificándose con el Derecho Penal en sentido estricto. En rigor, por tanto, cuando se imponen al Derecho Administrativo Sancionador los principios del Derecho Penal no es porque se considere a éste de naturaleza superior, sino porque tales principios son los únicos que se conocen – hasta ahora – como expresión del Derecho punitivo del Estado”. (Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 169).

⁹³ Una exposición de los casos más habituales de colisión entre normas sancionadoras en Muñoz Clares, J. *Ne bis in ídem... op. cit.*, p. 247 y ss. y en Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica del principio... op. cit.*, 2012, p. 27).

⁹⁴ López Barja de Quiroga, J. *El principio... op. cit.*, p. 35 y ss.

6. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN LOS ÁMBITOS DE CONFLICTO PUROS EN EL MARCO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Partiendo del hecho de que, en el marco del derecho sancionador, pueden producirse conflictos de distinto tipo y en ámbitos diversos, en función del conflicto y el ámbito, las reglas a aplicar son diferentes. Por tanto, una vez localizado el ámbito (primer paso a realizar) lo más sencillo es comenzar con su interpretación procesal o vertiente procedimental. Así pues, debe iniciarse aplicando las reglas procesales de actuación o los mecanismos jurídicos previstos para esa concurrencia de supuestos, como sucede en el caso del derecho penal y los concursos. Y si se vulneran, se vulnera el non bis in ídem. Si se respetan, y finalmente se llega a la imposición de la doble sanción, por ejemplo por considerar que no existe triple identidad cuando sí que existe, también habrá vulneración del non bis in ídem a partir de la incorrecta interpretación de la triple identidad, esto es de la vertiente puramente material del principio. En este sentido, como este trabajo pretende analizar la aplicación del principio non bis in ídem en el terreno laboral, se hace a continuación una exposición de dichas reglas en los supuestos más característicos en que el principio es aplicable, comenzando por aquellos que se producen en un entorno de conflicto puro.

6.1. Prevención de Riesgos Laborales y ámbito penal: la regla de los concursos como respuesta a la doble imposición de sanción

Comenzando por el ámbito penal, uno de los supuestos en materia laboral donde es más habitual encontrarse la problemática referida al non bis in ídem es el de la prevención de riesgos laborales. Las referencias fundamentales a la seguridad y salud laboral se contienen en los arts. 316-318 CP que regulan un delito de peligro concreto que se presenta bajo modalidades distintas dependiendo del grado de culpabilidad del sujeto⁹⁵. Pero no son las únicas normas que han de tenerse en consideración al respecto. Los anteriores preceptos no exigen la producción efectiva de un daño en el trabajador, sujeto protegido, sino que basta con la puesta en peligro de la vida, salud o integridad física del mismo. En caso de existir ese daño, que en este terreno se concreta en la producción de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el CP prevé la aplicación, aunque no sea únicamente para este ámbito, de otros delitos o faltas como son los delitos y

⁹⁵ García Murcia, J. *Responsabilidades y sanciones...*, p. 111.

faltas de homicidio o lesiones imprudentes⁹⁶. Estos son los tipos penales fundamentales y a los que aquí se hará referencia, aunque no son los únicos⁹⁷.

Aunque los arts. 316 y ss CP no exigen la producción de un daño, lo cierto es que en realidad la comisión de este tipo de delitos suele ir aparejada precisamente a la producción de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. En estos casos, un mismo hecho puede conllevar dos tipos de sanciones: la prevista en los arts. 316-318 CP y la propia de los homicidios o lesiones. Aquí es el propio CP el que aporta soluciones a este problema a través de la vía de los concursos⁹⁸. Como se sabe, en el ámbito penal pueden darse situaciones en que un mismo hecho tenga cabida en distintas normas tipificadoras de delitos, otros en que el mismo hecho se descomponga en diversas partes y cada una de ellas tenga cabida en un delito diferente, o supuestos que en principio responden al mismo hecho pero que encuentran acogida en distintas normas que responden a intereses jurídicos diferentes.

Para ello es necesario comenzar con el análisis de la triple identidad, condicionante fundamental de la activación del principio non bis in ídem. En este sentido, en cuanto a la identidad de sujeto, lo habitual es que, ante un accidente de trabajo, el sujeto imputado sea el empresario. Dejando al margen ahora si se trata de una persona física o jurídica, el hecho es que suele ser el principal responsable en estos casos. Pero no hay que olvidar que, en el marco de la responsabilidad penal por accidente de trabajo, es posible la imputación de responsabilidad a sujetos diversos, ya sean los propios trabajadores de la empresa, con o sin funciones específicamente preventivas, como a otro tipo de órganos como pueden ser los servicios de prevención ajenos. En este sentido, en la órbita penal son habituales las llamadas cadenas de responsabilidad, de manera que suele asociarse la actividad delictiva de otro tipo de sujetos a la del empresario. Así pues, podría darse el caso de que el empresario quede exonerado de responsabilidad, por ejemplo, por haber realizado una delegación de funciones y haber cumplido correctamente con sus obligaciones residuales de vigilancia, y no sea condenado por estos delitos; o que únicamente se le condene por uno de ellos debido a que la conducta punible esté contenida en uno de los tipos penales y no en otro⁹⁹.

Esto lleva precisamente a examinar el segundo de los elementos característicos de la triple identidad: el hecho. Un elemento que, como se dijo anterior-

⁹⁶ Regulados en sus distintas modalidades en los siguientes preceptos: delito de homicidio imprudente (arts. 142.1 y 3 CP); falta de homicidio imprudente (art. 621.2); delito de lesiones imprudentes (arts. 147.1, 149, 150 y 152 CP); y la falta de lesiones imprudentes (art. 147.2 CP). En general, se considera que la falta de adopción de medidas de prevención no puede ser un medio para matar o lesionar dolosamente a un trabajador.

⁹⁷ Asimismo hay que tener en cuenta otros supuestos como son los contenidos en el art. 350 CP; los arts. 348 y 349 CP; o los casos de los delitos de acoso sexual y moral en el trabajo (arts. 184 CP y 173.2 CP), situaciones calificadas como accidente de trabajo (STSJ Madrid de 24 noviembre de 2008 (AS 2009\205), entre otras).

⁹⁸ Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 407 y ss.

⁹⁹ Es lo que sucedió en el caso analizado por la STS de 28 de enero de 2008.

mente, debe valorarse jurídicamente, siendo el modo más habitual de hacerlo teniendo en cuenta la descripción del tipo. En el caso de que varios hechos sean tipificados como una infracción, no se estará ante un supuesto de non bis in idem, pues evidentemente falta el elemento de la identidad de hecho; por el contrario, sería una situación de concurso real de infracciones cuya solución es la suma acumulada de las sanciones correspondientes. En cambio, si lo que hay es un solo hecho tipificado en varias normas con distintas sanciones, existirá identidad de hecho y la respuesta dependerá del último de los elementos que componen el triángulo de las identidades, esto es, el fundamento de la sanción; y, si no existe esa identidad de fundamento, no se estará en el ámbito del non bis in idem, pues al no darse la triple identidad no habrá conflicto.

Los arts. 316-318 CP tipifican la conducta de no facilitar los medios de seguridad necesarios poniendo en peligro la vida e integridad física de los trabajadores. Por tanto es necesario examinar si esa específica conducta es la que provoca la lesión o fallecimiento del trabajador y si, a su vez, consiste en una falta de proporcionar esos medios. Si la conducta que provoca la lesión no entra dentro del concepto de medios, será constitutiva de delito de lesiones pero no del delito del art. 316 o 317 del CP. Lo mismo puede decirse en cuanto a la conducta reflejada en el art. 318 CP que establece que, en los supuestos de ausencia de medios, serán responsables los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a aquéllos que "conociéndolos y pudiendo remediarlos, no hubieran adoptado las medidas para ello". El concepto de medios es, como se sabe, uno de los más polémicos en esta materia, aceptándose en líneas generales que es la conducta consistente en "no hacer posible los medios necesario para conseguir las medidas de seguridad e higiene adecuadas"¹⁰⁰, entendiendo por medios no sólo de los materiales sino también los de carácter personal u organizativo¹⁰¹, y excluyéndose obligaciones como las de documentación y las de vigilancia, que tradicionalmente no se consideran integradas dentro del concepto de medios, aunque la posición judicial al respecto es confusa¹⁰².

¹⁰⁰ Muñoz Cuesta, J. Una respuesta jurídica a la siniestralidad..., *op. cit.* BIB 2002\1453.

¹⁰¹ Como es el caso de la formación, selección de los trabajadores, imposición de un ritmo de trabajo inadecuado, falta de correspondencia entre la asignación de tareas y la capacidad del trabajador, inadecuación de los equipos de trabajo y medios de protección, o cualquier otra forma de comportamiento que impida o dificulte que los trabajadores realicen su labor en condiciones de seguridad. (Figuerola Navarro, M. C. «La responsabilidad penal...», *op. cit.*, 2005, p. 57). En contra de una inclusión tan amplia en el tipo, las SSTs de 26 de septiembre de 2001 (RJ 2001\9603) y de 4 de junio de 2002 (RJ 2002\6921).

¹⁰² Y es que numerosos pronunciamientos penales, fundamentalmente de las Audiencias Provinciales, si bien en la práctica niegan la responsabilidad penal directa por el incumplimiento de la obligación de vigilancia, sí la aplican por la ausencia de reacción ante una situación generada por ausencia de vigilancia. Algo que lleva a concluir que quizá más valdría proceder a su inclusión expresa y a prescindir del recurso a vías indirectas de penalización. SAP (Penal) Almería de 8 de febrero de 2003 (JUR 2003\76310); Navas-Parejo Alonso, M. "El papel de los arquitectos como responsables de los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores: la relevancia del análisis de su conducta", *Aranzadi Social*, núm. 2, 2011).

Suponiendo que los dos elementos anteriores fueran coincidentes, esto es, que hubiera identidad de sujeto y hecho, resta por examinar si se produce la identidad de fundamento. Es aquí donde reside el elemento esencial en esta materia. En este sentido, y mayoritariamente, se considera que el bien jurídico protegido por estos delitos es diferente, tratándose, en el caso de los arts. 316 y ss CP, de la seguridad y salud laboral en un sentido colectivo, mientras que, en el caso del homicidio o las lesiones, se protege el bien “vida e integridad física”. Por tanto, existiría diversidad de fundamento y, con ello, no se produciría el problema del non bis in ídem, resolviéndose la cuestión por la vía del concurso de delitos. Una solución a partir de la cual se impone la sanción más grave en su mitad superior siempre que ésta no supere la suma de las penas de cada uno de los delitos¹⁰³; una regla que se fundamenta, entre otras, en la idea de la proporcionalidad,¹⁰⁴ ya que se trata de supuestos en los que una conducta cabe en diversos tipos penales pero ninguno de ellos absorbe completamente el desvalor total de la acción¹⁰⁵.

No obstante, hay que señalar que, como ya se advertía anteriormente, el problema esencial del elemento del fundamento en cuanto a la aplicación del non bis in ídem se encuentra precisamente en lo incierto del mismo. En este sentido, cuando se habla de la concurrencia de estos delitos hay tres posturas al respecto¹⁰⁶.

Para los que consideran que el fundamento de los delitos es el mismo, puede tratarse como un concurso de leyes, absorbiendo el delito de homicidio o lesiones al de peligro¹⁰⁷. Como se sabe, el non bis in ídem sólo permite la aplicación de una de las sanciones, de modo que hay que sacrificar una de ellas. En estos casos el injusto previsto en uno de los preceptos absorbe completamente el desvalor del contemplado por el otro, incluso en supuestos en que no coincidan totalmente los hechos pero el reproche de un precepto absorba al del otro¹⁰⁸. Para ello, el CP establece una serie de criterios de elección ente las

¹⁰³ Art. 77 CP.

¹⁰⁴ Esto es, en el hecho de que la existencia de dos infracciones con distinto fundamento por un mismo hecho no necesariamente debe llevar aparejada la suma de las sanciones, pues ello podría llevar a una pena excesiva ya que la realidad es que el hecho ha sido único. (MUÑOZ LORENTE, J. *La nueva configuración... op. cit.*, p. 81.

¹⁰⁵ Muñoz Clares, J. *Ne bis in ídem y Derecho Penal... op. cit.*, p. 294 y ss.

¹⁰⁶ Ver Navas-Parejo Alonso, M. *Obligaciones y responsabilidades... op. cit.* 2012, p. 298 y ss.

¹⁰⁷ Art. 8 CP. Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in ídem... op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁸ STC 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003\2): “Existen casos en los que un acto, a primera vista, parece constituir más de un ilícito, mientras que un examen más atento muestra que únicamente debe ser perseguido un ilícito porque abarca todos los ilícitos contenidos en los otros [...]”.

normas¹⁰⁹ impidiendo la expansión de un mismo hecho sobre distintos tipos ya que "aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada"¹¹⁰.

Otra posibilidad es que esta absorción se produzca únicamente cuando el trabajador dañado sea el único que además se encontraba en situación de peligro; o que el delito de homicidio o lesiones sancione el daño al trabajador concreto mientras que el de peligro sancione la lesión del bien jurídico colectivo¹¹¹. La jurisprudencia ha optado por utilizar una combinación de las dos últimas teorías en función de la situación que se produzca¹¹². Así pues, cuando exista un peligro para la colectividad de trabajadores y un daño para uno o varios de ellos sin llegar a afectar a todos, la solución será la del concurso ideal de delitos del art. 77 CP ya que los bienes poseen diversa naturaleza de los protegidos por los tipos de homicidio o lesiones¹¹³. En cambio, si el trabajador dañado es el único que además se encontraba en situación de peligro, el delito de lesiones o de homicidio absorberá al de peligro. En este sentido, se afirma que la clave reside en que la puesta en peligro sea del colectivo de trabajadores y la lesión o muerte de uno o varios concreto. No obstante, existe una tendencia doctrinal que considera que, ante la producción de un delito de peligro y uno de lesión, la solución debe ser siempre la del concurso ideal de delitos ya que, en definitiva, el bien jurídico protegido es siempre diferente y, siendo el del delito de peligro la seguridad y salud laboral, éste no es escindible para cada uno de los sujetos, por mucho que sólo uno de ellos sea dañado¹¹⁴.

¹⁰⁹ Son los siguientes: "Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general; 2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible; 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél; 4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor". Si estas reglas no pudieran ser aplicables, se proponen como criterios adicionales los de la voluntad, esto es, la decisión por el órgano superior y, si no, la cronología. (Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 444).

¹¹⁰ STC 153/1990, de 15 de octubre (RTC 1990\153) y MUÑOZ CLARES, J. *Ne bis in idem y Derecho Penal... op. cit.*, p. 132-133.

¹¹¹ Esto es, que se trate de un concurso ideal de delitos.

¹¹² STS (Penal) de 25 de abril de 2005 (RJ 2005\6547).

¹¹³ Esto es, "en tanto que una única conducta omisiva produce dos resultados, uno el material por la muerte o causación de lesiones a uno o varios trabajadores, y otro resultado de peligro concreto el que afecta a otros trabajadores que estaban en la misma situación de riesgo pero no han sufrido atentado alguno contra vida, su integridad o su salud". (MUÑOZ CUESTA, J. Una respuesta jurídica a la siniestralidad... Op. Cit. BIB 2002\1453). En el mismo sentido, STS (Penal) de 19 de octubre de 2000 (RJ 2000\9263).

¹¹⁴ MATA Y MARTÍN, R. M. Derecho Penal y siniestralidad laboral: los concursos de infracciones. /En/ *Revista General de Derecho Penal*, nº 10, 2008. Ref. electrónica RGDP 10 (2008). www.iustel.com.

6.2. Conflictos en el ámbito administrativo: el recargo de prestaciones y responsabilidad por prestaciones de Seguridad Social

En el caso en que la colisión se produzca exclusivamente en el marco administrativo, no existe ninguna regla general y hay distintas opciones al respecto ya que no hay un criterio específico, en principio, para que un órgano administrativo ceda frente a otro siendo ambos competentes para sancionar, considerándose que lo esencial es la comunicación entre Administraciones y diferenciándose los casos en que las dos normas sancionadoras son de ámbito estatal, autonómico o local. En este sentido, “hay que resolver conforme a las relaciones entre el ordenamiento estatal, autonómico y local, sobre todo, en virtud del principio de competencia”. No obstante, hay autores que consideran que el art. 8 CP es aplicable en todo caso a estas situaciones¹¹⁵ y así lo prevén normas como es el caso de la LPSPV que establece la misma solución que este precepto. Pero otras, en cambio, aplican únicamente la norma que prevea una mayor sanción o aluden al criterio de competencia¹¹⁶. Sin embargo son soluciones sólo aplicables con claridad cuando las normas sancionadoras provengan de una misma ley y el conflicto se produzca en relación con un mismo órgano competente. Debido a estas dificultades interpretativas, se opta en muchas ocasiones por aplicar el art. 133 LRJAPyPAC y el art. 5.1 REPEPOS estableciendo un criterio cronológico, esto es, dando prevalencia a la sanción que primero se imponga¹¹⁷. Por otro lado, a los anteriores problemas de determinación de la preferencia del órgano sancionador, deben sumarse las dudas de aplicación que surgen ante determinados supuestos de procedimientos sancionadores administrativos caducados que permiten a la Administración reabrirlos al no producirse la prescripción de la infracción¹¹⁸.

En el campo del Derecho del Trabajo, los casos más paradigmáticos de conflictos en el ámbito administrativo son los referidos al recargo de prestaciones y a la responsabilidad en materia de prestaciones de la Seguridad Social. Pero no puede obviarse que existen otros, como es el supuestos de las infracciones en caso de jornada, horarios, etc, donde lo fundamental es que, si se cometen contra una generalidad de trabajadores, deberán tenerse en cuenta de

¹¹⁵ Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit. ... op. cit.*, p. 517.

¹¹⁶ Como es el caso de la Ley de Industria (art. 30.1 Ley 21/1992, de 16 de julio) frente a las infracciones que puedan afectar a la seguridad y salud laboral teniendo preferencia éstas. Carrero Domínguez, Carmen. *El régimen jurídico sancionador...* Op. Cit., p. 345 a 349.

¹¹⁷ Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem...* op. cit., p. 86-87. En el mismo sentido, Sendín García, M.a. “Una garantía básica del derecho disciplinario... op. cit. ... op. cit.”, p. 305 y ss.

¹¹⁸ Domenech Pascual, G. ¿Es compatible con el principio ne bis in idem reabrir un procedimiento sancionador caducado? /En/ *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 136, 2007, p. 729 y ss.

forma acumulada, como si de un solo hecho se tratara y no tratarse como un pluralidad de infracciones, utilizando el componente colectivo como criterio para graduar la sanción¹¹⁹. En todo caso, también existen infracciones que se consideran de forma independiente, como así establece expresamente la LISOS, sin que ello vulnere el non bis in ídem al considerarse que no existe la identidad de fundamento¹²⁰.

6.2.1. Recargo de prestaciones: la modulación de la figura jurídica como respuesta a la vulneración del non bis in ídem

El conflicto que puede producirse en el caso del recargo de prestaciones puede ser de diverso tipo. Como se sabe, se trata de una medida establecida en el art. 123 LGSS por el cual, cuando se produce un accidente de trabajo con falta de medidas de seguridad, el trabajador víctima del mismo será “indemnizado”, o el empresario “sancionado”, con una cantidad, que oscila entre el 30 y el 50 % de las prestaciones de seguridad social a que pueda tener derecho el trabajador. En lo que aquí interesa, el conflicto se produce por la posible coincidencia de este recargo con una sanción administrativa; un conflicto, pues, en el ámbito laboral-administrativo¹²¹.

Haciendo una breve recapitulación de los elementos del recargo pueden destacarse los siguientes¹²²: existencia previa de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional; reconocimiento de una prestación por parte de la Seguridad Social por una de estas causas¹²³; incumplimiento empresarial de la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo; y existencia de un nexo de cau-

¹¹⁹ Art. 39 LISOS.

¹²⁰ Arts. 19.2.e), 19.3.b) y 22.10 LISOS. Orcaray Reviriego, J. J. El principio... *op. cit.*, p. 54. De igual modo, se considera un caso de vulneración el establecido en el RD 597/2007 sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, ya que se afirma que esta medida no es en realidad solamente accesoria, lo que no infringiría el non bis in ídem, sino que se trata de una sanción donde existe la triple identidad. Toscani Gimenez, D; Alegre Nuño, M., El Real Decreto 597/2007 (RCL 2007, 881) sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de Prevención de Riesgos Laborales. ¿Una norma inconstitucional? En *Aranzadi Social*, nº 6, 2007. BIB 2007\834).

¹²¹ Aunque hay quien dice que el conflicto se produce únicamente dentro del ámbito administrativo, también se afirma la relación laboral-administrativo pues “en el ámbito laboral, la potestad sancionadora conserva algunas particularidades. [...] Por lo demás, el terreno “social” sancionatorio mantiene una autonomía dentro del amplio campo de las infracciones administrativas y prueba de ello es la existencia de una regulación específica del procedimiento sancionador para la imposición de sanciones en el orden social [...]”. (Lopez Cumbre, L. Las “escalas móviles” de cotización en el sistema de Seguridad Social. /En/ *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 2, 2003. iustel.com).

¹²² Cristóbal Roncero, R. Recargo de las prestaciones económicas de accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad. /En/ *Aranzadi Social*, Vol. IV, 1999, p. 2821.

¹²³ En caso de muerte, por ejemplo (García Ortega, J. El recargo de prestaciones económicas por accidente de trabajo o enfermedad profesional. /En/ *Tribuna Social*, nº 125, 2001, p. 55).

salidad entre el accidente o enfermedad y el incumplimiento empresarial. En lo que hace a la cuantía del recargo, está en función no del daño sino de la gravedad del incumplimiento, oscilando entre un 30% y un 50% de la prestación. El responsable del recargo de prestaciones será siempre el empresario, sin que pueda asegurarlo a diferencia de lo que sucede con las posibles indemnizaciones por daños de las que sea responsable por las mismas causas, como así lo establecen los apartados 2 y 3 del art. 123 LGSS. Por tanto, el recargo de prestaciones es una figura compleja que, además de contribuir a compensar al trabajador por el plus de injusticia que representa el sufrir un accidente por razón de un incumplimiento del empresario (perspectiva resarcitoria¹²⁴), también es un mecanismo que pretende forzar al empresario, debido a la carga económica directa que supone, al cumplimiento de las pertinentes medidas preventivas.

Ahora bien, ante un accidente de trabajo, el empresario puede ser imputado por responsabilidades indemnizatorias, recargo de prestaciones, sanciones administrativas o sanciones penales. Y cuando tantas responsabilidades confluyen es inevitable hacer una reflexión acerca de la compatibilidad entre todas ellas. La clave está en la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidades. En general, la responsabilidad civil, de tipo indemnizatorio y privado, es plenamente compatible con la responsabilidad penal y administrativa. Estas dos últimas tienen límites a su compatibilidad, como ya se ha visto, a partir de la aplicación del principio non bis in ídem. Pero cuando se habla del recargo, se observan en él rasgos propios tanto de una naturaleza indemnizatoria como sancionadora. Si se opta por la primera, los problemas de compatibilidad serán con la responsabilidad civil por la vía de la prohibición del enriquecimiento injusto de la víctima de un daño; esto es, que la indemnización debe serlo por el daño en su integridad, ni más ni menos. En cambio, si se considera que el recargo tiene naturaleza sancionadora, el principal problema se sitúa en la eventual vulneración del principio non bis in ídem en su relación con las sanciones administrativas.

En definitiva, para resolver este conflicto jurídico es fundamental determinar la naturaleza del recargo. Sin pretender, desde luego, hacer ningún tipo de análisis exhaustivo sobre el tema, puesto que es una materia muy tratada por la doctrina y jurisprudencia, lo cierto es que la STS de 2 de octubre de

¹²⁴ Sempere Navarro, A. V.; Martín Jiménez, Rodrigo. *El Recargo de Prestaciones*. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 32.

2000¹²⁵ llega a la conclusión de que el recargo es una sanción¹²⁶, pero de carácter especial. Una sentencia que en realidad a lo que lleva es a que se tomen rasgos de uno y otro carácter, indemnización y sanción, modelando una figura finalmente compatible con los dos extremos mencionados, manifestando una extrema ductilidad que es la característica más llamativa del recargo. Así, será plenamente compatible con la indemnización civil porque es una sanción, pero también con la administrativa porque no se cumple el requisito de la triple identidad; es decir, se considera que el recargo presenta un diverso fundamento al de las sanciones administrativas, ya que protege un bien jurídico diferente.

En efecto, el TS estableció que la sanción administrativa “se incardina en la potestad estatal que impone la protección a los trabajadores”¹²⁷ y, por tanto, esta figura no crea una relación indemnizatoria entre el empresario y el perjudicado, pues contempla el hecho desde una perspectiva diferente a la de la sanción indemnizatoria¹²⁸ puesto que la finalidad preventiva del recargo lo es a priori, frente a las sanciones administrativas, que es a posteriori.¹²⁹ Esta postura jurisprudencial ha sido criticada¹³⁰ estableciendo que esto es cierto sólo si se habla de las diferentes vertientes, reparadora y preventiva, del recargo, pero que en realidad hay una misma perspectiva consistente en la protección del mismo bien social: la protección de la seguridad y salud de los trabajado-

¹²⁵ RJ 2000\9673.

¹²⁶ Los argumentos esgrimidos por los defensores de esta teoría pueden resumirse en los siguientes: la prohibición de aseguramiento del recargo, vigente desde 1922; el necesario incumplimiento previo; la tasación independiente de los daños reales (Mercader Uguina, J. R. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*. Madrid: La Ley, 2001, p. 142.); la intervención de una autoridad pública (Alfonso Mellado, C. L. *Responsabilidad empresarial en materia de Seguridad y Salud laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 32); o el perfil preventivo represivo sin anticipos por el INSS ni aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones (Purcalla Bonilla, M. A. *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*. Granada: Comares, 2000, p. 48). En contra, se alega que el recargo no se encuentra previsto en la LISOS, norma que agrupa todas las sanciones del orden social, y el problema de la compatibilidad con el principio non bis in idem. (Desdentado Bonete, A. *El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate. /En/ Revista de Derecho Social*, nº 21, 2003, p. 16).

¹²⁷ STS 2 de octubre de 2000 (RJ 2000\9673); STSJ Galicia de 24 de enero de 2011 (AS 2011\931), entre otras.

¹²⁸ Martínez Garrido, L. R. “Tutela judicial de la salud laboral. Responsabilidad y recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. El principio non bis in idem y la problemática de su aplicación”. /En/ Agustí Juliá, (Dir.) *Estudio de la prevención de riesgos laborales*. Madrid: CGPJ, 1999, p. 152.

¹²⁹ Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica del principio... op. cit.*, 2012, p. 64.

¹³⁰ Desdentado Bonete, A.; Puebla Pinilla, A. de la, La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la Jurisprudencia. En *Tribuna Social*, nº 125, 2001, p. 25.

res. Algunos autores¹³¹ van más allá incluso y consideran que la única vía para considerar que las perspectivas son diferentes es que el recargo sea calificado como indemnización; es decir, que esa diferencia sea, precisamente, considerar que la función del recargo es la de reparación, frente a la de la sanción administrativa, que es la de prevención. En todo caso, con la STS de 2 de octubre de 2000, parece que el problema se ha decantado a favor de la teoría sancionadora o preventiva¹³².

Así pues, el problema del recargo de prestaciones y su posible vulneración del non bis in ídem es un tema que, aun no estando cerrado a ojos de la doctrina, en la práctica se aplica de forma conjunta con las sanciones administrativas, al aceptarse los argumentos establecidos en su momento por el TS. Esto lleva a que jurisprudencia no siempre hable de una figura con carácter indemnizatorio sino mixto¹³³, presentando sus rasgos de una manera en cierto modo tendenciosa con la finalidad de evitar su incompatibilidad con una de las dos responsabilidades en juego. Lo que ha llevado a afirmar que es “como si, por decirlo algo paradójicamente, el recargo no fuera indemnización por ser sanción y no fuera sanción por su finalidad indemnizatoria”¹³⁴. En todo caso, hay que recordar lo establecido por el art. 42.5 LISOS, que establece que la declaración de hechos probados por una sentencia firme del orden contencioso-administrativo, vinculará al social en cuanto a la imposición del recargo de prestaciones.

6.2.2. La responsabilidad en materia de prestaciones de la Seguridad Social

Otra manifestación de los conflictos en el marco administrativo es la que se produce en razón de la llamada responsabilidad en materia de prestaciones de Seguridad Social. Dicha responsabilidad, de carácter puramente objetivo, se recoge en los arts. 126 y 127 LGSS y presenta un funcionamiento, en principio, similar al de los seguros privados. Siendo inicialmente responsable el empresario, y de forma objetiva, esta responsabilidad es tasada pero no se traduce tanto en asumir directamente la responsabilidad sino en tener concertado un

¹³¹ Igartúa Miró, M. T. El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Viejos problemas, nuevas soluciones a la luz de una “cambiante” doctrina jurisprudencial (II). En *La Ley-Actualidad*, 2001, p. 1.

¹³² No obstante, los argumentos que la sentencia esgrime pueden considerarse discutibles comenzando con un voto particular de 7 de los 15 magistrados que conforman el pleno. (Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica... op. cit.*, 2012, p. 64).

¹³³ STS de 18 de julio de 2011 RJ 2011\6561; STS de 30 de mayo de 2000 (Ar. 2000\5155); STSJ Cantabria de 4 octubre de 2004 (JUR 2004\277140).

¹³⁴ Carrero Domínguez, C. Compatibilidad de responsabilidades y recargo de prestaciones. En *Temas Laborales*, nº 63/2002, p. 107. De hecho, algunos autores afirman que incluso en caso de considerar el recargo como indemnización el non bis in ídem también sería vulnerado si no se detrae su cuantía de la indemnización que corresponde al trabajador. (Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica... Op. Cit.* p. 66).

seguro obligatorio que, en este caso, se manifiesta por la obligación empresarial de afiliación, alta y cotizaciones a la Seguridad Social, produciéndose una especie de socialización de la responsabilidad ya que es la sociedad la que, mediante la aportación de fondos a la Seguridad Social, la que hace frente a esa responsabilidad transferida. De este modo, si el empresario cubre el riesgo, será la Seguridad Social la que responda posteriormente; pero, si no es así, se producirá un incumplimiento y el empresario deberá responder de las prestaciones cuya carga no ha transferido debido a su incumplimiento de afiliación o alta y de cotización, generándose (o mejor, manteniéndose) esa responsabilidad en el ámbito empresarial.

Esta responsabilidad empresarial directa en materia de prestaciones es uno de los supuestos en los que se plantea el respeto del principio non bis in ídem. El principal conflicto es el que se produce cuando el empresario no ingresa las cuotas de Seguridad Social y se genera una contingencia con derecho a prestación por parte del trabajador. En este caso, el empresario no sólo deberá realizar el abono de las cuotas dejadas de ingresar más un recargo (art. 30 y ss LGSS) sino que, además, será sancionado administrativamente por una infracción grave o muy grave (arts. 22.2 o 23.1.b) LISOS que, en el caso de la infracción grave, supone una sanción que se calcula con base en la cuantía de las cuotas dejadas de ingresar y pueden llevar a suponer un 150% de las mismas, art. 40.2 LISOS). Además, y de acuerdo con el art. 126 LGSS, en consonancia con los arts. 94-96 LSS, el empresario deberá hacerse cargo de las prestaciones correspondientes, ya sea mediante su pago directo, ya sea mediante su abono a la Entidad Gestora, Mutua o Ente colaborador que las haya anticipado, algo que dependerá del supuesto de hecho concreto¹³⁵.

En todo lo caso, lo que aquí interesa dilucidar es si existe una doble sanción administrativa, lo que fue afrontado, tras múltiples resoluciones judiciales, por la STS de 8 de mayo de 1997, de unificación de doctrina a través de la interpretación del propio art. 126 LGSS¹³⁶. De acuerdo con esta jurisprudencia, para salvar la conformidad de los preceptos transcritos y de su contenido con

¹³⁵ De esta forma, de acuerdo con el art. 94 LSS, la cuestión será diferente si el incumplimiento es del alta o de la cotización. En el caso del alta, si esta situación deriva de un riesgo profesional, la entidad colaboradora está directa e inmediatamente obligada al pago de la prestación resarcándose posteriormente frente al empresario que ha incumplido. (Art. 61.2 RD 1993/1995, de 7 de diciembre y art. 94.4 LSS). Por el contrario, ante esta misma situación pero en el caso de un riesgo común, al no jugar el principio de alta presunta, el único y directo responsable será el empresario (art. 95.1.3 LSS), aunque puedan existir hipótesis de responsabilidad subsidiaria del INSS. Por otro lado, si nos situamos en los casos en que el incumplimiento empresarial se basa, no en la falta de alta o afiliación sino de cotización, la entidad gestora debe responder dirigiéndose posteriormente al empresario. (Gala Durán, C. *Responsabilidad empresarial...*, p. 82-83).

¹³⁶ Moreno Pelayo, M. La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de Seguridad Social. En *Actualidad Laboral*, II/1998, p. 529.

determinados principios constitucionales, entre los que destaca el *non bis in ídem*, la clave está, como sucede de forma habitual en este tipo de figuras problemáticas, en el fundamento o bien jurídico protegido y, en este sentido, se considera esencial hacer descansar esa obligación de pago de las prestaciones por parte del empresario en algo que no sea equivalente a una sanción por incumplimiento de los deberes de afiliación, alta o cotización.

A este efecto, el TS establece que, a diferencia de lo que ocurre en el marco de la ordenación del contrato de seguro con el incumplimiento de la obligación de abonar las primas, en el Derecho de la Seguridad Social el incumplimiento de la obligación de cotizar no extingue la relación de Seguridad Social, realizándose el cobro de las cotizaciones debidas por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes; además de que, por otra parte, la falta de ingreso de las cotizaciones es una infracción grave sancionable administrativamente. Hasta aquí no existiría ninguna posibilidad de lesión del principio *non bis in ídem*, y, en cuanto a la responsabilidad prestacional, el TS considera que la interpretación del art. 126 LGSS debe pasar por la imputación de la responsabilidad empresarial únicamente cuando su incumplimiento conlleve un perjuicio al derecho de protección del trabajador, separándose por tanto, en cuanto al fundamento, de las concurrentes previsiones sancionadoras¹³⁷. Fuera de este supuesto, el empresario debe ser sancionado administrativamente, de acuerdo con la LISOS, a ingresar lo no cotizado, pero no a responder de las prestaciones¹³⁸, ya que esto sí supondría, en cambio, la vulneración del principio *non bis in ídem*. De aceptarse la diferencia de fundamento, el bien jurídico protegido sería distinto, por lo que no existiría doble sanción, estableciéndose, en todo caso, reglas de moderación del alcance de este tipo de responsabilidad.

En este sentido, se distingue, en primer lugar, entre contingencias comunes y profesionales. Si los descubiertos no afectan al periodo de carencia del trabajador y no ve perjudicado su derecho a la prestación en ningún caso, el empresario no será responsable de las prestaciones; por lo contrario, si la falta de cotización impide reunir el periodo de carencia y el trabajador ve perjudicado su derecho a la prestación, la responsabilidad se repartirá, proporcionalmente al incumplimiento, entre el empresario y la Entidad Gestora. Como en relación con las contingencias profesionales, al no requerirse alta formal ni periodo de carencia, no se produce afectación alguna del derecho del trabajador a las prestaciones, la jurisprudencia ha establecido que el criterio que determinará la

¹³⁷ STS 8 de mayo de 1997: “Fuera de este supuesto el incumplimiento empresarial en materia de cotización será objeto de sanción con independencia de la recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas, pero no debe determinar un supuesto de responsabilidad”. De igual modo, STSJ Aragón de 15 de mayo de 2006 (AS 2006\2997); STSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2004 (AS 2004\3369).

¹³⁸ Moreno Pelayo, Manuel. *La responsabilidad empresarial...*, p. 531.

imposición o no de la responsabilidad prestacional al empresario será el de la relevancia de su incumplimiento; de modo que si el incumplimiento es temporal, transitorio y/o involuntario, el empresario estará exento de responsabilidad en materia de prestaciones¹³⁹.

En realidad lo que estas afirmaciones jurisprudenciales pretenden es, directamente, exonerar al empresario en los supuestos en que su incumplimiento no haya perjudicado al trabajador. Por tanto, detrás de estas sentencias late una idea de que, por un lado, quien debe responder es el sistema público de Seguridad Social y no el empresario, a no ser que se cause un perjuicio, no al trabajador en el sentido de producirle un daño, sino un perjuicio en su derecho. Y esto porque el sistema de responsabilidades vigente, interpretado de forma tradicional, no sólo se opone a los principios del derecho sancionador y constitucional sino que, en general, su funcionamiento en el marco de esta responsabilidad se asemeja considerablemente al sistema de los seguros privados. De este modo, lo que estas sentencias del TS han hecho es hacer patente un problema que va más allá del principio de proporcionalidad y non bis in ídem, afectando a la propia estructura de funcionamiento del sistema, basado en reminiscencias históricas que lo acercan más a un modelo de responsabilidad privada, quizás más en consonancia con la prevención de riesgos laborales, que con un sistema público de Seguridad Social.

6.3. Conflictos en el ámbito laboral puro: la responsabilidad disciplinaria en las relaciones laborales privadas

El principio non bis in ídem también es aplicable, aunque con ciertas dificultades, en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria de la empresa privada y en el de las relaciones que se desarrollan en el marco del contrato de trabajo¹⁴⁰. A pesar de que la naturaleza jurídica de la responsabilidad y del poder disciplinario es privada, ello no obsta a que algún principio de carácter público sí le sea de aplicación como sucede con el non bis in ídem¹⁴¹. De modo que una misma conducta, constituida por los mismos hechos y frente a la cual el poder sancionador del empresario tiene el mismo fundamento, sólo podrá ser

¹³⁹ González Ortega, S., Barcelón Cobedo, S. *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 7ª ed., 2013, p. 212 y ss. De igual modo la STSJ Aragón de 15 de mayo de 2006 (AS 2006\2997) establece esta moderación de responsabilidad.

¹⁴⁰ En todo caso, parte de la doctrina ha venido afirmando siempre que este principio es aplicable al ámbito privado debido a su carácter de principio general del derecho. (Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora... op. cit.*, p. 116).

¹⁴¹ STSJ C. Valenciana de 3 de abril de 2012 (AS 2012\2114); STSJ Castilla y León de 21 de abril de 2010 (AS 2010\1802); STSJ País Vasco de 22 de febrero de 2005 (AS 2005\529).

sancionada una sola vez¹⁴², dejando al margen las situaciones de reincidencia. De hecho, cabe mencionar que el art. 60 ET, en materia disciplinaria, hace referencia a los principios de legalidad, proporcionalidad y buena fe, estando los tres muy interrelacionados y presentes en los fundamentos del non bis in ídem.

Esta aplicación del non bis in ídem a la vertiente disciplinaria no es la única posible en el marco del contrato de trabajo¹⁴³ pero si la más relevante, si de un supuesto puro de conflicto o fricción se habla. Y se trata de un ámbito de aplicación puro ya que no entra en conflicto con la dimensión administrativa o penal; debe recordarse a este efecto que la responsabilidad disciplinaria no sólo es plenamente compatible con la responsabilidad indemnizatoria sino también con la penal¹⁴⁴ debido a las distintas naturalezas y finalidades de las mismas¹⁴⁵. Esto hace que no opere aquí la regla de la suspensión del procedimiento disciplinario cuando se siga paralelamente otro penal por los mismos hechos¹⁴⁶. Esta plena compatibilidad con la responsabilidad civil y penal, implica que la aplicación del principio non bis in ídem se produzca sólo en cuanto a la aplicación de la propia responsabilidad disciplinaria y no en su relación con las dos anteriores¹⁴⁷.

En este ámbito pueden destacarse tres tipos de situaciones habituales. En primer lugar, aquéllas que hacen referencia a la naturaleza de las medidas dis-

¹⁴² Cremades, B. M. *La sanción disciplinaria...* Op. Cit., 1969, p. 240. STS de 28 de febrero de 1983 (RJ 1983\1020), entre otras. Un análisis desarrollado acerca de la aplicación de este principio en el ámbito disciplinario, en Fernández López, M. F. *El poder disciplinario disciplinario en la empresa*. Madrid: Civitas, 1991, p. 290 y ss.

¹⁴³ Un ejemplo puede ser la polémica tradicional que se planteaba en torno a la posibilidad de solicitar indemnizaciones adicionales derivadas de la resolución del contrato de trabajo por el art. 50 ET, que en ocasiones se alegaba que vulneraba el non bis in ídem sin que en líneas generales se aceptara tal afirmación argumentando que no existe non bis in ídem al solicitarse la reparación integral de los bienes y derechos lesionados, así como la falta de aplicación del principio a este ámbito. (Tascon Lopez, R. La (in)compatibilidad entre las indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato de trabajo basada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y las reclamadas al amparo del artículo 1101 del Código Civil. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2004. /En/ *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 7, 2004. iustel.com).

¹⁴⁴ Castro Argüelles, M. A. *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*. Pamplona: Aranzadi, 1993, p. 215 y ss.

¹⁴⁵ En el caso de la responsabilidad penal, la sanción castiga un ilícito con proyección en la sociedad y la disciplinaria, en el interior de la empresa. (Cremades, B. M. *La sanción disciplinaria en la empresa*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 169).

¹⁴⁶ Pero es necesario tener en cuenta que, a partir del art. 86 LRJS, en los casos en que en ambos procesos se enjuicien los mismos hechos, es posible un recurso ante el TS para que se anule la sentencia firme laboral siempre que la sentencia penal sea absoluta por no haber existido o no haber participado el trabajador en los hechos imputados. (Carcelén García, J. *Faltas y sanciones: el expediente disciplinario en la empresa*. Madrid: Fundación Confemetal, 2001, 45 y ss). No obstante, la consideración de que los hechos no sean constitutivos de infracción penal no condiciona la calificación de los mismos en el orden social como causa de despido. (ATC 322/2006, de 25 de septiembre (RTC 2006\322)).

¹⁴⁷ Cremades, B. M. *La sanción disciplinaria...* Op. Cit., 1969, p. 240.

disciplinarias impuestas por el empresario. En segundo lugar, las que se refieren a los casos de reincidencia. Por último, las relativas a los supuestos de repetición del despido o de cambio de decisión del empresario acerca del tipo de sanción a imponer. Por lo que se refiere a la naturaleza de las medidas disciplinarias, el non bis in ídem es un principio que, además de la triple identidad¹⁴⁸, exige aquí para su activación, la concurrencia de una serie de condicionantes ya que la prohibición de la doble sanción no tiene lugar respecto de cualquier tipo de medidas sino precisamente en relación con las sanciones en un sentido estricto. Y, para que exista una sanción, en este caso, disciplinaria, es necesario que se den los siguientes requisitos: un bien jurídicamente tutelado cuya protección haya sido vulnerada; un sujeto con competencia para imponer la sanción y un sujeto sancionado; y la tipificación legal de la sanción¹⁴⁹, considerada como la consecuencia que sufre el trabajador a partir de la comisión de un incumplimiento laboral. Es decir, "el uso de un poder contractual fuera de su contexto normal, con fines exclusivamente disciplinarios, que así se unen a los técnicos y organizativos como justificantes del uso de aquellos poderes"¹⁵⁰; que se materializa en una sanción que tiene naturaleza privada, aunque ostenta ciertos caracteres cercanos a lo público¹⁵¹; y que supone un perjuicio o pérdida para el sujeto sancionado¹⁵².

Así pues, otras medidas con efectos negativos sobre la situación del trabajador no pueden considerarse vulneradoras del non bis in ídem cuando coinciden con una sanción ya que el principio únicamente juega cuando concurren dos sanciones. El caso más habitual es el de las medidas cautelares, como puede ser por ejemplo la suspensión de empleo y sueldo mientras se realizan las averiguaciones pertinentes con el fin de determinar si se ha producido una infracción y en qué medida. Es el TS el que ha establecido, en diversidad de ocasiones, que este tipo de medidas, de carácter preventivo, no son equiparables a una sanción, por lo que ante situaciones en que la empresa las impone y posteriormente procede a sancionar, no existirá vulneración del non bis in ídem; si bien siempre será necesario examinar el caso concreto, los términos en que se impone la medida, e, incluso, si ésta estaba prevista en el convenio colectivo aplicable. Todo ello para determinar en el caso concreto la verdadera

¹⁴⁸ STSJ Madrid (Social) de 9 octubre de 2009 (AS 2009\2677), en que el tribunal entendió que la sanción por la reacción mediante insultos ante la imposición de una sanción previa se entiende basada en hechos distintos y por tanto no vulneradora del non bis in ídem.

¹⁴⁹ Lopez Cumbre, L. Las "escalas móviles" de cotización en el sistema de Seguridad Social. En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 2, 2003. iustel.com.

¹⁵⁰ Fernández López, M. F. *El poder disciplinario...* Op. Cit., 1991, p. 235.

¹⁵¹ Cremades, B. M. *La sanción disciplinaria...* Op. Cit., 1969, p. 165.

¹⁵² Fernández López, M. F. *El poder disciplinario...* Op. Cit., 1991, p. 228 y ss.

naturaleza de la medida impuesta¹⁵³.

En cuanto a la reincidencia¹⁵⁴ ésta es, cuando es bien tratada, un elemento que funciona como criterio de agravación de la calificación de la infracción. Con la reincidencia se hace referencia a los supuestos en que un trabajador que comete una infracción ya había sido sancionado anteriormente por la comisión de otra falta, sea o no de la misma naturaleza. A este respecto, los convenios colectivos no especifican siempre cuántas faltas sancionadas son necesarias para apreciar reincidencia, considerándose generalmente que con una sola repetición ya se habrá incurrido en la misma¹⁵⁵. Como requisitos para apreciar la reincidencia se han señalado los siguientes¹⁵⁶: que la primera falta haya sido sancionada o que, si no lo fue, hubiese mediado por lo menos una advertencia al trabajador de la que quede constancia; que el plazo para computar la prescripción debe comenzar desde la comisión de la primera falta; y que será inaplicable si el conjunto de infracciones se sanciona de forma conjunta. Su función, cuando es tenida en cuenta, es, en fin, la de proporcionar un criterio para graduar la gravedad de la falta, configurando una falta disciplinaria diferenciada que se encuadra en un nivel superior¹⁵⁷.

El problema esencial que plantea la reincidencia es establecerla de modo que no se llegue a situaciones doble sanción por la misma conducta. En este sentido, una de las sentencias fundamentales es la STC 188/2005, de 7 de julio, que aborda la constitucionalidad del art. 27.3.j) de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que establece como falta muy grave el “haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el periodo de un año”. Nótese la diferencia entre esta formulación de la sanción y la más habitual en los convenios colectivos que es la consistente en que una infracción leve o grave que ha sido precedida de una o más del mismo carácter, será sancionada, la última, como si revistiera un grado superior de gravedad. La diferencia estriba en que, en el primer caso, todas las infracciones han sido anteriormente sancionadas; de modo que es como si se hiciera posteriormente

¹⁵³ STSJC. Valenciana de 3 abril de 2012 (AS 2012\2114): En un caso de despido por ausencias al trabajo con previa amonestación; STSJ La Rioja de 9 septiembre de 2008 (AS 2008\2373): en que se considera una amonestación con posterior despido como no constitutiva de sanción con base en la ausencia de intención empresarial en dicho sentido; STSJ I. Canarias de 29 marzo de 2004 (AS 2004\1101) para medidas cautelares.

¹⁵⁴ También denominada por los convenios colectivos como reiteración aunque no sean similares en su significado. (Fernández López, M. F. *El poder disciplinario...* Op. Cit., 1991, p. 201).

¹⁵⁵ Como ejemplo de convenio colectivo en que se especifica el número de faltas necesarias para apreciar reincidencia, el del sector de desinfección, desinsectación y desratización. (Res. 13 octubre 2009. BOE 28 octubre 2009). En cambio, como ejemplo en que no se especifica el número de faltas necesarias, el IX Convenio Colectivo del personal laboral del Consejo General del Poder Judicial. (Res. 21 julio 2009. BOE 5 septiembre 2009).

¹⁵⁶ Castro Argüelles, M. A. *El régimen disciplinario...* Op. Cit., 1993, p. 192.

¹⁵⁷ Fernández López, M. F. *El poder disciplinario...* Op. Cit., 1991, p. 202 y ss.

un repaso de los antecedentes sancionatorios del sujeto para imponer una sanción por ese mero hecho. En el segundo caso, en cambio, lo que se produce es la agravación de la calificación de una infracción recientemente cometida y no sancionada todavía, por el hecho de existir un historial de infracciones acumulado y sin que se exija que la conducta infractora sea la misma, esto es, que haya identidad de hecho.

La STC 188/2005 se planteó la cuestión de si el primer tipo de formulación es acorde con la CE por no vulnerar el non bis in ídem. Es decir si, con esa nueva falta muy grave, “se está sancionando un *factum* distinto al que fue sancionado ya en aquellas faltas graves, o si se trata en realidad de castigar los mismos hechos”¹⁵⁸. En este sentido, se establece¹⁵⁹ que las sanciones agravadas en virtud de una situación de reincidencia serán correctas siempre que se tomen en consideración las anteriores infracciones más una nueva, es decir, un hecho no anteriormente sancionado. En cambio, sería contraria al non bis in ídem una nueva sanción en virtud de la concurrencia de infracciones anteriores, ya sancionadas y sin que concurra ninguna nueva, pues sería como “resucitar” los hechos anteriores y tomarlos en consideración de nuevo sin que pueda explicarse esta operación en la existencia de fundamentos diferentes, que es la única explicación que podría justificar la doble sanción.

En la aplicación correcta de la reincidencia es cierto que las anteriores infracciones se vuelven a tomar en consideración, pero no para sancionarlas de nuevo sino a modo de antecedentes y criterios de agravación de la culpabilidad y de la gravedad de la acción. Así lo establecen la LISOS (norma que en ocasiones se suele tomar como referente para establecer los criterios de graduación de las infracciones¹⁶⁰), y los convenios colectivos. También puede entenderse, como hace el voto particular a la STC 155/2005¹⁶¹, que en la reincidencia hay diversidad de hechos pues lo que se sanciona es una “una circunstancia nueva, no ponderada, valorada ni sancionada en los procedimientos disciplinarios previos”. Dicha circunstancia sería la concentración temporal de las infracciones graves, algo que no se utilizó para ponderar la calificación de las mismas en su momento, y se considera que habría que haber “aprovechado el último de los hechos (la última acción) para castigarlos de una manera cualificada por ser reincidente; pero lo que no es admisible es crear una infracción autónoma si no hay nuevos hechos distintos de los ya castigados, a no ser, claro, que respondan

¹⁵⁸ Boto Alvarez, A. Sobre el principio *non bis in idem* y la importancia de la técnica legislativa. (Al hilo de la STC 188/2005, de 7 de julio). En *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 76, 2006, p. 277.

¹⁵⁹ En este sentido, la STS de 7 de octubre de 1982 (RJ 1982\6128); También en cuanto a la reincidencia: STSJ Asturias de 29 abril de 2011 (AS 2011\1646); STSJ Andalucía de 2 marzo de 2012 (JUR 2012\235919).

¹⁶⁰ Navas-Parejo Alonso, M. *Obligaciones y responsabilidades...* Op. Cit. 2012, p. 576 y ss.

¹⁶¹ RTC 2005\155.

a fundamentos distintos¹⁶². La clave es, pues, que existe una nueva infracción más gravemente calificada y sancionada¹⁶³, siendo fundamental la forma en que se regule por la norma sancionadora¹⁶⁴.

La última situación de posible conflicto es aquella en la que el empresario corrige y repite las medidas sancionadoras, siendo necesario distinguir aquellos supuestos en los que la ley permite esa “doble sanción” por parte del empresario y aquéllos en que no, siendo una actuación empresarial prevista en los arts. 55.2 ET y 115 LRJS, siempre bajo autorización judicial. Pero lo esencial aquí es analizar las implicaciones en relación con el non bis in ídem. En este sentido y en un primer momento y en relación con el caso concreto del nuevo despido por subsanación de defectos formales, la jurisprudencia consideró que, aparte de ser una medida prevista por el ET, lo fundamental es que la primera sanción (el primer despido) ha sido anulada, por lo que la imposición de la segunda no implica una doble punición. Lo mismo podría decirse, por tanto, cuando el empresario modifica la sanción inicialmente impuesta al trabajador y que el juez considera que es excesiva, supuesto en que podrá proceder a imponer la sanción adecuada a los hechos, tal y como establece el art. 115 LRJS. Pero debe plantearse si la misma argumentación es aplicable en la situación en que el empresario decide cambiar la sanción impuesta por otra sin mediar actuación judicial, aunque no cabe duda de que se ha anulado la primera sanción, por lo que parece que, siguiendo los anteriores argumentos, no hay bis in ídem. En todo caso, la diferencia estriba en considerar si la doble sanción, prohibida por el non bis in ídem, se produce cuando se impone o sólo cuando se ejecuta.

Se trata de una cuestión de extrema dificultad pues, como se ha visto en epígrafes anteriores, no hay en absoluto un acuerdo unánime al respecto. Así, de una parte, la STS de 22 de septiembre de 1988¹⁶⁵ se inclina por exigir la ejecución de la sanción para adquirir relevancia para la aplicación del non bis in ídem. Pero, quizá por efecto de la posterior jurisprudencia constitucional, comienzan a aparecer sentencias de los TSJ pronunciándose en sentido opuesto. Es el caso de la STSJ Castilla y León de 16 enero de 2006 y, posteriormente,

¹⁶² Boto Alvarez, A. Sobre el principio... Op. Cit, 2006, p. 281.

¹⁶³ Castro Argüelles, M. A. La reincidencia en faltas graves como causa del despido disciplinario. Comentario a la STSJ de Madrid de 8 y 26 de noviembre de 2002 (AS 2003, 1342). En *Aranzadi Social*, nº 9, 2003. BIB 2003\986.

¹⁶⁴ Distinto es el caso de la reiteración de la comisión de los mismos hechos pero en periodos sucesivos, de modo que pueden sancionarse en diversas ocasiones o de la infracción continuada, que se trata de un caso de reiteración de conducta a lo largo del tiempo siendo tal reiteración un elemento esencial del tipo infractor imputándose entonces una sola infracción que engloba todos los hechos. Supuestos estos que también se dan en el marco de las sanciones administrativas al empresario y que tienen establecidos sus límites en el art. 4.6 1398/1993, 7.4 del RD 928/1998 y 39.7 LISOS. (Orcaray Reviriego, J. J. El principio *no bis in ídem* y su reflejo en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social. En *Justicia Laboral*, nº 29, 2007, p. 56 y ss).

¹⁶⁵ JUR 1988\7096.

la STSJ Castilla y León de 21 de abril de 2010¹⁶⁶ las cuales entienden que la imposición de la sanción no es suficiente para activar la protección del non bis in idem; si bien la STSJ de 2006 establece una serie de límites para poder proceder a anular la primera sanción y sustituirla por la siguiente¹⁶⁷. Tales límites son: que esta operación por parte del empresario se realice dentro del plazo de prescripción, que se considerara interrumpido con la imposición de la primera sanción; que la primera sanción no se haya ejecutado; y que la primera sanción no haya sido recurrida ni anulada por sentencia judicial. Sin embargo, con posterioridad, la jurisprudencia ha comenzado a orientarse de nuevo en la línea de la primera sentencia del TS de 1988, esto es, en la de no admitir la rectificación empresarial una vez impuesta la sanción. Es el caso de la STSJ Asturias de 29 de abril de 2011¹⁶⁸ o de la STSJ Castilla y León de 25 abril 2013¹⁶⁹. Así pues, se tiende a negar esta vía de acción empresarial que se sostiene en el hecho de que la impugnación de la sanción es posible desde la comunicación de la misma a pesar de que no se haya procedido a su ejecución¹⁷⁰.

En todo caso, hay que recordar las resoluciones jurisprudenciales que se han pronunciado acerca de la aplicación de los principios sancionadores públicos en el ámbito privado, las cuales afirman que, a pesar de la extensión del principio a esa esfera, lo cierto es que el principio de legalidad no es aplicable, de modo que los límites a los excesos posibles provendrán de la normativa ordinaria, de igual modo que sucede con la prohibición de apertura de un se-

¹⁶⁶ AS 2006\168 y AS 2010\1802 respectivamente.

¹⁶⁷ Castro Argüelles, M.A. Anulación de una sanción, una vez notificada, y sustitución por un despido disciplinario. En *Aranzadi Social*, 2, 2006. BIB 2006\498.

¹⁶⁸ AS 2011\1646.

¹⁶⁹ STSJ Castilla y León de 25 abril 2013 (JUR 2013\238799): "La potestad sancionadora forma parte del poder de dirección empresarial y la imposición de una sanción es un acto unilateral del empresario que sanciona unos hechos que considera infracción. Esa decisión empresarial desde el momento de su toma se convierte vinculante para el empresario y confiere al trabajador la seguridad jurídica necesaria de cara a tomar sus decisiones, y dentro de ellas de impugnar o no la sanción. Piénsese que el plazo para impugnar una sanción por aplicación de los artículos 115.4 en relación con el 103 de la LJS es de 20 días hábiles. La toma de decisión del empresario supone una vinculación al mismo que no puede alterar la calificación que haya realizado de una manera unilateral. La empresa sancionó los hechos con dos sanciones y no puede unilateralmente dejar sin efecto las mismas para imponer una sanción más grave pues se encuentra vinculada por la decisión tomada y la imposición del despido con posterioridad supondría vulnerar el principio non bis in idem aplicable al procedimiento sancionador al estarse sancionando dos veces unos mismos hechos".

¹⁷⁰ Op. Cit. BIB 2006\498.

gundo procedimiento a partir del art. 24.2 CE.¹⁷¹. Para finalizar, debe señalarse que, en los casos de despido con vulneración del principio non bis in ídem, se califica este como improcedente y no como nulo a pesar de ser considerado como un derecho fundamental¹⁷².

7. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN EL ÁMBITO DE LOS CONFLICTOS MIXTOS

7.1. Problemas de aplicación: la prevalencia de la vertiente material del principio

En lo que se refiere al principio non bis in ídem, el ámbito de colisión es mixto cuando se ven implicados el orden penal y el administrativo, siendo lo habitual que primero opere el administrativo pero puede darse el caso en que suceda lo contrario. Si anteriormente, en el caso de concurrencia en ámbitos puros, la aplicación del non bis in ídem suele referirse a la aplicación de medidas propias de los concursos penales y de interpretación material de los elementos de la triple identidad, en el caso del marco de conflicto mixto, siendo igualmente necesarias ambas operaciones, la vertiente procesal del principio tiene un protagonismo indudable que se rige por la aplicación de reglas diversas a las analizadas anteriormente.

Así, si se inicia primero el procedimiento administrativo, es cuando se determinan las infracciones cuando suelen detectarse los eventuales indicios de existencia de delito; lo que puede apreciarse por el propio sujeto infractor

¹⁷¹ STSJ Castilla y León de 21 de abril de 2010 (AS 2010\1802. En este sentido, cabe también mencionar la STSJ de Cantabria de 19 de julio de 2004 (AS 2004\1026) y la STSJ Islas Canarias de 8 octubre de 2011 (JUR 2011\220790) afirmando que “Es cierto que la imposibilidad de sancionar dos veces un mismo hecho ha pasado de constituir un componente exclusivo del ordenamiento penal a ser de aplicación a todo el ordenamiento jurídico en el que exista potestad sancionadora (STS 4-4-83, R. 3971), pero en lo que al ordenamiento laboral se refiere sólo en lo relativo, o bien al supuesto en que “habiendo recaído ya condena penal firme de la parte empresarial con relación al accidente del trabajador que determina la infracción laboral..., no cabe su sanción administrativa por mandato del art.42.2 LPRL, al apreciarse entre la condena penal y la sanción administrativa identidad de sujeto, hecho y fundamento” (STSJ Madrid, Sala de lo C-A, 24-1-05, JUR 120213); o bien a la posibilidad de sancionar dos veces los mismos hechos, esto es a la vertiente procesal del mismo (nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos). Esto es, no se puede reiterar el despido en los mismos términos de uno anterior, pasando por alto la declaración de improcedencia realizada en una sentencia. El TS ha rechazado con toda rotundidad la duplicidad de despidos por las mismas causas considerando infringido el art.9.3 CE (STS 15-4-92, R.2656). El TS ha confirmado que la dificultad de aplicar el principio non bis in ídem está precisamente en su vinculación siempre a la actuación del ius puniendi del Estado (STSJ Cataluña 29-11-04, JUR 16960)”.

¹⁷² Es el caso de la STSJ Castilla La Mancha (Social) de 17 marzo de 2004 (JUR 2004\134871).

que, conforme a la buena fe y tal y como viene exigiendo el TC, debe y tiene la obligación de advertir al órgano que instruye el expediente sancionador correspondiente¹⁷³. Pero también, y es lo habitual, pueden detectarse por el propio órgano administrativo. En este caso, y siempre que haya sospecha de existencia de triple identidad, debe pasar el tanto de culpa al Ministerio Fiscal para que se inicie el procedimiento penal¹⁷⁴, suspendiéndose el procedimiento hasta que haya una resolución penal. Prevalencia, por tanto, de la jurisdicción penal que puede, o no, imponer la sanción correspondiente.

Si la sentencia condena al sujeto por un delito, caben dos situaciones: que exista triple identidad, en cuyo caso la Administración, si no existía proceso administrativo, no llega a iniciarlo; y si se paralizó, dictará resolución dándolo por terminado. No puede, por tanto, continuar con el procedimiento y condenar al sujeto pues incurriría en una transgresión del principio non bis in ídem, no sólo en su sentido material sino también procesal debido a la prohibición del doble enjuiciamiento que se ha señalado anteriormente. Ahora bien, si esta sentencia es condenatoria pero se determina finalmente que falta alguno de los vértices de la triple identidad (hecho o fundamento generalmente), la Administración sí podrá continuar con el procedimiento a no ser que el tipo penal absorba la antijuridicidad y la culpabilidad de la infracción administrativa¹⁷⁵.

Por otra parte, puede suceder que no haya condena en la jurisdicción penal, bien porque se dicte sentencia absolutoria, bien porque el Ministerio Fiscal decida no ejercer acciones penales, o bien porque se declare la inexistencia del hecho. En la primera hipótesis de sentencia absolutoria, se reanudará el procedimiento administrativo, siendo posible imponer una sanción de esta naturaleza, tal y como sucede si no se existe la triple identidad; si bien la Administración estará vinculada por los hechos declarados probados o declarados no existentes por la sentencia penal. Lo mismo sucede cuando el Ministerio Fiscal decide no ejercer la acción penal, ya que el procedimiento administrativo también se reanuda. Finalmente, en el caso en que se declare la inexistencia del hecho, no cabe continuar con el procedimiento administrativo.

Siendo las anteriores las reglas generales a aplicar, pueden generarse, sin embargo, algunas cuestiones. Por una parte, se puede interpretar erróneamente la inexistencia de una triple identidad, lo cual provocaría una doble actuación sancionadora que en este caso sí estaría prohibida. En segundo lugar, si la Administración no respeta los hechos probados, la resolución administrativa se

¹⁷³ STC 152/2001 (RTC 2001\152). En contra, se argumenta que, además de ser una carga que no debe asumir el ciudadano, obligarle a avisar de que su acción puede constituir un delito, generalmente con sanción más grave que la administrativa, puede considerarse una suerte de autoinculpación. (Muñoz Clares, J. *Ne bis in idem...* op. cit., p. 314).

¹⁷⁴ Art. 7 del RD 1398/1993, de 4 de agosto; art. 3 LISOS.

¹⁷⁵ Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem*, op. cit. p. 159.

anulará¹⁷⁶. En tercer lugar, también es posible que se produzcan situaciones de desproporción cuando, no existiendo identidad de fundamento, la imposición de las sanciones penal y administrativa pueda considerarse excesiva, aplicándose analógicamente la solución, que se estudió antes, que se aplica en los casos de conflictos puros penal/penal¹⁷⁷.

Por último, también puede originarse un problema que plantea muchas dificultades de solución y es el que se produce en los supuestos en los que la sanción administrativa es previa a la penal, algo completamente irregular a tenor de lo que se viene diciendo ya que se trata de una resolución firme de la Administración, dictada en un proceso que no se ha paralizado a pesar de iniciarse o ser procedentes las actuaciones penales. Lo que se puede calificar como una vulneración de las normas de funcionamiento del non bis in ídem, atentando a la esencia misma del principio. A este respecto, el TC si bien comenzó por considerar que era necesario sacrificar la regla de la prejudicialidad penal con la finalidad de preservar el contenido material del non bis in ídem, actualmente la regla es la contraria.

Así, en un principio, la STC 177/1999, de 11 de octubre¹⁷⁸, sentencia de extraordinario valor en su momento, estableció que la vertiente procesal del non bis in ídem, que se habría lesionado al no suspender el procedimiento sancionador administrativo, era instrumental y subsidiaria respecto de la vertiente material del principio. Por tanto, si con su sacrificio se aseguraba la no imposición de la doble sanción, ésta era la solución a adoptar a pesar de vulnerar la regla de la paralización del procedimiento administrativo y la preferencia penal¹⁷⁹, con lo que, además, se respetaba la prohibición de doble enjuiciamiento. Así pues, de acuerdo con el TC, en estos casos en que la Administración no paralizaba el procedimiento, el juez penal no debía sancionar. Eso sí, para el TC era fundamental la existencia de buena fe por parte del sujeto afectado pues, si pudo solicitar la paralización del procedimiento y no lo hizo, no se aplicará la norma, operando el Tribunal como si no le considerara merecedor de la protección que deriva de la aplicación del non bis in ídem. Un criterio que ya se ha criticado con anterioridad en este trabajo.

Es decir, conforme a esta interpretación, la vulneración de las reglas procesales no hacía que se considerara infringido el principio non bis in ídem ya que esto sólo sucedería cuando, vulnerándolas, se afectara también a su

¹⁷⁶ Op. cit., p. 170 y ss.

¹⁷⁷ De cualquier modo, es habitual encontrar distintas propuestas de solución entre las que se recogen la moderación de la sanción previa, el prescindir de su imposición o el conceder un mayor juego a las penas accesorias de inhabilitación en determinadas ocasiones (Benlloch Petit, G. El principio non bis... *op. cit.*, p. 374 y ss).

¹⁷⁸ RTC 1999\177, y STC 152/2001, de 2 de julio (RTC 2001\152).

¹⁷⁹ También en este sentido, la STS de 12 de mayo de 1986 en un caso de sanción administrativa previa a una sanción penal por delito fiscal, pues no es posible “duplicar o multiplicar la sanción sea cualquiera la autoridad que primeramente la haya impuesto”.em, sino que, antes al contrario, el respaldo por el ordenamiento constitucional es el principio de Derecho non

vertiente material, en la medida en que se considera la vertiente procesal como una garantía adicional, complementaria del derecho¹⁸⁰ al afirmarse que la dimensión procesal del non bis in ídem cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material. Por tanto, la preferencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa debía entenderse como una garantía del sujeto, complementaria a su derecho a no ser sancionado dos veces por el mismo hecho, y no como una circunstancia que finalmente acabara limitando la garantía que implica aquel derecho fundamental¹⁸¹. Por otra parte, se trataba de una solución que simplificaba las medidas a adoptar por el sujeto, que se vería abocado, tras la sentencia penal, a instar la anulación de la administrativa¹⁸²; o, en el caso incluso de no existir identidad de fundamento o haber una sentencia absolutoria en vía penal, a reclamar que la Administración tuviera en cuenta los hechos declarados probados en vía penal. En definitiva, una solución imperfecta pero que mayoritariamente se consideraba un mal menor.

El criterio anterior ha sido rechazado para entender que es preciso proceder al enjuiciamiento penal (STC 2/2003, de 16 de enero y STC 334/2005, de 20 de diciembre¹⁸³). Esto es, se mantiene la preferencia penal pero, para evitar la vulneración del non bis in ídem, se modera en este ámbito la sanción, o la prohibición de doble castigo¹⁸⁴. Es decir, se interpreta el non bis in ídem no en el sentido de un doble castigo formal sino material. No lo identifica con la declaración de la sanción sino con su ejecución práctica, con sus efectos, debiendo haber una compensación como si sólo hubiera recibido una sanción. Y es que se considera que el efecto de cosa juzgada no opera más que entre resoluciones judiciales, algo que no existe en estos casos¹⁸⁵. Pero no se establece en modo alguno cuál sería la solución en caso de que lo anterior al proceso penal sí fuese una sentencia del orden contencioso-administrativo por haber existido alguna clase de recurso¹⁸⁶.

Se permite, pues, al tribunal penal dejar sin efecto material resoluciones administrativas firmes¹⁸⁷, y en cierto modo, se induce al juez penal a aplicar cierta graduación de la pena al ser consciente de la necesidad de su moderación

¹⁸⁰ Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración... op. cit.*, p. 43 y ss.

¹⁸¹ Lopez Barja de Quiroga, J. *El principio Non bis in idem... op. cit.*, p. 45. Por otro lado, hay que señalar aquí que esta cuestión podría ser interpretada de distinto modo si se partiera de las opiniones doctrinales que afirman que la prejudicialidad penal no forma parte de la vertiente procesal del principio sino de la material. En todo caso, como se señalaba, su función sería de igual modo instrumental respecto del objetivo último del principio, esto es, evitar la doble sanción.

¹⁸² Alarcón Sotomayor, L. *La garantía... op. cit.*, p. 144 y ss.

¹⁸³ RTC 2003\2 y RCT 2005\334 respectivamente.

¹⁸⁴ Alarcón Sotomayor, L. *La garantía... op. cit.*, p. 149 y ss.

¹⁸⁵ Puerta Seguido, F.; Beltran De Felipe, M. *Perplejidades acerca... op. cit.*, p. 376.

¹⁸⁶ Orcaray Reviriego, J. J. *El principio no bis in idem... op. cit.*, p. 44.

¹⁸⁷ Algo muy cuestionable, como indica el Voto Particular de la STC 2/2003, pues "esta operación [...] puede conducir a un resultado de cierta predeterminación de la principal pena configurada como alternativa para el delito [...]. [...] el órgano judicial puede verse abocado a imponer; sin real margen de apreciación, la sanción [...] para en ella realizar la indicada absorción".

habida cuenta de la existencia de una previa sanción administrativa. Lo que no deja de plantear problemas como el relacionado con los hechos probados, que si bien no vinculan al orden penal, pueden llevar a una situación en la que en los dos órdenes se consideren circunstancias fácticas diferentes, generando una indudable indefensión. Y tampoco resuelve el problema de la existencia de penas de distinta naturaleza, pues si bien es sencillo moderar penas cuando ambas son de tipo pecuniario, no es así cuando una de ellas, la penal evidentemente, es una pena personal de privación de libertad. En realidad es como si el juez de lo penal anulara la resolución administrativa sin ser impugnada, cerrándose a la realidad de que han existido dos pronunciamientos y dos declaraciones de sanción.

Es más, aun en el caso de que no exista la triple identidad y que nunca hubiese habido un riesgo de vulneración del non bis in ídem, el permitir ese doble enjuiciamiento vulnera el art. 25 CE. Aunque el argumento del TC es que no se produce esa vulneración “cuando debido a las características del procedimiento administrativo (atendiendo tanto a su complejidad como a su sanción), no sea equiparable a un proceso penal. De manera que, cuando pueda afirmarse tal equiparación entre el procedimiento administrativo y el proceso penal, entonces, el principio non bis in ídem impedirá el doble procedimiento: la existencia previa de uno (el administrativo) obligará a cerrar el segundo (el penal)” (STC 2/2003). Por tanto, de acuerdo con el TC, en estos casos en que se incumple la prejudicialidad, el tribunal penal deberá, en primer lugar, analizar si la violación fue alegada por el sujeto en el momento oportuno; si existe triple identidad; y si existe proporcionalidad. Caso de no ser así, procederá a la moderación de la sanción. Pero, matiza, sólo en los casos en que la complejidad y la naturaleza de las penas de ambos procedimientos no sean equiparables. Por tanto, sólo hay vulneración del principio si los procedimientos son igualmente complejos y la naturaleza de las penas equivalente. Un criterio especialmente confuso cuya aplicación queda al albur de la interpretación judicial y que en absoluto resuelve los problemas que aquí se plantean. Es más, deja pendiente la cuestión de cómo moderar las sanciones, si se parte, porque es el criterio del TC, de que ambas son de distinta naturaleza.

De igual modo, el TC establece que la prohibición de doble procedimiento sólo se incumple si los dos han sido sustanciados con las debidas garantías ya que si uno de ellos se tramita sin respetar la “prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador”. Con esto el TC, en la mencionada STC 2/2003, anula definitivamente las críticas acerca de la vulneración del doble enjuiciamiento a que se hacía referencia¹⁸⁸. Es más, el TC añade que “sin embargo, en la regulación legal actual del procedimiento

¹⁸⁸ Lopez Barja de Quiroga, J. *El principio... op. cit.*, p. 72.

administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional", con lo cual se puede ya apreciar la opinión del TC en cuanto a esta prohibición del doble procedimiento; esto es, que sólo va a operar cuando se produzca entre dos procesos penales¹⁸⁹. Es cierto que esa solución evita otorgar a la Administración una vía de escape para poder resolver incumpliendo la regla de la prejudicialidad; pero también podría lograrse el mismo objetivo imponiendo las medidas disciplinarias correspondientes a los funcionarios incumplidores o, como alternativas¹⁹⁰, permitiendo al juez de lo penal declarar la nulidad de la sanción administrativa o, incluso, aplicar la sanción siguiendo el criterio de la especialidad.

En definitiva, con todo lo dicho se pone de manifiesto que el non bis in ídem no es únicamente un sistema de protección frente al doble castigo, una idea de proporcionalidad, de justicia material y de seguridad jurídica; también es, aunque indirectamente, un sistema de coordinación de responsabilidades.

7.2. Prevención de riesgos laborales: la coincidencia entre las infracciones penales y administrativas y las normas penales en blanco

Una de las principales dificultades que se presentan en la relación entre el ámbito penal y el administrativo en la materia preventiva proviene de la configuración de los arts. 316 y ss CP como normas penales en blanco¹⁹¹. Estos artículos establecen como uno de sus elementos del tipo la necesidad de poner en peligro la seguridad en el trabajo mediante la infracción de normas de prevención de riesgos laborales; unas normas que no precisa en ningún sentido¹⁹², haciendo remisión a otras normas que sí contienen las medidas a adoptar y de las que se deriva la infracción. Esta dependencia de lo penal de la normativa administrativa y laboral hace que la posibilidad de encontrar supuestos de bis in ídem crezca exponencialmente, pues es precisamente la infracción administrativa la que, en ocasiones, dotará de contenido la conducta tipificada por el delito penal.

Así pues, al ser normas penales en blanco, los delitos de peligro establecidos en los arts. 316 y ss. CP deben completarse en ocasiones con el contenido de la LISOS. Como se sabe, las infracciones en materia de seguridad y salud laboral se establecen en los arts. 11 a 13 LISOS. En general, las que habrían

¹⁸⁹ Puerta Seguido, F.; Beltran De Felipe, M. Perplejidades acerca... *op. cit.*, p. 379.

¹⁹⁰ Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración...* *op. cit.*, p. 84 y ss.

¹⁹¹ STS (Penal) de 29 de julio de 2002 (RJ 2002\8826) entre otras.

¹⁹² STS (Penal) de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998\7764); Moyna Méquez, José. Comentario al art. 316 CP. /En/ Gómez Guillamón, Rogelio (et. al.). *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. Madrid: Colex, 2005, 10ª ed., p. 923).

de tenerse en cuenta son principalmente las calificadas como muy graves¹⁹³ pues son las que revisten la importancia suficiente como para justificar una sanción penal, aunque podría darse el caso de que parte del hecho cometido constituya una sanción independiente en materia administrativa aunque sea tipificada como leve. Es el caso de no paralización de los trabajos en casos de riesgo grave o inminente, o la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo con condiciones incompatibles con sus características personales o capacidades profesionales. Ambos supuestos, en caso de poner en peligro la vida o integridad física del trabajador, encajan en el tipo de los arts. 316 y ss CP, así como en el art. 13 LISOS. Lo mismo sucede cuando el promotor o empresario titular del centro de trabajo en las obras de construcción no adopta las medidas necesarias para garantizar la información e instrucciones a los trabajadores, o cuando (art. 13.10 LISOS) no se adoptan “cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”. Por tanto, se observa una gran coincidencia entre los hechos tipificados en los preceptos de la LISOS y los que integran los tipos penales de los arts. 316 y ss CP¹⁹⁴. Casos en que, por las reglas anteriormente señaladas así como en aplicación de lo dispuesto en el art. 5 del RD 928/1998 y en el art. 3 LISOS, será necesario pasar el tanto de culpa al Ministerio Fiscal y suspender el procedimiento administrativo.

7.3. Seguridad Social: los delitos de defraudación

La concurrencia conflictiva se produce también en el ámbito de la Seguridad Social. Así, existen una serie de delitos “contra los derechos de los trabajadores” que afectan a la Seguridad Social. Es el caso del art. 311.2 CP, esto es, ausencia de alta de una pluralidad de trabajadores que se sanciona con penas de prisión y multa, que se confronta con una infracción semejante tipificada como grave en el art. 22.2 LISOS. La diferencia entra ambos supuestos es que el delito penal requiere que la conducta se haya realizado en relación con una pluralidad de trabajadores¹⁹⁵ cuya cuantía dependerá de la plantilla de la empresa o centro de trabajo. En caso de coincidencia de ambas sanciones, será necesario aplicar las reglas de la vertiente procesal del non bis in ídem, esto es, prejudicialidad, vinculación de los hechos probados y prohibición de

¹⁹³ Art. 13 LISOS. (Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora... op. cit.*, p. 208).

¹⁹⁴ De este modo, se afirma que “el elenco de hechos que pueden originar la infracción administrativa coincide básicamente con los que motivan la actuación penal”. (Orcaray Reviriego, J. J. El principio *non bis in idem... op. cit.*, p. 26).

¹⁹⁵ El número de trabajadores necesario para incurrir en este delito se establece mediante una escala en función de la plantilla de la empresa o centro de trabajo.

doble enjuiciamiento; siempre teniendo en cuenta las especialidades que se plantearían en el caso de que la Administración, incumpliendo estas reglas, resolviera sancionando con anterioridad a la jurisdicción penal.

Distinto es el caso de los delitos de defraudación contra la Seguridad Social, recogidos en los arts. 307 y ss CP, modificado el primero e introducidos como novedosos los arts. 307 bis y ter de forma relativamente reciente¹⁹⁶. El art. 307 CP tipifica un delito de defraudación a la Seguridad Social por falta de pago de cuotas y conceptos de recaudación conjunta, así como por obtener devoluciones indebidas de las mismas o disfrutar de deducciones indebidas, siempre que la cuantía en todos estos aspectos sea superior a cincuenta mil euros y contabilizando a estos efectos los cuatro años naturales anteriores, previendo el CP la imposición de penas mayores si la cuantía es superior. Se trata, por tanto, de un delito que dependerá, en esencia, de la cuantía de lo defraudado y por lo que podría ser posible su concurrencia con las infracciones administrativas señaladas. Por otra parte, el nuevo art. 307 bis CP establece los supuestos de agravación de las penas en el caso de los delitos contra la Seguridad Social, mientras el art. 307 ter CP se refiere a delitos relacionados con las prestaciones de Seguridad Social, algo que hasta entonces no estaba previsto en el CP.

En relación con estos delitos de defraudación hay que hacer referencia a dos especialidades. La primera de ellas es la regulada en el apartado 3 del art. 307 CP y hace referencia a los supuestos en que se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social, estableciendo que la misma tendrá lugar cuando el sujeto haya reconocido la deuda y pagado las cuotas¹⁹⁷. Y ello antes de la notificación de la iniciación de las actuaciones inspectoras dirigidas a determinar la deuda; de que el Ministerio Fiscal o Letrado de la Seguridad Social interponga la querrela o denuncia correspondiente; de que el Juez de Instrucción realice actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias; o cuando haya prescrito el derecho de la Administración a su reclamación. Esto es, se presupone que hay una buena fe por parte del sujeto que, sin conocimiento de las medidas tomadas al efecto, decide voluntariamente subsanar su deuda. Lo más relevante en este caso es la consecuencia de la regularización, que no es otra que el impedimento de que "se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instru-

¹⁹⁶ Por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, cuya entrada en vigor se produjo el 17 de enero de 2013 a estos efectos.

¹⁹⁷ En este sentido cabe señalar que con la modificación de este precepto y la previsión de esta vía de regularización en el propio tipo penal, se entiende que no opera como excusa absoluta de modo que no es necesario que sea declarada por el Juez. (Lozano Ortiz, J. C. Aspectos penales de la lucha contra el fraude a la Seguridad Social. /En/ *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 104, 2013, p. 90).

mentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”. El efecto es diferente en el caso de que este pago sea en un momento posterior, pero si se produce antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, se le podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados (art. 307.5 CP, aplicable también a los supuestos del art. 307 ter CP). Por tanto, en estos casos, a pesar de la regularización, el delito de defraudación a la Seguridad Social queda vigente y, con ello, la posible concurrencia con las sanciones administrativas pertinentes. Un problema actual que, con la redacción anterior del precepto, que conllevaba la total exoneración penal, era, aunque no unánimemente, considerado resuelto¹⁹⁸.

La segunda de las especialidades se recoge en el art. 307.4 CP. Como se sabe, uno de los mecanismos procesales del non bis in ídem consiste en la paralización del procedimiento administrativo cuando existe un proceso penal que concurre con el primero. No obstante, el art. 307.4 CP establece un supuesto de excepción a dicha regla al recoger que: “La existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, salvo que el Juez lo acuerde previa prestación de garantía”. Por tanto, un supuesto en que, sin existir condena penal ni declaración de hechos probados, el procedimiento administrativo puede determinar la existencia y cobro de dicha deuda. Esto plantea problemas de indudable importancia que se han venido señalando anteriormente, esencialmente referidos a las situaciones en que posteriormente los hechos probados por parte del orden penal sean diferentes a los establecidos por el administrativo, a pesar de que dicho precepto establezca que la liquidación administrativa se ajustará finalmente a lo que se decida en el proceso penal. Por otra parte, el art. 307 CP añade como pena por este delito “la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años”, siguiendo lo que ya se establecía para los delitos de fraude contra la Hacienda Pública.

Por último, hay que señalar como novedad, la aprobación de los arts. 307 bis y ter CP. El primero de ellos estableciendo tipos agravados del art. 307 y el segundo referido a los delitos de fraude de prestaciones. Este último

¹⁹⁸ Dicha exoneración penal hacía que se considerase posible la responsabilidad de tipo administrativo en el caso de regularización de la deuda pues, aunque penalmente se haya declarado que los hechos son constitutivos de delito, lo cierto es que esto operaba como una resolución absolutoria a efectos administrativos. Y es que el objetivo del non bis in ídem es evitar la efectiva imposición de la pena, no la mera declaración del delito o la existencia de una sentencia firme. (Brandariz García, J. A. *La exención de responsabilidad penal por regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*. Granada: Comares, 2005, p. 170 y ss). En contra, Paramo Montero, P. (*Responsabilidad empresarial*. Valencia, 1995, p. 33).

reviste especial importancia pues anteriormente se intentaba llevar por la vía del delito de estafa o el de falsedad documental considerándose, de hecho, una variante especial del primero, algo a tener en cuenta para evitar situaciones de vulneración del non bis in ídem. Un delito, que al margen de lo criticable que pueda considerarse su configuración, tiene prevista también una posible vía de regularización y permite que la Administración pueda continuar en vía administrativa con la exigencia del reintegro de las prestaciones¹⁹⁹. De igual modo, podrán encontrarse en situación de conflicto con las infracciones previstas en la LISOS al efecto²⁰⁰.

7.4. La doble sanción en el marco de las relaciones de sujeción especial: conflictos en el ámbito mixto penal-administrativo disciplinario

Es necesario comenzar afirmando que los principios y reglas de la potestad sancionadora son aplicables a la potestad disciplinaria de la Administración, a pesar de que se considere mayoritariamente que tienen naturalezas distintas pues la segunda nace de la relación de servicios del sujeto con la Administración. Por ello, en el caso del non bis in ídem, las pautas a seguir para examinar el respeto al mismo, serán las mismas que en el caso del régimen sancionador en general²⁰¹.

Las relaciones sujeción especial se han calificado como una excepción al principio non bis in ídem y se han definido, entre otras formas, como “aquéllas en que el sujeto en cuestión se encuentra en una situación mas vinculada a la Administración que la que tienen el resto de los ciudadanos y; en consecuencia, sometidos a un régimen disciplinario distinto al del resto de los ciudadanos”²⁰². La jurisprudencia, en este sentido, aporta distintas justificaciones a esta diferencia de tratamiento, hablando del “deber de respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos” (STC 81/1983 de 10 de octubre), o del “descrédito publico que constituye la razón última de la sanción que se impone en vía administrativa” (STS de 14 de marzo de 2000), o la “salvación del prestigio y dignidad corporativos” (STS de 3 de junio de 1987). A este respecto, el TC ha afirmado²⁰³ que esta excepción solo podrá aplicarse en los supuestos en que haya diversidad de fundamento (y siempre que la sanción sea proporcionada a esa protección²⁰⁴) ya que la existencia de una relación de especial sujeción no despoja a los sujetos de sus derechos fundamentales. Esto

¹⁹⁹ Lozano Ortiz, J. C. Aspectos penales..., 2013, p. 85, 92 y 93.

²⁰⁰ Como es el caso del art. 26 LISOS.

²⁰¹ Boto Alvarez, A. Sobre el principio *non bis in idem*... op. cit., p. 282.

²⁰² Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración*... op. cit., p. 37, nota 79. También definidas por la STC 2/1987, de 21 de enero (RTC 1987/2).

²⁰³ STC 234/1991, de 10 de diciembre (RTC 1991/234).

²⁰⁴ Fierro Rodriguez, D. Los caracteres generales del principio..., op. cit. 2013.

es, en definitiva, exactamente igual que sucede con el resto de situaciones de conflicto de doble sanción. Si falta la identidad de fundamento no ha lugar al *non bis in ídem*, lo que convierte a las relaciones de sujeción especial en un dato irrelevante a la hora de aplicarlo, aunque hay que decir que, siempre que se esté ante una relación de especial sujeción, latirá una duda y será más fácil intentar probar esa diversidad de fundamento que ante un supuesto en que no existe esa especial vinculación²⁰⁵.

Se pueden identificar, a este respecto, varias situaciones. La primera, cuando se comete un delito común por un funcionario pero sin tener relación alguna con el servicio. Es el ejemplo del homicidio cometido por un Guardia Civil fuera de servicio pero con su arma reglamentaria, cuya “irreprochabilidad penal sí es, en todo caso, un “interés legítimo de la Administración”; y lo mismo sucede en el supuesto de los abogados colegiados que cometen un delito que conlleva antecedentes penales que impiden la permanencia en el Colegio. En todo caso, se discute si en estas situaciones se produce una desigualdad puesto que a estos sujetos se les aplican normas disciplinarias por conductas que, de no estar inmersos en una relación de sujeción especial, un empresario no podría sancionar disciplinariamente al no existir relación entre el delito y su actividad laboral. La segunda situación es aquella en la que el delito es de tipo común pero se comete en relación con el servicio o existe una afectación del mismo. Casos en los que se considera que lo correcto es aplicar analógicamente las reglas del concurso ideal de delitos ya que se entiende que esta figura no es directamente aplicable sin más al ámbito administrativo. En este sentido, la jurisprudencia únicamente ha hecho alusión a la imposibilidad de sancionar administrativamente cuando la norma penal ya integre una sanción específica al sujeto por su calidad de sometido a la relación de sujeción especial. Es el caso de las normas penales que llevan aparejadas como sanción penas de inhabilitación para el ejercicio de la profesión o aquellos supuestos en que el juez decreta tales medidas como penas accesorias²⁰⁶. Por tanto, el problema fundamental se plantea cuando, en el ámbito administrativo-disciplinario, se establecen medidas derivadas de la inhabilitación penal tales como la suspensión o la separación del servicio, muy habituales en este tipo de ocasiones. Algo que

²⁰⁵ Boto Alvarez, A. Sobre el principio *non bis in ídem*... op. cit., p. 274. En este sentido puede señalarse la STC 180/2004, de 2 de noviembre (RTC 2004\180), donde se considera acorde al principio *non bis in ídem* la doble sanción administrativa (además de otra penal) a un Guardia Civil por conducir en estado de embriaguez debido a la diferencia de fundamento: de la primera sanción, la protección de la dignidad de la institución y de la segunda, la separación del servicio por ser, por ser el bien jurídico protegido el interés legítimo de la Administración de servir con objetividad los intereses generales.

²⁰⁶ Como así establece el art. 55 CP.

puede suponer una desproporción en el castigo penal y el administrativo²⁰⁷. Por último, se puede dar la situación en que la infracción cometida por el funcionario se corresponda, no con un delito común sino con un delito específico para este tipo de colectivos. A modo de ejemplo, se puede mencionar el de malversación de fondos públicos. En dichos casos, a diferencia de los de delitos comunes, la existencia de una identidad de fundamento es más probable pues en el reproche penal puede verse incluido el mismo bien jurídico protegido en sede administrativa²⁰⁸.

En todos estos supuestos comentados, sea por esta identidad de fundamento, sea por la regla de la vinculación de los hechos probados, la regla general es la suspensión del procedimiento disciplinario, aunque, como se ha señalado anteriormente en este trabajo, en función del colectivo específico, dicha suspensión puede revestir especialidades²⁰⁹.

7.5. Infracciones por vulneración de derechos de los trabajadores: condiciones de trabajo, libertad sindical y movimientos migratorios. Conflictos en el ámbito mixto penal y administrativo-laboral

Para finalizar con el análisis de la aplicación del non bis in ídem al ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, hay un último grupo de supuestos que se enmarcan en el terreno del contrato de trabajo. Se trata de las infracciones por vulneración de derechos, no todos ellos pero sí principalmente, fundamentales; comportamientos que están tipificados tanto en el marco penal como en el administrativo.

Partiendo de la tipificación en el orden penal para continuar con su proyección en el administrativo, uno de estos supuestos de infracción son los que se recogen en los arts. 311 y ss CP, si bien algunos de ellos se enmarcan en el ámbito estrictamente laboral mientras que otros inciden en temas de extranjería o de Seguridad Social. En este sentido, el art. 311 CP tipifica, en primer lugar, un delito consistente en la “imposición” a los trabajadores, mediante “engaño o abuso de situación de necesidad”, de condiciones laborales o de Seguridad Social que “perjudiquen, supriman o restrinjan” los derechos que tienen reco-

²⁰⁷ Un estudio de supuestos y afirmaciones doctrinales, en Benlloch Petit, G. El principio... op. cit. p. 355 y ss.

²⁰⁸ Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica...* op. cit., 2012, p. 138 y ss.

²⁰⁹ De esta forma, el art. 94.3 del EBEP establece la suspensión del procedimiento disciplinario cuando de la instrucción del mismo resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad. En cambio, la LO 12/2007 del régimen disciplinario de la Guardia Civil, establece en su art. 4 que la suspensión se produce en cuanto a la resolución definitiva, no en cuanto a la tramitación del expediente. En un sentido similar, la LO 4/2010 del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.

nocido por la normativa²¹⁰. En definitiva, imposiciones por el empresario de condiciones laborales que lesionen los derechos del trabajador utilizando técnicas que vicien el proceso de libre formación de la voluntad de este último. Se trata, como sucedía en relación con los arts. 316 y ss CP, de una norma penal en blanco que hace referencia a las disposiciones legales, convenios colectivos o contratos individuales como base de los derechos de los trabajadores; una descripción que coincide con la contenida en los arts. 7.5 LISOS, 7.10, entre otros. Y es un delito que no exige el perjuicio efectivo del trabajador, sino sólo el que se dificulte el reconocimiento del derecho²¹¹. Es evidente que en estos casos existirá identidad de hecho y de sujeto, e incluso la identidad de fundamento con las infracciones establecidas en la LISOS; sin embargo, la concurrencia de las dos posibles sanciones sólo se producirá siempre que exista ese engaño o abuso de la situación de necesidad del trabajador, algo que el TS entiende mayoritariamente que no tiene que ser necesariamente equiparable al dolo²¹².

Un segundo grupo de infracciones son aquéllas que constituyen delitos en materia sindical, recogidos fundamentalmente por el art. 315 CP, que pena estas actuaciones de impedimento o limitación del ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga cuando medie engaño o abuso de situación de necesidad o, en su tipo agravado, cuando se lleven a cabo con violencia, fuerza o intimidación. Unas conductas que no tienen por qué ser desarrolladas por el empresario sino también por su personal directivo y que encuentran referentes en el art. 8 LISOS. Algo semejante sucede con el art. 314 CP, referido a la discriminación en el empleo, también sancionada en el art. 8.12 LISOS, si bien lo cierto es que este delito se impone cuando, produciéndose la situación de grave discriminación, “no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa”. En cambio, el art. 8.12 LISOS, si bien establece prácticamente la misma conducta, en lugar de esa precisión de la existencia de un previo requerimiento o sanción administrativa, señala que también son constitutivas de esta infracción “las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

Las descripciones anteriores exigen algunas aclaraciones. La primera de ellas es que, para que el precepto penal sea aplicable, es necesario que la discriminación sea grave. Nada dice de ello el art. 8.12 de la LISOS, y si bien lo cierto es que se encuentra recogida entre las faltas calificadas como muy

²¹⁰ Una tipificación más clara que la de su antecedente, el art. 499 bis CP, que no hacía referencia expresa a ese engaño o abuso de la situación de necesidad.

²¹¹ Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora...* op. cit., p. 274.

²¹² Op. cit., p. 271 y ss.

graves, parece que el CP quiere aportar un añadido en la conducta. Por tanto, la aplicación del precepto penal sólo entraría en cuestión desde el punto de vista del non bis in ídem, ante una situación de gravedad. La segunda es que, cuando ambas discriminaciones son graves y no existen medidas administrativas al respecto, la sanción de la mera conducta empresarial no incurriría en un supuesto de non bis in ídem al faltar la identidad de hecho puesto que el art. 314 CP exige un plus a esta conducta que es no restablecer la situación de igualdad mediando un requerimiento o sanción administrativa previa. Por tanto, el 314 CP no pretende únicamente erradicar y castigar la discriminación, sino también castigar la desobediencia a la medida administrativa así como la persistencia de la conducta. Se trata, pues, de una infracción que se mantiene y que, aunque ya se haya sancionado, se considera independiente. Muy diferente es el caso en el que la infracción no es en concreto la discriminación sino un trato desfavorable del empresario al trabajador como consecuencia del ejercicio de una acción administrativa o judicial destinada a exigir la igualdad de trato. Un hecho completamente distinto del anterior pues la conducta del empresario sería diferente a la de la discriminación en sí y que hace que en este caso no sea aplicable el non bis in ídem.

Finalmente, queda hacer una breve referencia a los delitos en materia de extranjería, recogidos en los arts. 312 y 313 CP. En el caso del art. 312 CP se describe un delito de tráfico ilegal de mano de obra, reclutamiento de personas o incitación a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas y el empleo de extranjeros sin permiso de trabajo "en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual". La concurrencia con una norma administrativa parece que podría producirse con el art. 37.1 LISOS, que establece como infracción muy grave el dar ocupación a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, por cada uno de los cuales se considerará que se ha cometido una infracción distinta. No obstante, los supuestos no son plenamente coincidentes, de modo que, si únicamente se da la ocupación al trabajador sin perjuicio, supresión o restricción de sus derechos, se aplicará la sanción administrativa; mientras que en el caso de que sí se establezcan esas condiciones perjudiciales para el trabajador a que alude el art. 312 CP, se aplicará la norma penal dado que el tipo incluye las conductas sancionables administrativamente. Como último ejemplo de conflicto puede citarse el art. 313 CP que hace referencia a los movimientos migratorios de trabajadores desplazados al extranjero, en relación con los cuales sanciona los supuestos de simulación de contrato, colocación o engaño semejante; lo que se corresponde con la infracción establecida en el art. 36.2 LISOS, que sanciona la "simulación o engaño en la contratación de los trabajadores que se desplazan al exterior". En estos casos de plena coincidencia, deberán activarse

las garantías procesales que se vienen comentando y que son propias del non bis in ídem, comenzando por la paralización del procedimiento administrativa y continuando con la vinculación de hechos probados.

8. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha pretendido realizar un acercamiento a la figura del non bis in ídem mediante un enfoque centrado en el ámbito laboral y de la Seguridad Social, llegándose a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el principio non bis in ídem, si bien no tiene expresa acogida en la CE, es considerado un derecho fundamental por el TC, situándose su fundamento en el principio de proporcionalidad y de seguridad jurídica.

En segundo lugar, su aplicación requiere del cumplimiento de una serie de requisitos, el primero de los cuales es la exigencia de la triple identidad, de sujeto, hechos y fundamento. Por lo que hace a la identidad de sujeto, en el marco laboral y en situaciones de conflicto en ámbitos mixtos, se entiende que esta identidad debe serlo tanto del sujeto activo, principalmente el empresario, como del pasivo, el trabajador afectado. Los mayores problemas que plantea la exigencia de la identidad del sujeto se conectan con la negación de su existencia entre las personas jurídicas y las personas físicas que llevan a cabo su administración y control y que han sido parcialmente resueltos con la reforma del CP del año 2010 al admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero que traslada el problema de una doble sanción penal y administrativa a una doble sanción penal, permaneciendo los problemas de diferencia de régimen aplicable para los empresarios personas físicas frente a las personas jurídicas. En cuanto a la identidad del hecho, debe ser de los hechos considerados jurídicamente, teniendo especial relevancia en este sentido la vinculación de los hechos declarados probados en sede penal. Por lo que hace a la identidad de fundamento, interpretado como bien jurídico protegido, es el eje principal de estos condicionantes y gracias al cual se justifica la mayoría de las trasgresiones al principio, ya sea en el caso de las relaciones de especial sujeción como en figuras altamente polémicas como es el recargo de prestaciones o la responsabilidad en materia de prestaciones en Seguridad Social. No obstante y a este efecto, no puede afirmarse de forma general la diferencia de fundamento entre la actuación sancionadora penal y administrativa o la de éstas y las impuestas en el orden social. Es necesario, pues, analizar el supuesto concreto y las normas específicas en juego. Finalmente, a la triple identidad, se le añaden otra serie de requisitos para la activación del principio non bis in ídem consistentes en la exigencia de que las normas en conflicto tengan la naturaleza de sanciones y la inexistencia de las relaciones de sujeción especial con la Administración; si bien, en este sentido, se ha llegado a la conclusión de

la desaparición de este criterio tras la STC que afirma que lo relevante en este caso es la falta de identidad del fundamento jurídico.

En tercer lugar y en relación con el contenido del principio, es preciso tener en cuenta sus dos vertientes: material, o prohibición de doble sanción, y procesal o instrumental que determina, en aplicación de una serie de reglas procedimentales, cuál de las sanciones en juego debe aplicarse. Esto se traduce en la existencia de las reglas de la prejudicialidad penal (si bien con excepciones), la vinculación de los hechos declarados probados, y la prohibición del doble enjuiciamiento sucesivo o simultáneo.

Respecto de en qué supuestos puede producirse la concurrencia conflictiva de dos o más sanciones, dándose la triple identidad, hay que diferenciar en función del ámbito de concurrencia, distinguiendo así los que se han denominado puros (penal, administrativo, laboral), de los mixtos (penal-administrativo), y los distintos tipos posibles de conflicto. En el campo laboral esto ha llevado a detectar diversos supuestos problemáticos desde la perspectiva de este principio. Así, en el ámbito puro, destacan las situaciones, en materia preventiva, de concurrencia de los arts. 316 y ss CP con los delitos de homicidio y lesiones así como con los de acoso, cuestión resuelta fundamentalmente por la vía de los concursos; o los supuestos de Seguridad Social, destacando lo referido al recargo de prestaciones y la responsabilidad en materia de prestaciones, casos ambos resueltos por la jurisprudencia aludiendo a la diversidad de bienes jurídicos protegidos; o también, en el marco laboral, lo referido en esencia al ejercicio del poder disciplinario del empresario, donde la aplicación del principio non bis in idem es admitida de forma generalizada por la jurisprudencia y que se resumen en problemas de configuración de las cláusulas de reincidencia, en los despidos repetidos y en la imposición de medidas cautelares.

En el ámbito mixto, destaca lo referido a la prevención de riesgos laborales, en concurrencia con las diversas infracciones de la LISOS, como es el caso de los delitos de defraudación a la Seguridad Social por falta de ingreso de cuotas, el tratamiento especial que suponen las relaciones de sujeción especial, o, por último, la existencia de una diversidad de delitos con consecuencias de perjuicio para los derechos de los trabajadores, extranjería y libertad sindical. Todas estas infracciones presentan indudables coincidencias con las infracciones administrativas correspondientes y ante las que es necesario atender a las específicas circunstancias del caso para afirmar la aplicación de una norma u otra. Un entorno de conflicto mixto que, en general, debe seguir una serie de pautas en su funcionamiento consistentes en la paralización del procedimiento administrativo hasta que recaiga resolución penal firme, y, en función del sentido de la misma, la reanudación del proceso administrativo (sentencia absolutoria) o su finalización (sentencia condenatoria), pero siempre, y en ambos casos, con la matización que supone la vinculación de los hechos declarados probados.

LAS COMISIONES *AD HOC* EN LOS PERÍODOS DE CONSULTA/ NEGOCIACIÓN

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES

Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: periodos de negociación y consulta, comisiones ad hoc

Las comisiones *ad hoc* de los periodos de consulta/negociación de los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET se introducen en nuestro Ordenamiento Jurídico a partir de la reforma de 2010, iniciada por el RDL 10/2010, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo. Con posterioridad, en los desarrollos reglamentarios que regulan los ERES y las reformas sucesivas de 2011 y 2012, el régimen jurídico de esta novedosa figura se va perfilando hasta alcanzar su expresión más madura y meditada con el RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. En este artículo se aborda el régimen jurídico de tales comisiones, tratando de darles una lectura integrada y coherente a la luz de nuestro sistema de representación. Un figura nueva, indudablemente distinta, que sin embargo no nace en la nada, y cuya transcendencia económica, sindical y social es, sencillamente, impresionante.

ABSTRACT

Keywords: periods of negotiation and consultation, ad hoc commissions

The ad hoc commissions for periods of consultation/negotiation include in the arts. 40, 41, 47, 51 and 82.3 ET (Workers Statute/Act) are introduced into our legal system from the 2010 reform, initiated by the RDL 10/2010, on 10 February, on urgent measures for the reform of the labour market. Later, in the regulatory developments that regulate the ERES (redundancy) and successive reforms in 2011 and 2012, the legal regime of this new figure will profiling until reaching its expression more mature and thoughtful with RDL 11/2013, of August 2nd, for the protection of workers, part-time and other urgent measures in the economic and social order. This article deals with the legal regime of such commissions, trying to give a coherent and integrated reading in the light of our system of representation. A new, undoubtedly different figure not yet born into nothingness, and whose economic, Trade Union and social significance is simply impressive.

ÍNDICE

1. UN PROBLEMA POR RESOLVER: LA FALTA DE CAPACIDAD PARA NEGOCIAR COLECTIVAMENTE
2. UN REQUISITO DE PARTIDA: LA AUSENCIA DE REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES
 - 2.1. Cuestiones previas: representación hábil y ámbito de las consultas
 - 2.2. El escaso espacio de las comisiones *ad hoc* frente a las secciones sindicales
 - 2.3. El mayor espacio de las comisiones *ad hoc* frente a la representación unitaria
3. NATURALEZA, COMPOSICIÓN, IMPLICACIONES CON LA LIBERTAD SINDICAL Y MANDATO DE LA COMISIÓN *AD HOC*
 - 3.1. La comisión *ad hoc* externa
 - 3.2. La comisión *ad hoc* interna
 - 3.3. Número de miembros, forma de actuación y mandato
4. ATRIBUCIÓN DE REPRESENTACIÓN: ÁMBITO Y PROCEDIMIENTO
 - 4.1. Ámbito
 - 4.2. Los plazos y demás cuestiones relativas al preaviso
 - 4.3. La decisión y posibles efectos sobre el funcionamiento interno de la comisión
5. LA FALTA DE DESIGNACIÓN, CONEXIONES CON LA COMISIÓN REPRESENTATIVA Y EL PESO EN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS
6. LAS GARANTÍAS Y FACILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS COMISIONES *AD HOC*

1. UN PROBLEMA POR RESOLVER: LA FALTA DE CAPACIDAD PARA NEGOCIAR COLECTIVAMENTE

Entre los posibles antecedentes de las comisiones *ad hoc*, la doctrina ha reconocido como el más cercano y directo el art. 4 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos. Sin embargo, dicho precepto no vino a identificar a los interlocutores en los períodos de consultas sino, de acuerdo con las previsiones comunes de la LRJAP-PAC (vid. arts. 30 y ss), a los legitimados para intervenir en el correspondiente procedimiento administrativo¹. Ni tan siquiera alcanzaba expresamente a clarificar si era o no obligada su apertura². No en vano, sectores doctrinales descartaron que en estos casos se pudiese hablar “técnicamente” de período de consultas por carecer de sujeto e interés de carácter colectivo, siendo el acuerdo con los trabajadores un mero elemento de convicción de la Administración, nunca equiparable al acuerdo colectivo y por consiguiente, no susceptible de mera homologación³.

¹ Véase: F. Navarro Nieto, “Los despidos colectivos”, Civitas, Madrid, 1996, págs. 150 y 151.

² Por ejemplo, niega la obligatoriedad de las consultas caso de inexistencia de representación legal de los trabajadores: L.E. Nores Torres, “El período de consultas en la reorganización productiva empresarial”, CES, Madrid, 2000, págs. 200, 201 y 244.

³ Por todos: F. Durán López, “Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España”, Documentación Laboral, nº 22, pág. 81; F. Navarro Nieto, “Los despidos...”, cit., págs. 150, 152 y 153. Véase, un supuesto en: STSJ Cataluña 8-6-2005, JUR 2006/40522.

En cualquier caso, tanto la doctrina judicial previa a la reforma de 2010 como el sector mayoritario de la doctrina científica, sostuvo la obligatoriedad de la apertura de los períodos de consulta previstos en los arts. 40, 41, 47 y 51 ET también en los casos de inexistencia de representación unitaria. En tal caso debía darse participación a todos y cada uno de los trabajadores en unidad de procedimiento para la totalidad de la plantilla y no sólo de los disidentes o afectados. Además, no había posibilidad de aprobación por mayoría dado el déficit de representación colectiva impositivo de afección de intereses individuales⁴.

No sin vacilaciones iniciales, dicho déficit igualmente concurriría en caso de intervención de comisión o representante extraestatutario designados *ad hoc* mediante asamblea, pues siempre toparía con la inexistencia de capacidad de obrar y legitimación negocial de carácter colectivo⁵, sólo atribuible mediante Ley (arts. 37.1 y 53.1 CE)⁶ o derivada del derecho fundamental de libertad sindical o de huelga (arts. 7 y 28 CE). Desde luego, la doctrina barajó esta posibilidad y fue aceptada por un amplio sector. Al ser el acuerdo producto de la negociación colectiva e incardinado en el art. 37.1 CE⁷, los paralelismos con la legitimación para negociar convenios colectivos nutrieron en parte dicha solución, así como la amplia admisión del convenio extraestatutario y del

⁴ SSTs (c-a) 24-9-1986, RJ. 4646 y 21-9-1995, RJ. 6616. En esta línea: STSJ Cataluña 21-11-1985, AS. 4476. Recopilando las Resoluciones de la DGE respecto de la etapa del RD. 696/80, de 14-4: F. Durán López, “Análisis...”, cit., págs. 78, 79 y 82. En contra: STSJ (soc) 22-1-2010, JUR 113846.

⁵ STS (c-a) de 22-4-1989, RJ 2878.

⁶ Vid., por ejemplo: STC 118/1983, 3-12. Ni tan siquiera la representación unitaria tiene garantía constitucional a la negociación colectiva (N. Tomás Jiménez, “Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras”, Comares, Granada, 2013, págs. 53 y 54). Y de hecho, a diferencia del sindicato, la representación unitaria no tiene otras competencias que las atribuidas por Ley [ej.: adopción de medidas de conflicto colectivo (SSTC 70/1982, 29-11 y 37/1983, 11-5)]. En este sentido: F. Durán López, “Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo”, MTSS, Madrid, 1992, págs. 141 y 142]. Así, se ha justificado la restricción de la legitimación para negociar convenios supraempresariales estatutarios y la exclusión de las representaciones unitarias, de los independientes y, en definitiva, de otras formas de designación y representación, pues ni directa ni indirectamente viola el artículo 28 CE, es coherente con la potenciación de la negociación colectiva y con el papel institucional del sindicato, y dado el carácter normativo del convenio, «legitimación» significa más que representación en sentido propio un poder «ex lege» de actuar y de afectar a las esferas jurídicas de otros, con suficiente fundamento en los arts. 7 y 37.1 CE: SSTC 4/1983, de 28-1 y 12/1983, 22-2.

⁷ M. Correa Carrasco, “Acuerdos de empresa (Instrumentos de regulación flexible de las relaciones laborales: RDL 7/2011; RDL 3/2012), Francis Lefebvre, Madrid, 2012, págs. 38. Por todas: STS 16-11-2012.

concepto de “*representantes de los trabajadores*” del art. 37.1 CE⁸. Sin embargo esta opción interpretativa, aparte de suponer la extensión de una doctrina limitada por definición al sindicato⁹, debía ser descartada como poco a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 20-2-2008 (RJ. 1634), que vino a negar el carácter de pacto colectivo, ni aún extraestatutario, al celebrado entre los trabajadores directamente y la empresa, para referir tal facultad de negociación colectiva exclusivamente a la representación unitaria o sindical. Y, a mayor abundamiento, también de la sentencia de dicho Tribunal de 30-10-2007, en la que se negó a la asamblea de trabajadores el carácter de canal de representación¹⁰, aun cuando aún sostuviese la duda de si la asamblea puede o no adoptar con carácter vinculante acuerdos de conclusión de convenios extraestatutarios.

En cualquier caso, el período de consultas y la intervención de los representantes está y siempre ha estado encaminado a la conclusión de un acuerdo

⁸ En este sentido: T. Sala Franco, “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, en AAVV –coords. M^ªE. Casas, F. Durán, J. Cruz-, “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española”, La Ley, Madrid, 2006, pág. 325; R. Roqueta Buj, “La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 61 y 62. Extensamente una exposición completa de la cuestión en: N. Tomás Jiménez, “Los sujetos...”, cit, págs. 42 y ss. En cuanto a nuestros Tribunales, mantuvieron el carácter extraestatutario del acuerdo llevado a cabo por representantes extraestatutarios o mediante participación directa de los trabajadores: SSTCT 19-6-1987, RTCT 14715; 9-5-1989, RTCT 209; SS TSJ Andalucía/Sevilla 7-12-1999, AS 2000/539 y de 23-5-2000, AS 4643. Incluso en alguna ocasión, se ha atribuido naturaleza de convenios estatutarios a los negociados directamente por la mayoría de los trabajadores [STSJ Aragón 26-1-1994, AS 34, -pacto suscrito por seis trabajadores de los ocho que tiene la empresa-]. En contra, negaban el carácter de pacto colectivo para identificarlo como negociación plúrima a aquél negociado por los trabajadores directamente, carente del amparo del art. 37.1 CE por exigirse que esté negociado por los “representantes de los trabajadores”, aun en sentido amplio y no limitado al sindicato y a la representación unitaria o sindical en la empresa (STSJ Murcia 3-6-1992, AS 3275) o, aún más restrictivamente, por la representación legalmente establecida (STSJ Andalucía/Granada 22-9-1992, AS. 4667).

⁹ La doctrina del TC relativa al convenio extraestatutario necesariamente vino limitada al conocimiento de la vulneración del derecho de libertad sindical (arts. 53.2, 161.1.b) CE y 41 LOTC), referida por consiguiente en exclusividad al sindicato y fundada sobre el contenido esencial de dicho derecho y la capacidad genérica de representación de aquél (arts. 7 y 28.1 CE) [Por todas: SSTC STC 70/1982, 29-11; 118/1983; 51/1984, 25-4; 3-12; 57/89,16-3; 73/1984, 27-6; 98/1985, 29-7; 108/1989, 8-6; 134/1994, 9-5; 224/2000, 2-10]. Véase: J. Cruz Villalón, “La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español”, AFDUAM 8, 2004, pág. 160; J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, “La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional”, RMTAS, n^o 73, págs. 274 a 281; N. Tomás Jiménez, “Los sujetos...”, cit, págs. 51 a 59, 169, 343 y 344.

¹⁰ RJ. 2008/797 y STS. 21-2-2012, RJ. 3900. M.A. Limón Luque, “Derecho de reunión y relaciones laborales. El derecho de asamblea en la empresa”, CES, Madrid, 1996, págs.364 y ss.

de eficacia general¹¹, lo que ya de por sí descarta tal opción¹². Acuerdo obviamente de carácter estatutario, regulado conforme a dicho cuerpo legal y por los representantes por él establecidos y en cuya virtud gozan de dicha capacidad de representación y afectación general¹³.

Las dificultades de gestión se incrementaban en caso de descuelgue salarial extraconvencional o cuando de alguna forma el convenio primase su bilateralidad; la ausencia de una representación colectiva hacía en puridad imposible el acuerdo de empresa tanto de descuelgue como la determinación las nuevas condiciones (art. 82.3 ET)¹⁴, dejándose a lo sumo y como única salida en manos de la Comisión Paritaria y subsiguientes medios de solución extrajudicial de conflictos¹⁵. La aceptación de los trabajadores, aún mediando designación de representación *ad hoc*, devenía imposible a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre vulneración de libertad sindical y pactos en masa y por supuesto, del necesario respeto a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios¹⁶. Finalmente y por descontado, estaba descartada la posibilidad de modificación de condiciones pactadas en convenio estatutario.

A la vista de lo expuesto y de manera cada vez más evidente, era necesario articular un sistema de representación colectiva de los trabajadores para el caso en que no existiese representación legal de aquéllos. En este caso la adaptación

¹¹ M. Correa Carrasco, “Acuerdos de empresa...”, cit., págs. 40, 41, 46 y 47.

¹² Los convenios extraestatutarios tienen eficacia limitada y que ni tan siquiera pueden pretender fijar condiciones de trabajo con proyección de generalidad (M^{ra} M. Ruiz Castillo, “Los límites de los llamados convenios colectivos extraestatutarios”, *Temas Laborales*, n^o 98, 2009, págs. 190 a 197. Por todas: STS. 9-3-2011, rec. 118/2010. Sobre la diferencia entre acuerdo y convenio extraestatutario y su mayor similitud al estatutario: M. Correa Carrasco, “Acuerdos de empresa...”, cit., págs. 53, 54, y nota anterior.

¹³ A. Álvarez del Cuvillo, “Los acuerdos de reestructuración empresas sin representantes unitarios de los trabajadores”, *Temas Laborales*, n^o 67, 2002, pág. 122. En contra, la eficacia *erga omnes* deriva de la elección democrática y del art. 37.1 CE: R. Roqueta Buj, “La flexibilidad...”, cit., págs. 61 y 62.

¹⁴ J. Molins García-Atance, “El descuelgue salarial y la reducción temporal de jornada”, *Aranzadi Social*, n^o 2/2010; D. Toscani Giménez, “El descuelgue salarial”, comunicación a las XXII JCDS, 2011.

¹⁵ SSTSJ Galicia 26-2-2004, JUR 118544; Canarias/Las Palmas 29-5-2008, AS. 1600. En contra: SSTSJ País Vasco 12-5-2009, JUR 371937 y 9-6-2009, JUR 370672. No obstante, el propio convenio puede prever el descuelgue mediando información y acuerdo con los trabajadores en defecto de tal representación (STSJ Galicia 9-7-1998, AS 1928); ahora bien, constituye un atentado contra la libertad sindical orillar la exclusiva intervención de los representantes de los trabajadores en aquellos centros en los que efectivamente exista representación (STSJ Cataluña 17-9-2008, JUR/2009/28825). No hay modificación convencional en la modificación horaria de los turnos, admitida en el mismo convenio mediando información y consulta con los representantes de los trabajadores, y sin exigir negociación (STS. 16-11-2012).

¹⁶ M^{ra} E. Casas Baamonde, “Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses (y II)”, *Relaciones Laborales*, T. I, 1995, págs. 37 y 38.

al derecho comunitario no ha sido una razón¹⁷. Era necesario facilitar o hacer posibles para el importantísimo sector económico de la pequeña y mediana empresa, los instrumentos de gestión flexible interna y externa de los referidos preceptos¹⁸, simplificando, introduciendo la regla de las mayorías, y dotando de eficacia general y directa a un novísimo acuerdo colectivo. Un acuerdo hábil por fin a efectos de autorización/homologación por la autoridad laboral, que permitiese el descuelgue del convenio, y que sirviese igualmente a efectos de la presunción de concurrencia de causa justificativa de la medida y restricción de la causa de impugnación. Finalmente, era más que evidente la necesidad de dotar de seguridad jurídica a tales instrumentos de gestión en esa franja tan importante como es la pequeña y mediana empresa.

Los objetivos comienzan a cumplirse con el RDL 10/2010, de 10-2, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, si bien su configuración y régimen jurídico se irá perfilando a lo largo de las sucesivas reformas de 2010 a 2012. Ya de partida, las comisiones *ad hoc* se introducen a través del referido RDL como medida facilitadora de la flexibilidad interna en los arts. 40, 41 y 82.3 ET. Con la L. 35/2010 se extienden las consultas con las comisiones *ad hoc* al despido colectivo, y a su través a la suspensión y reducción de

¹⁷ Sectores doctrinales apuntaron un posible incumplimiento del efecto útil de la Directiva comunitaria 75/129/CEE a la luz de la STJCE de 8-6-1994 [B. Fernández Docampo, “La información y la consulta en los despidos colectivos: la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico interno al comunitario en materia de representación”, en AAVV, “Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de las empresas”, MTAS, Madrid, 2006, págs. 456 y ss; F. Navarro Nieto, “Los despidos...”, cit., págs. 155 y 156. Véase también sobre transmisión de empresa: STJCE 8-6-1994, TJCE 1994/96]. No obstante, los arts. 62 y ss. ET garantizan la posibilidad de elección de delegado de personal en los centros de trabajo de más de 5 trabajadores, con lo que sólo quedarían excluidos de la representación legal aquéllos que materialmente no podrían cumplir los cánones cuantitativos del despido colectivo de la Directiva, referidos éstos por lo demás al centro de trabajo en tanto nuestro Derecho interno los remite al nivel de empresa [por todos: A. Costa Reyes, “Transmisión de empresa, despidos e insolvencia del empleador”, en AAVV –dir. F. Navarro, M.C. Rodríguez-Piñero y J.M. Gómez-, “Manual de Derecho Social de la Unión Europea”, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 314 a 316]. Y la inexistencia de representación derivaba de la propia voluntad de los trabajadores o a causa a ellos imputable, no sería en absoluto equiparable a su existencia condicionada respecto de la voluntad del empresario [J. Cruz Villalón, “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *Temas Laborales*, nº 44, 1997, págs. 62 y 63]. De hecho, la Directiva 92/56/CEE, de 24-6, por la que se modificaba la Directiva 75/129/CEE, finalmente prescindió de la expresa regulación de los supuestos de ausencia de representación en centros de menos de 50 trabajadores que sí incluía la propuesta de Directiva de la Comisión y que, por lo demás, se reducía a la obligación de información directa a los trabajadores [propuesta de 20-9-1991 (DOCE 30-11-1991, N^oC 310/5) y de 31-3-1992 (DOCE de 8-5-1992, N^o 117/10)]. En la redacción final tan sólo incluyó el art. 5 bis –actual art. 6-, una escueta referencia a la exigencia de garantías de tutela administrativa y/o judicial efectiva respecto de los representantes y/o los trabajadores. Exige que en todo caso se lleven a cabo las consultas con los trabajadores directamente en virtud de dicho art. 5 bis: J.L. Monereo Pérez, “Los despidos colectivos en el Ordenamiento interno y comunitario”, Civitas, Madrid, 1994, pág. 86.

¹⁸ Vid.: C. Sáez Lara, “Medidas de flexibilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, págs. 224 y ss.

jornada del art. 47 ET, por remisión al art. 41.4 ET., técnica que se generaliza en la regulación de las comisiones *ad hoc* de las consultas de los arts. 40, 47 y 82.3 ET. Unificado su régimen jurídico, el grueso de las previsiones que al respecto se integren en la regulación reglamentaria de los despidos colectivos, suspensiones y reducciones de jornada, deben serle en principio igualmente extensibles por analogía o, al menos, servir de pauta para el intérprete, hechas las salvedades derivadas de las especialidades de cada instrumento de gestión.

La última gran etapa, al menos de momento, se lleva a cabo con el RDL 11/2013, de 2 de agosto¹⁹, donde se introducen importantes reformas en la regulación estatutaria de los períodos de consultas/negociación de los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET y en los apartados 2 y 6 del art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. A la par, en adaptación impuesta por las modificaciones legales, se confiere nueva redacción en el mismo cuerpo normativo a diversos preceptos del RD. 1483/2012, 29-10 (Disp. final 4ª). Las razones declaradas para las importantes rectificaciones tanto estatutarias como reglamentarias son las muy urgentes de aportar seguridad jurídica, “*crucial tanto para las empresas como para los trabajadores, como se ha señalado en diversos pronunciamientos judiciales*”, y común a todos los supuestos de intervención de comisiones representativas de trabajadores en procedimientos de consulta. Como veremos, es evidente que dicha necesidad de seguridad jurídica deriva de la doctrina de la Audiencia Nacional. Ahora bien, de la Exposición de Motivos en absoluto se desprende una confesión, pues “*la necesidad de eliminar con carácter inminente las contradicciones derivadas de la existencia de una diferente regulación reglamentaria y legal*”, no se refieren a la regulación precedente, sino a lo que supondría cambiar el régimen legal, y no adaptar a la vez la regulación reglamentaria, con lo que se justifica su modificación simultánea en el RDL, “*permitiendo la aplicación inmediata de los cambios efectuados*”.

Es conveniente tener presente la dimensión social y económica que tienen como trasfondo las comisiones *ad hoc*. Medida en datos es realmente impo-

¹⁹ Para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 3-8). Respecto de la vigencia del nuevo régimen jurídico, tanto legal como reglamentario vid: Disp. Final 10ª y Trans.2ª.

nente²⁰, no ya sólo por la población laboral ocupada en pequeñas empresas, ni por la posibilidad -marginal o no- de que no se hayan celebrado elecciones en el centro de trabajo aún siendo posibles, sino porque también son beneficiarias las medianas y grandes empresas organizadas en una multiplicidad de centros de pequeña dimensión²¹.

2. UN REQUISITO DE PARTIDA: LA AUSENCIA DE REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES

2.1. Cuestiones previas: representación hábil y ámbito de las consultas

La posibilidad de designación de la comisión *ad hoc* como interlocutor válido en los períodos de consultas/negociación parte desde su origen en 2010 de un presupuesto habilitante, pues estaba destinado a “*las empresas en las que no exista representación legal*” de los trabajadores. Este era y sigue siendo un requisito *sine qua non*, como se ocupaba de aclarar ya entonces el primer párrafo art. 41.4 ET, pues “*en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores*” el período de consultas se deberá realizar con los mismos, entendiéndose por tales tanto la representación unitaria como la sin-

²⁰ Para hacernos una idea aproximada, conforme a los datos publicados por el INE (DIRCE), del total de las empresas activas a enero de 2011, aproximadamente el 39,9% de ellas tenían de 1 a 9 trabajadores, y de las empresas que contaban con asalariados el 89,3%, contaba con menos de 10 trabajadores. En la distribución de la ocupación de los asalariados, de un total de 14.596.859, las microempresas de 0 a 9 trabajadores han ocupado en 2010 al 31,6% de los trabajadores, en definitiva, 4.617.159. Las siguientes en dimensión, las pequeñas empresas de entre 10 a 49 trabajadores, han ocupado al 17,4% de los trabajadores, es decir, 2.535.800. En lo que se refiere al año 2011, a 1 de enero de 2012 la distribución en porcentajes se mantiene en términos aproximados. Nuevamente, las microempresas vienen a suponer un 30,2% del empleo (4.076.179), y las pequeñas empresas, de entre 10 a 49 trabajadores, supone un 17,5% (2.360.300), frente a un total de 13.503.479 asalariados [Vid. “Retrato de las PYME 2012”, y “Retrato de las PYME 2013”]. Conforme a los datos del MTSS, en 2011 las empresas afectadas por los expedientes autorizados fueron un total de 16.094, de las que 8.612 eran de entre 1 y 9 trabajadores, 4.222 eran de 10 a 24 trabajadores, y 1.617 de 25 a 49. En cuanto a número de trabajadores afectados, fueron un total de 343.629, de los que 34.306 correspondían a empresas de entre 1 a 9 trabajadores, 52.415 de empresas de entre 10 y 24 trabajadores, y 41.744 en las de 25 a 49 [Anuario de Estadísticas del MESS 2011].

²¹ Una causa, la doctrina sobre Comité de empresa conjunto: SSTS 20-2-2008, RJ 1901; 28-5-2009, RJ 4553; y 7-2-2012, RJ 3752.

dical²².

Ahora bien, la redacción precedente podía, y de hecho así ha sido, inducir a confusión, pues exigía del intérprete un esfuerzo integrador de la regulación de ambas vías de representación que en absoluto innovaba ni podía. Cuando exigía que no hubiese representación legal de los trabajadores, entiendo que asumía que tal representación tenía que ser “hábil” para negociar el acuerdo que se pretendiese con el período de consultas. Caso contrario, de existir “en la empresa” pero no estar legitimada para negociar por los trabajadores afectados, sería un supuesto de ausencia de representación, con lo que estaríamos en un caso abierto a las comisiones *ad hoc*. El RDL 11/2013 viene a poner orden; introduce en la redacción legal no sólo la prelación entre los sujetos negociadores, sino que desciende –diríamos casi didácticamente- a clarificar la capacidad o ámbito de legitimación de aquéllos en aplicación de los principios generales de cada una de las representaciones y, por consiguiente, los supuestos concretos habilitantes de las comisiones *ad hoc*.

Y claro está, la legitimación para negociar depende del ámbito de las consultas. También en ésto y en contraste con la regulación precedente, el RD-L 11/2013 aporta claridad. Por un lado, eleva a rango legal lo que siempre se hizo reglamentariamente, y se generalizó por la doctrina y Tribunales para todos los procedimientos de consultas²³. Me refiero a la circunscripción de aquéllas y

²² En el caso de los períodos de consultas/negociación desde la reforma de 1994 se deducía de la literalidad de los arts. 40, 41, y 51 ET que debía entenderse incluida también la representación sindical [F. Navarro Nieto, “Los despidos...”, cit., págs. 139, 145 a 147; L.E. Nores Torres, “El periodo...”, cit., págs. 193 a 196]. La expresión originaria en el ET/80 sí debía entenderse limitada a la representación unitaria, aún cuando progresivamente, probablemente bajo la influencia de la promulgación de la LOLS y de la necesidad de resolver los problemas de representación en las empresas de estructura compleja, la Autoridad Laboral se fue abriendo a una interpretación más amplia que abarcaba a las secciones sindicales [véase: F. Durán López, “Análisis...”, cit, pág. 81. En este sentido, representación legal es exclusivamente la unitaria hasta la reforma del 1994: SSTS –sala de lo contencioso-administrativo- 15-12-1986, RJ 7152 y 16-12-1999, RJ 9562; y STS. sala de lo social de 29-6-1995, RJ. 6251]. También entre 2010-2013, deben entenderse por tales tanto los unos como los otros [R. Escudero Rodríguez, “Los márgenes dejados por la Ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo”, en AAVV –coord. R. Escudero-, “La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo”, MESS, Madrid, 2012, págs. 28 y 29; L.E. De la Villa Gil, “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, RGDTS, n° 23, 2011, pág. 4].

²³ Sin embargo, asume como ámbito la empresa, con centros no afectados, por ser el nivel legal y sin ponderación de voto: SAN 24-7-2013, n° 150. Críticamente, postulan su realización a nivel de empresa en todo caso: J.R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla, “Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 121; F. Navarro Nieto, “Los despidos...”, cit., págs. 140 y 142. Y lo reconoce como práctica general, salvo en caso de ERE esté muy focalizado por razones geográficas y productivas: M^aL. Molero Marañón, “El procedimiento en los expedientes de regulación de empleo”, en AAVV –coord. R. Escudero Rodríguez-, “La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo”, MESS, Madrid, 2012, págs. 180, 181, 183 y 200.

consiguiente interlocución, a la representación de los centros de trabajo afectados (arts. 40.2, 41.4, 47.1, 51.2 y 82.3 ET, éste último por remisión al 41.4). Por otro, dispone también a nivel legal que dicho ámbito de negociación será único, global, con una sola comisión negociadora. Con esto renuncia a la alternativa de negociación fragmentada, admitida y regulada a través de los RRDD 801/2011 y 1483/2012 en recepción de la práctica administrativa, y declarada *ultra vires* por la Audiencia Nacional en una ya consolidada doctrina por ser abundantemente reiterada²⁴.

2.2. El escaso espacio de las comisiones *ad hoc* frente a las secciones sindicales

La prioridad las secciones sindicales en la negociación de estos acuerdos como de los convenios de empresa o ámbito inferior, se establece a partir del RDL 7/2011, de 10 de junio. Pudiéramos pensar que con ello se les pretende dar por fin el trato merecido conforme a su supremacía constitucional (arts. 7, 28.1 y 37.1 CE) y a los Convenios y Recomendaciones de la OIT²⁵, en coherencia por lo demás con el art. 87.1 ET. Pero como se desprende de su Exposición de Motivos está muy presente el de facilitar acuerdos. Por un lado, aquéllas sólo podrán hurtar la negociación a la representación unitaria si son capaces, si de entrada están dispuestas, a alcanzar un acuerdo de eficacia general y así lo comunican²⁶. Por otra parte, el acuerdo con las secciones sindicales simplificará la negociación y permitirá su alcance a la empresa o a todos los centros de trabajo afectados. La reforma del RDL 11/2013 insiste aún más en ello, y por si cabía alguna duda añade que, en tal caso “*representarán a todos los trabajadores de los centros afectados*”.

Ahora bien, sin la existencia de tales representaciones legales en sentido estricto, es decir, si no hay representantes unitarios, la negociación con las

²⁴ SSAN 25-7-2012, AS 167; 28-9-2012, AS. 2515; 16-11-2012, AS. 2013/212; 22-10-2013, nº 184; 21-11-2012, AS. 2409, todas ellas respecto del art. 11.2 RD. 801/2011. Respecto del 27.2 y 28.3 RD. 1483/2012: SSAN 1-4-2013, JUR 2013/111737; 22-4-2013, nº sent. 80; 31-5-2013, nº sent. 112; 4-6-2013, nº sent. 113; 17-6-2013, nº sent. 127/2013; 4-7-2013, nº sent. 140. En contra: STSJ Las Palmas 26-2-2013, proc 18/2012.

²⁵ Convenios de la OIT nº 135 –al que se remite el convenio nº 158- y 154 y Recomendaciones OIT nº 91 y 143. Vid: A. Ojeda Avilés, “La representación unitaria: el “faux ami”, RMTAS, nº 58, págs. 347 a 358.

²⁶ R. Escudero Rodríguez, “Los márgenes dejados por la Ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo”, en AAVV –coord. R. Escudero-, “La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo”, MESS, Madrid, 2012, pág. 30. En este sentido, por ejemplo: SSAN 18-6-2012, JUR 217485; 28-9-2012, AS. 2515.

secciones sindicales está por completo descartada²⁷, pues no hay prevista en los preceptos estatutarios de aplicación –a que se remite el art. 8.2.b) LOLS– una fórmula de representatividad alternativa a la de la audiencia electoral. Y así lo deja muy claro el art. 41.4, párr. 2º tras el RD-L 11/2013, en expresión de las exigencias generales de legitimación inicial y plena para negociar tales acuerdos –y por descontado convenios de eficacia general–, ahora sin género de dudas circunscritas legalmente al conjunto de los centros afectados²⁸.

Por tanto, caso de empresas con un solo centro de trabajo o con un solo centro de trabajo afectado, la apreciación del presupuesto era y es sencilla; de no existir representación unitaria en dicho centro, tampoco podrían negociar las secciones sindicales. De ser una pluralidad los centros de trabajo afectados y la comisión negociadora –ahora necesariamente– única, las secciones sindicales de empresa que ostenten la mayoría de dicha representación en el conjunto del ámbito afectado estarán legitimadas para negociar por todos ellos²⁹. Y esto es así aún cuando tan sólo uno de aquéllos cuente con representación unitaria; la distinta naturaleza de la representación sindical, sostiene esta capacidad representativa genérica del sindicato³⁰ sin necesidad alguna de un aditamento democrático por parte de los trabajadores a través de la designación de las comisiones *ad hoc*. Es más, la designación en tales casos de comisiones *ad hoc* por parte de los centros carentes de representación unitaria con pretensión de constitución de una comisión negociadora “híbrida” constituiría en puridad un atentado contra la libertad sindical (art. 28.1 y 37.1 ET), a salvo, claro está, de su libre aceptación por todos y cada uno de los sindicatos legitimados, y con posibilidad, en todo caso y en cualquier momento, de prescindir del consenso de aquéllas³¹. Y lo mismo cabe decir de la participación en las negociaciones de los representantes unitarios una vez esgrimido el derecho de las secciones sindicales. En este sentido la nueva

²⁷ J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010, R.L., nº 21-22, pág. 98; J.R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla, “Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 121, 124 y 125; MºL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., pág. 190.

²⁸ En contra, y aún aceptando que la inaplicación del convenio no se extienda a toda la empresa, parece remitir el ámbito de la negociación al de la causa y no de la aplicación de la medida: F. Navarro Nieto, “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, *Temas Laborales*, nº 120, págs. 251 y 252.

²⁹ F. Navarro Nieto, “Los despidos...”, cit., pág. 147.

³⁰ En esta línea: J.L. Monereo Pérez, “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, *Temas Laborales*, nº 115/2012, pág. 338.

³¹ Podría quizá compartirse la solución aportada por las SSAN 26-4-2013, nº sent 84 y 11-11-2013, nº sent. 198, puesto que faltó, según parece, objeción, si bien la razón no es la dificultad en la ponderación del voto, que podría resolverse, y desacertado, como hace la primera, hablar del “incremento de la legitimidad democrática del proceso” con la participación de las comisiones *ad hoc*, salvo cuestionamiento del sistema general de medición de la representatividad sindical. Por otra parte, la vulneración de la libertad sindical es indiferente de si el acuerdo obtenido es más favorable: STC 225/2001, 26-11.

regulación promueve el abandono de las prácticas más informales de negociación³²; el orden de prelación es incuestionable y, como veremos, la comisión representativa tendrá que constituirse antes del inicio del período de consultas.

2.3. El mayor espacio de las Comisiones ad hoc frente a la representación unitaria

Por ser nuestra representación unitaria electiva y de centro de trabajo³³, tiene capacidad negociadora exclusivamente en dicho ámbito o, unidad electoral³⁴, sin posibilidad de su extensión a otros centros de trabajo de la misma empresa (arts. 62.1 y 2, y 63.1 ET)³⁵. Sin embargo, no ha sido ésta la postura mantenida por la Audiencia Nacional, separándose de su criterio inicial por el que exigía, caso de negociar la unitaria, la designación de las comisiones *ad hoc* por centro sin representantes, y en cambio, reconocía la habilidad de las secciones sindicales para negociar en toda la empresa³⁶. Por el contrario, ha interpretado como requisito habilitante de las comisiones *ad hoc*, al menos hasta la reforma de 2013, la más absoluta inexistencia de representantes unitarios en la empresa, asumiendo que éstos pueden representar a los trabajadores más allá de su ámbito electoral y tolerando en tal caso las comisiones *ad hoc* como meros aditamentos de representación, innecesarios y bajo condición de su aceptación no ya por las secciones sindicales, sino por la referida representación unitaria externa a tales centros y aseguramiento de la ponderación del voto en

³² Como es el caso de negociación simultánea con secciones sindicales, representación unitaria y trabajadores sin representación o –una vez prevista legalmente- con su representación designada (Véase: M^oL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., págs. 185 y 186).

³³ C. Sáez Lara, “La representación colectiva de los trabajadores en la empresa”, RMAS, n^o 58, págs. 317, 321 y ss.

³⁴ Vid, por ejemplo: STSJ Madrid 17-1-2006, JUR 2006/90346.

³⁵ SSTS (c-a) 24-3-1988, RJ 2507 y 15-3-2002, RJ 5046. Por eso el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad total del convenio cuyo ámbito se extiende a toda la empresa cuando es negociado por la representación unitaria de un centro por carecer de capacidad convencional para ello (arts. 62.2, 87.1 y 88.1 ET) SSTS. 7-3-2012, Roj. 2266/2012; AN 24-4-2013, n^o sent. 81/2013 –separándose de la solución dada previamente en la SAN. 16-4-2012, n^o sent. 36/2012 en que declara tan sólo la nulidad parcial-. También, respecto de legitimación en conflicto colectivo, por todas: SSTS 30-9-2008, RJ 7360 y 2-7-2012, RJ 8562. En este sentido, respecto de la inaplicación del convenio y modificación de condiciones: STSJ. Canarias/Las Palmas 5-3-2013, n^o sent 319.

³⁶ SAN 18-6-2012, JUR 217485 –modificación sustancial que afecta al conjunto de la empresa-; véase también SAN 28-9-2012, AS. 2515 –despido colectivo-; SAN. 26-4-2013, n^o sent 85 –comité intercentros-. En este sentido, declaran conforme a derecho el despido colectivo, por ejemplo: SAN 6-3-2013, n^o sentencia 36/2013, Roj. 1022.

la subsiguiente comisión “híbrida”³⁷. No repara en que con que con ello está contraviniendo la regulación básica y el carácter democrático de aquéllas.

Siguiendo con nuestros postulados, y así lo refleja el actual art. 41.4 ET, de negociar la representación unitaria necesariamente nos encontraríamos ante el supuesto de inexistencia de representación en los centros afectados que careciesen de aquélla. En la prelación de sujetos establecida por el RDL 11/2013, caso de ser varios los afectados se reconoce al Comité Intercentros su intervención preferente a las representaciones parceladas de centro de trabajo, por supuesto, “*siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación*” (art. 41.4.b) ET). Por tanto, se eleva a rango legal y con carácter promocional lo que no era sino una especificación –que no una innovación reglamentaria-³⁸ ya establecida tanto en el RD 2011 (art. 4.1) como en la redacción originaria de su sucesor 2012 (art. 26.2). Clarifica también a nivel legal su carácter secundario frente a la preferencia de las secciones sindicales, despejando así las dudas que se suscitaban bajo las precedentes normas, prontamente resueltas en el mismo sentido por la doctrina bajo la amenaza, caso contrario, de ilegalidad³⁹.

Pero el Comité Intercentros no puede soslayar su naturaleza. Como órgano de representación unitaria de segundo grado y no sindical⁴⁰, no puede desprenderse de los límites sobre los que se asienta: no tiene posibilidad de abarcar a los centros de trabajo sin representación o a los que no les sea de aplicación el convenio, o en términos más generales no hayan contribuido a su

³⁷ Por todas: SSAN 16-11-2012, AS. 2013/212; 21-11-2012, AS. 2409; SAN 22-3-2013, nº sent. 54; 1-4-2013, nº sent. 59; 22-3-2013, nº sent. 54; 22-4-2013, nº sent. 78/2013, Roj. 1675, reitera doctrina *obiter dicta*; SAN 26-4-2013, nº sent. 84 –reitera doctrina, si bien negocian las secciones sindicales; 17-6-2013, nº sentencia 127/2013; 24-7-2013, nº sent. 150; 9-10-2013, nº sent. 176; 11-10-2013, nº 177; 22-10-2013, nº 184; 18-11-2013, nº sent. 202. En contra: STSJ. Canarias/Las Palmas 5-3-2013, nº sent. 319.

³⁸ A tenor de su configuración legal (art. 63.3 ET), el Comité Intercentros siempre ha podido asumir el papel de interlocutor en las consultas y adopción de los acuerdos objeto de estudio si así se lo reconocía la norma colectiva. No parece exigible una atribución específica pues se ha impuesto una suerte de presunción de su competencia negociadora, y su identificación como el interlocutor, respecto de las cuestiones que trascienden al ámbito del centro de trabajo [por ejemplo: SS. TS 7-4-2004, RJ. 2984; 23-9-2003, RJ. 7311; 25-7-2000, RJ. 7644; 14-10-1993, RJ. 7599]. En el tránsito del reglamento a la ley tan sólo se ha perdido la referencia al “*órgano de naturaleza similar creado mediante la negociación colectiva*”, simplificación que evita errores interpretativos respecto de una alusión a auténticos comités intercentros sencillamente designados de forma diversa por el Convenio Colectivo [Vid.: R. Escudero Rodríguez, “Los márgenes dejados por la ley...”, cit., pág. 29].

³⁹ J. Cruz Villalón, “El nuevo reglamento de los procedimientos de regulación de empleo”, *Temas Laborales*, nº 111/2011, pág. 43; SAN. 26-4-2013, Roj. 1825.

⁴⁰ SSTs -6-1996, RJ. 5746; 12-12-1990, RJ. 9776; 14-7-2000, RJ. 9642; 5-2-2001, RJ. 2143; 6-10-2001, RJ. 2002/2018. Por tanto, no será titular del derecho de libertad sindical (STS 25-10-1999, RJ. 9498), salvo que se vea afectada la libertad sindical de los sindicatos presentes en ella, como pueda ser en el caso de que tenga atribuidas facultades negociadoras (S. TC 137/1991, de 20-6).

composición⁴¹. Por consiguiente, su prevalencia lo es tan sólo respecto de la representación de los centros que cuentan con ella. Para los centros sin representación quedan abiertas las posibilidades previstas en el art. 41.4.b).2^a ET; en definitiva, designación de comisión *ad hoc* o atribución de su representación al Comité Intercentros, entendiéndose también a él atribuida en defecto de opción por aquélla en interpretación sistemática con el resto de la letra b) del art. 41.4 ET. Como vemos sí es posible la extensión de su ámbito de representación a través de esta vía legítima y automática.

En la misma línea argumental resulta necesario matizar la primera impresión que puede dar el apartado b.2^a del art. 41.4 ET, y que inmediatamente se corrige en su 2º párrafo. No es que el período de consultas/negociación se realice sólo con los representantes legales de los trabajadores salvo que los centros sin representación designen la comisión *ad hoc*. Por el contrario, aquéllos requieren de su propia representación y en puridad sólo a ellos corresponde atribuir dicha representación electiva, aún cuando en su defecto, ante su expresa decisión o pasividad sólo a ellos imputable –que no a los restantes representantes de los trabajadores ni a la empresa⁴²–, es decir, cuando de sus propios actos se desprenda que “*que opten por no designar la comisión*” en tiempo y forma, se establece una atribución legal de dicha capacidad representativa al conjunto de la representación unitaria de los centros afectados. El asunto tiene su trascendencia, como demuestra el hecho de su inclusión en un párrafo que caso contrario no tendría sentido por reiterativo respecto de lo dicho en el inmediatamente precedente; no puede hurtarse a los trabajadores la posibilidad de elección, participación y dificultar o de alguna forma disminuir su libertad de decisión⁴³. Caso contrario, lejos de considerarse un defecto menor susceptible de fácil compensación, por ejemplo, por su menor trascendencia hipotética en los resultados⁴⁴, debe someterse a una rigurosa valoración que podría provocar bien la nulidad del procedimiento, bien –de ser la opción de la comisión *ad hoc* sindical la especialmente afectada– la declaración de la

⁴¹ F. Navarro Nieto, “Los despidos...”, cit., págs. 143 y ss; C. Sáez Lara, “La representación...”, cit., pág. 323. En esta línea: STS 30-11-2010, RJ. RJ 2011\1359; SAN. 26-4-2013, nº sent 85 – respecto de un comité intercentros compuesto por representantes de todos los centros por decisión arbitral, superando el ámbito del convenio–.

⁴² SAN 19-12-2012, nº sent 168.

⁴³ Así, del análisis de los expedientes de los ERES tras la L. 35/2010 se desprende la práctica habitual de información de la empresa a los trabajadores exclusivamente de la opción de la comisión interna, dirigiendo así a los trabajadores y promoviendo ésta en detrimento de la sindical o externa (M^oL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., pág. 192.

⁴⁴ Considero un exceso de tibieza lo contrario, así como sacralizar la tesis de los actos propios en detrimento de la defensa de la legalidad [vid, por ejemplo: SAN 11-10-2013, nº sent. 177].

vulneración de la libertad sindical⁴⁵.

En mi opinión, la estructura y formulación del art. 41.4.b).2ª ET obedece, entre otras a la impuesta necesidad de conciliar el régimen jurídico de la representación unitaria con la doctrina de la Audiencia Nacional, soslayando prudentemente los errores en que incurre ésta para reformularla en una regulación promocional de la representación unitaria frente a la comisión *ad hoc*, claro está compatible con su régimen legal.

3. NATURALEZA, COMPOSICIÓN, IMPLICACIONES CON LA LIBERTAD SINDICAL Y MANDATO DE LA COMISIÓN *AD HOC*

La composición de la comisión *ad hoc* está actualmente prevista en el art. 41.4.a) ET. De conformidad con dicho precepto a elección de los trabajadores del centro afectado, la comisión *ad hoc* podrá componerse bien por sujetos externos a la empresa o bien por los propios trabajadores. Y por tal motivo he optado por designar distintivamente a tales comisiones según este criterio subjetivo o característica consignada expresamente por el legislador⁴⁶. Se han utilizado otras denominaciones, entre las que destaca aquella que designa como sindicales nuestras comisiones externas, y como laborales nuestras comisiones internas⁴⁷. En mi opinión la comisión interna puede eventualmente ser una clara expresión de una opción sindical amparada por el art. 28.1 CE, sin que ni una ni otra comisión se ajuste plenamente a los parámetros clásicos de diferenciación entre ambas representaciones.

3.1. La Comisión ad hoc externa

Es relativamente fácil advertir la naturaleza sindical de la comisión *ad hoc* externa que impone, precisamente, que la designación de sus componentes quede en manos de los propios sindicatos como expresión de su derecho de libertad sindical en sus vertientes de autoorganización y acción sindical (arts. 28.1 CE y 2.2.a) y d) LOLS)⁴⁸. En puridad, por tanto, los trabajadores

⁴⁵ Debería abordarse desde esta perspectiva y ofrecer una tutela real frente a los obstáculos a la comisión externa, como son aquéllos que privan de visibilidad a dicha opción [vid, restando transcendencia: SSAN 28-9-2012, nº sent 106 y 30-7-2013, nº sent. 154; STSJ Madrid 8-4-2013, nº sent 251]. En esta línea, denuncia la tendencia legislativa a la degradación de los derechos fundamentales: A. Baylos Grau, “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012”, Revista de Derecho Social, nº 61, págs. 26, 27 y 32.

⁴⁶ J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, cit., pág. 100.

⁴⁷ L.E. de la Villa Gil, “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, RGDTS, nº 23, 2011, pág. 3.

⁴⁸ L.E. de la Villa Gil, “Comisiones...”, cit., págs. 10, 12, 14 y 17. Cfr. también con el art. 88.3 ET.

no podrían condicionar los nombres de dicha designación. Y por los mismos motivos y porque además supondría interpretado literalmente una inadmisibile injerencia de la patronal⁴⁹, tampoco podría hacerlo la comisión paritaria del convenio. Desde esta perspectiva podría considerarse acertada la corrección por la L. 35/2010 de la redacción inicial ofrecida por el RDL 10/2010, que atribuía la designación de los miembros de la comisión externa a la comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a la empresa. Pero no lo es tanto si para darle sentido y salvar su constitucionalidad, tal atribución se interpretase como una competencia, no por ello menos importante y necesaria, de gestión centralizada del proceso⁵⁰.

Con el RDL 7/2011 la intervención de la comisión paritaria en relación a las comisiones *ad hoc* pasa a formularse como contenido mínimo del convenio pero de significado excesivamente ambiguo, pues tan sólo se refiere a “la intervención que se acuerde”. De nuevo, no podrá ser en propiedad la de designación de la comisión sindical, pero sí alcanzar ese relevante papel de gestión en la formación de la comisión externa o facilitar, asistir o vigilar de algún modo la constitución de las comisiones internas y el desarrollo de las consultas⁵¹. Pero la letra de la ley daba pie a interpretar que se pretendía también abrir la posibilidad de atribución a la comisión paritaria de un papel de suplencia de tales comisiones, así como de priorización de la comisión sindical⁵² al menos cuando de la modificación del convenio se tratase, a la vista de los procedimientos expresamente referidos y en consonancia del novedoso 85.3.h).2º ET. No parece ser esa la interpretación correcta, tanto por las razones arriba expuestas, como porque a falta de mayor claridad, supondría una flagrante contravención del art. 41.4 ET que deja en manos de los trabajadores la elección entre una y otra comisión y a los sindicatos la de designación de los

⁴⁹ S. González Ortega, “El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación”, en AAVV –coords. F. Rodríguez Sañudo y E. Carrizosa Prieto-, “El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa”, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 153.

⁵⁰ R. Escudero Rodríguez, “Negociación colectiva, empleo y flexibilidad de entrada e interna a la luz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de reforma del mercado de trabajo”, en AAVV. “La contratación y el empleo en la negociación colectiva. XXII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva”, Madrid, CCNCC, 2011, pág. 54).

⁵¹ J.M^a Goerlich Peset, “Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultratractividad”, en AAVV –dir. I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina-, “La reforma de la negociación colectiva”, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 115.

⁵² P. Nieto Rojas, “Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores”, en AAVV –coord. R. Escudero Rodríguez-, “La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012”, Cinca, Madrid, 2012, págs. 66 y 67, 70 y 71 –si bien no puede hurtar la decisión entre una y otra comisión, pues corresponde a los trabajadores-. Cuestión que también se plantea: J.M^a Goerlich Peset, “Contenido...”, cit., pág. 115.

miembros de su composición⁵³. De hecho, el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014 no asume tal posición, y sencillamente trata de promocionar la comisión sindical en el ámbito de dicha inaplicación convencional (Cap. IV). Como vemos, si de la inexactitud se pasó a la imprecisión, finalmente con el RDL 3/2012 en adelante, se omite toda referencia a las posibles competencias de la comisión paritaria en relación a las comisiones *ad hoc*. Sin embargo, y aún cuando ahora nada se diga al respecto, parece indudable que este sería un medio correcto, recomendable y muy útil de gestión y vigilancia del proceso, muy en especial, de pretenderse la modificación de convenio.

Volviendo sobre la naturaleza sindical de la comisión externa, en consecuencia se encuentra amparada por el art. 28.1 CE⁵⁴, que a su vez garantiza la presencia en la comisión de los sindicatos legalmente seleccionados en proporción a su representatividad. Queda excluida, por tanto, la posibilidad de que los trabajadores elijan una comisión externa compuesta por sindicatos distintos de los consignados en el art. 41.4.a) ET, como también la libre elección entre ellos en vulneración de dicha regla de proporcionalidad⁵⁵. La limitación de los sujetos sindicales intervinientes se erige así en una renovada expresión de un apoyo selectivo a los sindicatos cuya legitimidad constitucional, aún tratándose del ámbito de la empresa⁵⁶, viene garantizada entre otras razones por no ser exclusiva de los más representativos al estar compartida por los suficientemente representativos del sector⁵⁷; aparte del hecho de ser subsidiaria a la intervención voluntaria de las secciones sindicales de la empresa, que en

⁵³ F. Navarro Nieto, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, en AAVV, “Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma de 2012”, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDT, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 953. En esta línea, vid: STSJ Islas Canarias/Las Palmas 19-6-2013, nº sent 978. Véase también, con carácter general: STSJ Andalucía/Granada 22-5-2013, nº sent 1030.

⁵⁴ R. Escudero Rodríguez, “Los márgenes...”, cit., pág. 34.

⁵⁵ Críticamente: F. Navarro Nieto, “La reforma...”, cit., pág. 957.

⁵⁶ Téngase presente que la utilización del criterio de la mayor representatividad como selectivo –o al menos exclusivo– respecto de mejora o atribución de derecho en el ámbito de la empresa es más que cuestionado, pues no se puede considerar razonable desatender la representatividad efectiva que en dicho ámbito ostente el sindicato y que debe ser, precisamente, el criterio indudablemente lícito o prevalente [SS. TC 137/1991, de 20 de junio; 188/1995, de 18 de diciembre; SS. TS de 23-11-1993, RJ. 8933; 25 de abril de 2005, RJ. 6285; 15 de julio de 2005, RJ. 9236; de 16 de enero de 2006, RJ. 2293; de 5 de marzo de 2007, RJ. 2128. Véase también: SSTS 3-2-1998, RJ 1431; 2-6-1997, RJ. 4617; 23-7-2008, RJ. 7212; STSJ Castilla y León/Valladolid 7-3-2005, AS. 544; STSJ Canarias/Las Palmas 30-4-2004, AS. 1884; Madrid 19-11-2002, AS. 2003/95717].

⁵⁷ El RDL 10/2010 se refería a los representativos del sector. La versión de la L. 35/2010 evita cualquier duda pues éstos son los que están legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio de aplicación a la empresa (arts. 7.2 LOLS y 87.2.c ET).

el común de los casos será posible sin requerir tal designación, posible como veremos, a través de la comisión *ad hoc* interna junto al resto de sindicatos con implantación en la empresa⁵⁸.

Los cánones de su presencia proporcionada se remiten al convenio colectivo de aplicación en dicha empresa que, según parece a tenor de los sindicatos seleccionados se presume sectorial. Y ello, podría pensarse, debido a la también presunción de que en el común de los casos no habrá representación de los trabajadores en la empresa que negocie el convenio. Si fuese así, la solución no debería ser la misma caso de ser de aplicación el convenio de grupo o pluralidad de empresas, empresa o de ámbito inferior.

Como se evidencia en particular en el caso de descuelgue del convenio colectivo, y recordemos las soluciones son comunes a todos los supuestos abordados de consulta/negociación para las comisiones *ad hoc*, en un primer acercamiento parece que lo más indicado –y hasta impuesto– a la luz del art. 28.1 en conexión con el 37.1 CE, es adaptar la selección de sindicatos intervinientes cuando se trata de un convenio de ámbito distinto al del sector. Así parece obvio en el supuesto muy particular de modificación del convenio franja, de manera que debería ajustarse su modificación a las reglas de su negociación⁵⁹. También parece la solución correcta si se trata de un convenio de grupo o pluralidad de empresas, solución viene además facilitada por su asimilación a efectos de legitimación con el convenio de sector. Y podría llegar a considerarse también la opción lógica de ser aplicable un convenio de empresa o incluso de centro, caso de que los afectados carezcan de representación. Pero en este caso, como en el del convenio franja de ámbito no sectorial, afirmar tal adaptación no haría sino limitar las posibilidades de la comisión externa. Téngase en cuenta que la comisión *ad hoc* sólo tiene cabida precisamente tras el desistimiento de las secciones sindicales, con lo que remitir necesariamente a los trabajadores a ellas –opción autodescartada–, sería tanto como restringir e incluso impedir la opción sindical “sectorial” que puede cubrir, precisamente, la ausencia o inactividad de las regentes en los niveles inferiores. Por otra parte, caso que éstas, por el motivo que fuese, no alcanzasen tal significación, tendrían abierta, como veremos, su participación a través de la comisión interna si así lo deciden los trabajadores.

⁵⁸ Vid, por todas: SS. TC 4/1983, 28-1; 12/1983, 22-2; 73/1984, 27-6; y 98/1985, 29-7 (negociación colectiva); 147/2001, 27-6 (subvenciones públicas); 263/1994, 3-10 (excedencia forzosa).

⁵⁹ Véase, una argumentación en este sentido, si bien la inaplicación del convenio franja lo remite necesariamente al sindicato del colectivo (art. 87.1 ET), en los demás periodos de consulta-negociación no es posible la negociación por franjas, por abarcar ésta global: SSAN 4-7-2013, n^o sent. 140 y 31-5-2013, n^o sent. 112/2013. El Comité de empresa puede alcanzar el acuerdo en caso de ERE que afecte a una franja de trabajadores del centro de trabajo: STSJ Madrid 17-1-2006, JUR 90346.

Desde esta perspectiva, como desde su consideración como un apoyo selectivo del sindicato que permite la presencia de unos intereses de más amplio alcance, los sindicatos del art. 41.4.a) ET, en los niveles de empresa e inferiores son los que efectivamente se mencionan.

3.2. La Comisión ad hoc interna

La legitimidad constitucional del referido apoyo selectivo a los sindicatos seleccionados por el legislador también queda salvaguardada por la posibilidad de designación de la comisión *ad hoc* interna, alternativa que no estaba prevista en el RDL 10/2010, y que se introduce con la L 35/2010. No en vano, la comisión interna estará integrada por “trabajadores de la propia empresa”, con lo que se faculta para la designación de trabajadores, no sólo de otros centros de trabajo, afectados o no afectados, sino presentados por cualquier sindicato o sección sindical con –menor o mayor- implantación en la empresa⁶⁰. Es cierto que en este aspecto la dicción literal del art. 41.4.a) ET es exacta a su precedente, como también que en su desarrollo reglamentario la especificación de tal posibilidad, asumiendo una consolidada práctica administrativa⁶¹, se hizo sólo respecto de la delegación en los representantes legales de otro centro (arts. 4.2.a) RD. 801/2011 y 26.3.a) RD 1483/2012)⁶². Sin embargo en mi opinión, dicho desarrollo no precluía ni explícita ni implícitamente otras posibilidades, que quedaban y aún quedan abiertas en la letra de la Ley, toda vez que claramente en el mismo párrafo el legislador utiliza ambos términos (centro/empresa) sin que sea posible en esta ocasión considerarlos equivalentes.

Por tanto, y pese a que la naturaleza de la comisión interna sea con mayor facilidad asimilable a la unitaria ya que viene a cubrir directamente su ausencia, es electiva y representa unitariamente al conjunto de los trabajadores de la, por así decirlo, unidad electoral, puede ser merecedora de idéntica tutela constitucional si la adscripción sindical ha sido tomada en especial consideración para su elección. Además tales características son comunes a ambas comisiones salvo, a lo sumo, la electiva, que en cualquier caso puede quedar matizada, como de hecho se admite respecto de la negociación del convenio franja por

⁶⁰ Ubica clara y exclusivamente dicha comisión, vagamente, en el art. 129.2 CE (R. Escudero Rodríguez, “Los márgenes...”, cit., pág. 34). La perspectiva que propongo no vincula la comisión interna a requerimientos derivados de la libertad sindical negativa, pues ésta no se vería cuestionada por el hecho de establecer la sindical como única pues en absoluto condiciona la afiliación ni financiación del sindicato (vid., por ejemplo, si bien respecto de convenios sectoriales: SSTC 4/1983, 28-1 y 12/83, 22-2).

⁶¹ Plantea su posible carácter *ultra vires*, pese a defender su carácter democrático, más favorable, y recoger una práctica administrativa consolidada: M^aL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., pág. 197.

⁶² Admite su validez: SAN 18-11-2013, n^o sent. 202.

las secciones sindicales, pues su designación se puede articular como un pseudo-procedimiento electoral⁶³. Como se ve, ni la comisión *ad hoc* externa ni la interna se ajustan exactamente a los cánones hasta ahora barajados respecto de la diferenciación entre las dos vías de representación en la empresa⁶⁴.

Puede ya adivinarse que por las mismas razones considero que también tras la reforma del RDL 11/2013 es posible la atribución de la representación a los “representantes legales de los trabajadores” de un concreto centro de trabajo de la empresa –afectado o no- tal y como se preveía en referidos precedentes. Es más, el art. 41.4.b).2^a ET/2013 para el supuesto de que sean varios los centros afectados, prevé su atribución legal al conjunto de la representación unitaria de aquéllos, subsidiaria a la efectiva designación de la comisión *ad hoc*. Por consiguiente y con más motivo, nada puede impedir, que los trabajadores por su libre voluntad decidan atribuir su representación a la de otros centros concretos, afectados o no –¿competidores o no?-, o a otra u otras comisiones *ad hoc*. De hecho, caso de ser centros afectados, la delegación se podría articular en cualquier caso a través de la selección de representantes de la comisión negociadora (art. 41.4.b).3^a y párrafo siguiente ET).

3.3. Número de miembros, forma de actuación y mandato

La comisión se compondrá de un máximo de tres miembros, lo que parece corresponderse con máximo previsto para las elecciones a delegados de personal, probablemente en atención a que el supuesto típico será el de un centro de menor dimensión a la prevista para la elección de comité de empresa. Como se desprende de la literalidad del art. 41.4.a) ET, el número de miembros posibles es un máximo, siendo factible una comisión *ad hoc* de un número inferior, ya sea uno o dos⁶⁵. Ello, por otra parte, también está en la línea del régimen de las elecciones a delegados de personal en que ni tan siquiera se exige que las candidaturas estén completas⁶⁶; claro está, no tendría sentido exigir unos

⁶³ F. Fuentes Rodríguez, “Los convenios colectivos de franja”, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 158 a 163; A. Merino Segovia, La legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia general, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 37 y ss.; M. Nogueira Gustavino, La negociación colectiva”, en AA.VV. (Coords. R. Escudero y J. R. Mercader), Manual jurídico de los representantes de los trabajadores, La Ley, Madrid, 2004, págs. 641 y ss.; N. Tomás Jiménez, “Los sujetos...”, Comares, Granada, 2013, pág. 326.

⁶⁴ L.E. de la Villa Gil, “Comisiones ...”, cit., págs. 23 y 24.

⁶⁵ R. Roqueta Buj, “La flexibilidad...”, pág. 54; S. González Ortega, “El ejercicio...”, cit, pág. 151.

⁶⁶ Arts. art. 71.2.a) ET y 8.2 y 3 RER. Véase: J. Cruz Villalón, “Presentación y proclamación de candidaturas”, en AAVV-coord. M^a José Romero Rodenas-, “Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales”, Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 165.

requisitos más rigurosos que los previstos para tales elecciones⁶⁷. Entonces, la utilización del término “comisión” no impone la pluralidad de sus componentes, pero sí supone la actuación conjunta de los mismos regida bajo la regla de las mayorías⁶⁸, en definitiva, lo que el art. 62 ET denomina “mancomunadamente”, evitando no obstante el uso de dicho término quizá por las numerosas críticas que en su día mereció. En cuanto a su carácter colegiado⁶⁹, el legislador tampoco se lo atribuye probablemente porque el carácter informal, sencillo, exprés, de ésta fórmula de representación *ad hoc* se compadece mal con las exigencias de institucionalización propias del un órgano colegiado. En cualquier caso, puede ser realmente intrascendente el número de miembros que lo integren⁷⁰, pues como veremos tan sólo afectará a su funcionamiento interno y no, así, en sus relaciones externas. Por otra parte, nada impide la elección, a la par y sin esperar eventualidades, de sus sustitutos⁷¹.

En particular respecto de la comisión externa, cabría plantearse si mediante la distribución de los puestos se tiene que garantizar que los miembros de la misma alcancen igualmente la legitimación plena⁷². Los términos legales se remiten exclusivamente a la legitimación inicial⁷³, lo que se confirma por la ausencia de exigencia de unos mínimos de representatividad global y su limitación a tres miembros. La distribución de los puestos se hará en función de la representatividad que ostente cada cual en el sector de actividad de que se trate⁷⁴. Por consiguiente, los sindicatos más representativos podrán resultar ocasionalmente desplazados⁷⁵, como por otra parte no impide el art. 6.3.b) y 7.1 LOLS, que en materia de negociación remiten a los preceptos estatutarios. Finalmente, caso de no existir representación unitaria en el sector de actividad a que pertenezca la empresa o centros de trabajo afectados, corresponderá en exclusiva a los más representativos, en aplicación del art. 88.2.º ET.

Finalmente, por razón de su finalidad negociadora de eficacia general y su atribución legal incondicionada, su mandato constituye una representación

⁶⁷ En contra, el máximo de miembros es una exigencia ineludible: L.E. de la Villa Gil, “Comisiones laborales y comisiones sindicales...”, cit., págs. 8 a 10.

⁶⁸ Vid.: SAN. 13-5-2013, nº sent. 93/2013 –F.J. 4º.

⁶⁹ Son órganos colegiados: L.E. de la Villa Gil, “Comisiones laborales...”, cit., pág. 23.

⁷⁰ No siempre se respeta (vid. M^ºL. Molero Marañón, “La negociación colectiva...”, cit., pág. 193).

⁷¹ Vid., por ejemplo: SAN 22-3-2013, nº sent. 54.

⁷² S. González Ortega, “El ejercicio...”, cit., págs. 153 y 154; P. Nieto Rojas, “Comisiones...”, cit., pág. 70.

⁷³ J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna...”, cit., pág. 101.

⁷⁴ Y en su caso el voto ponderado [sobre comisión negociadora en general: STS. 23-1-2012, RJ 2146].

⁷⁵ Por el contrario, un sector doctrinal parece sostener la presencia incondicional del sindicato más representativo y sólo adicional del representativo del sector o del ámbito de que se trate: L.E. de la Villa Gil, “Comisiones laborales...”, cit., pág. 14; J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna...”, cit., pág. 101.

de intereses y no de voluntades, con lo que sus decisiones no son susceptibles de condicionamiento mediante asamblea, salvo indirectamente si se considera revocable a través de vía similar a la de su designación, sin operar por tanto los límites procedimentales, y ni tan siquiera por analogía los materiales –no es un convenio colectivo– del art. 67.3 ET⁷⁶. Delimitado el mandato material y objetivamente, no culmina con el período de consultas y, en su caso, la adopción del acuerdo, sino que se extiende potencialmente a los asuntos vinculados a aquél, cual es la participación en la comisión de seguimiento de su aplicación caso de estar prevista⁷⁷, así como para la impugnación de la medida o del acuerdo⁷⁸. De la misma manera, y en cuanto firmantes del acuerdo, estarán legitimados pasivamente caso de su impugnación como en la acción de jactancia (art. 124.3 y 4 LRJS)⁷⁹.

4. ATRIBUCIÓN DE REPRESENTACIÓN: ÁMBITO Y PROCEDIMIENTO

4.1. Ámbito

El ámbito de la atribución de representación y en su caso designación de la comisión *ad hoc* es el centro de trabajo, siguiendo los parámetros básicos de la representación unitaria que, en definitiva, viene a suplir. Así se desprende del art. 41.4.a).1 ET, que se refiere al “centro de trabajo”. También al regular

⁷⁶ SJuzgado nº 3 Girona 8-6-2000, AS 2746.

⁷⁷ R. Escudero Rodríguez, “Negociación...”, cit., pág. 56; P. Nieto Rojas, “Comisiones...”, cit., pág. 67.

⁷⁸ La referencia a “representantes legales de los trabajadores” tanto del art. 51 ET como del 124.1 LRJS engloba a las comisiones *ad hoc*. Carece de sentido y sería contrario al derecho de tutela judicial efectiva limitar esta capacidad de impugnación a una representación que conforme al art. 51 ET es representación legal de los trabajadores, con capacidad de acordar o de no acordar los despidos [SAN. 13-5-2013, nº sent. 93/2013 –señala además que la comisión sindical tendría legitimación por tratarse de una representación sindical con implantación suficiente al ser los más representativos y representativos del sector y además ser elegidos democráticamente por los trabajadores de la empresa; STSJ Cataluña 23-5-2012, núm. sent. 13/2012]. En esta línea, también: SAN 15-10-2012, nº sent. 112. Y ello con independencia de que algunos trabajadores concilien a título individual su despido: SAN 19-11-2013, nº sent. 203. Por la doctrina: F. Cavas Martínez, “El procedimiento de impugnación de despido colectivo tras la reforma laboral de 2012”, Aranzadi Social, nº 2/2013. En contra, les niega dicha legitimación en interpretación restrictiva del término “representantes legales”: F. Durán López, “Modalidades procesales (IV). Extintivas: extinciones objetivas y despidos colectivos”, en AAVV –dir. M. Nogueira Gustamino y G. García Becedas, “Lecciones de Jurisdicción Social”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 466.

⁷⁹ SAN. 13-5-2013, nº sent. 93/2013. Véase también codemandados: SAN 24-9-2013, nº sent. 166. Por la doctrina: F. Navarro Nieto, “Los despidos colectivos: novedades normativas y balance jurisprudencial”, Aranzadi Social, nº 7/2013, BIB 2136, pág. 21.

el caso de afección de una pluralidad de centros de trabajo queda claro que el ámbito de dicha comisión es el centro de trabajo [art. 41.4.b).2ª ET y definitivamente, tanto en el 2ª.1 como en el 3ª del art. 41.4.b) ET que usan el plural “comisiones”]. Realmente, no tendría mucho sentido hacerlo de otra manera, en definitiva, tratar de resolver el problema de la ausencia de representación unitaria –de centro- forzando la elección de una única comisión *ad hoc* sobre una base laboral carente de una mínima organización, por cierto en muy poco tiempo y ciega a la diversidad de la estructura empresarial (ej. dispersión y dimensión de los centros)⁸⁰.

No obstante, el ámbito real la comisión *ad hoc* externa supondrá la agrupación de la representación de todos los centros sin representación que hayan optado por ella. Respecto de la comisión *ad hoc* interna, y pensando en la enorme diversidad que pueda presentar la estructura de la empresa, creo que no sería descabellado admitir la designación de una comisión *ad hoc* en supuestos territoriales equivalentes a los del art. 62.2 ET⁸¹, siempre y cuando fuese voluntaria para los centros agregados o estuviese prevista por convenio colectivo y, en todo caso, con escrupuloso respeto de la autónoma decisión de cada uno de los centros de atribución de su representación a la comisión externa. Más allá de éste supuesto y a la vista de la detallada regulación que ahora se incorpora en el art. 41.4.b) ET, su conexión con la representación unitaria y el necesario respeto a la voluntad autónoma de cada centro, es dudoso, desde luego más difícil, que pueda optarse con carácter general por la elección directa de una comisión interna unificada de todos o varios de los centros de trabajo sin representación. En definitiva, la regulación legal configura una decisión sobre atribución y, en su caso, elección de los miembros de la comisión *ad hoc* interna decidi-

⁸⁰ En contra, la Audiencia Nacional en algún pronunciamiento ha mantenido bajo la regulación anterior al RDL 11/2013 que la comisión *ad hoc* debía ser una, aún cuando la designación y constitución por centros no provocase por sí sola la nulidad de las consultas caso de haberse logrado la finalidad de las mismas [SAN 16-11-2012, AS 2013/212; 21-11-2012, AS. 2012/2409]. En otras ocasiones, en cambio, se refiere a estas comisiones en plural sin añadido de tacha alguna, partiendo según parece de su designación por centros y no a nivel de empresa, y ello con independencia de la obligatoriedad de que se trate de un proceso negociador único [por todas: 18-6-2012, JUR 2012/217485; 28-9-2012, AS 2012/ 2515; 26-4-2013, nº sentencia 84/2013]. Dicha interpretación, con fundamento principal en la utilización del singular y su aparente remisión al ámbito de la empresa tanto por el art. 41.4 ET -en su versión anterior- como por el reglamento (arts. 4 RD 801/2011 y 26 RD. 1483/2012), pese a lo ciertamente confusa de la precedente regulación, resulta sorprendente al desconsiderar, no sólo la tradición y las razones prácticas y finalistas señaladas en texto, sino el carácter abstracto de la regulación legal, su necesaria interpretación integradora y sistemática con los arts. 62 y ss. ET, así como con el reglamento, que a más señas partía de la posibilidad de negociación parcelada. También resultaba claro que el referente era el centro de trabajo en la etapa 2010-2011 para MªL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., pág. 191. No se admite la designación de representante *ad hoc* a nivel de grupo de empresas no patológico en caso de despido colectivo: SAN 31-5-2013, nº sent. 111.

⁸¹ Un ejemplo: SAN 15-10-2012, nº sent. 112.

das –ambas- democráticamente por centro, y una comisión representativa de segundo grado elegida por y entre los miembros de las comisiones designadas en proporción al número de trabajadores que representen.

5.2. Los plazos y demás cuestiones relativas al preaviso

La regulación sobre plazos para atribución y designación de los componentes de la comisión *ad hoc* se ha visto intensa y afortunadamente modificada por el RDL 11/2013. En la regulación precedente, es más desde su origen en el RDL 10/2010, la designación de la comisión *ad hoc* se tenía que realizar en el perentorio plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas, sin que la falta de designación pudiese suponer la paralización del mismo (arts. 41.4.5^o ET, 4.3 RD. 801/2011 y 26.4 RD. 1483/2012). En dicho plazo también tales sindicatos deberían corresponder al llamamiento designando los concretos componentes de la comisión y comunicarla al empresario, lo cual sería difícilmente posible salvo previsión de carácter general anticipada⁸². La lógica exigía conferir un plazo previo al inicio del período de consultas con objeto de dar tiempo a la constitución de la comisión negociadora, muy en particular en las empresas complejas, y, por supuesto, a la designación de la/s comisión/es *ad hoc*. Pero la lectura de tales preceptos era taxativa y pese a los intentos de interpretación correctora del mismo⁸³, su literalidad justificaba que sin la voluntad concordante del empresario, el plazo de 5 días computase a efectos de los plazos máximos de duración de las consultas/negociación⁸⁴.

Como decimos, la imposible conciliación de iniciar unas consultas sin dar un plazo por muy reducido que fuese para la identificación del interlocutor no sólo afectaba a la designación de la comisión *ad hoc*, sino al común de

⁸² R. Escudero Rodríguez, “Negociación colectiva...”, cit., pág. 57.

⁸³ C. San Martín Mazzuconi, “La reforma de los arts. 40 y 41 ET”, en AAVV-dir. A. Montoya Melgar y F. Cavas Martínez-, “Comentario a la reforma laboral de 2010”, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pág. 201.

⁸⁴ El plazo máximo del período de consultas impide que cualquiera de las partes pueda compeler a mantener abiertas artificialmente las negociaciones, pero no a que éstas efectivamente las mantengan (SSAN 13-5-2013, Roj: SAN 1026/2013, 13-3-2013, n^o sent. 43). Con lo que su superación no vicia de nulidad el despido (SSTSJ Castilla y León, 18-4-2013, sentencia 178/2013; Galicia 6-7-2012, n^o sent. 3967/2012).

los supuestos⁸⁵. Y probablemente se debía a que el legislador partía de que dicha labor de concreción de los interlocutores y acuerdos sobre el nivel de negociación se haría con carácter previo a dicho inicio, mediante negociación informal, no institucionalizada, entre empresa y trabajadores, y en su caso a través de su representación⁸⁶. ¿Cómo podría si no pretenderse la primera reunión no antes de transcurridos tres días en lugar de al menos cinco? (art. 7.3 RD 1483/2012).

Afortunadamente el RDL 11/2013 ha corregido en este punto la regulación precedente, exigiendo en los arts. 40.2, 41.4, 47.1, 51.2 y 82.3 ET –éste último

⁸⁵ Así, teóricamente al inicio del período de consultas se desconocía si las secciones sindicales decidirían o no ejercer su preferencia negociadora, con lo que comenzaban sin certeza sobre el interlocutor (secciones sindicales versus representación unitaria y comisiones *ad hoc*) y el ámbito global o fraccionado de la negociación. Al preverse reglamentariamente la posibilidad de negociar por centros o conjuntamente (RD. 801/ 2011, y versión originaria del RD. 1483/2012) por lógica también era necesario un plazo para la adopción de dicha decisión, sin que recayese sobre las exclusivas manos de la empresa sino, fundamentalmente, de la negociación [J. Cruz Villalón, “El nuevo...”, cit, pág. 44; J.R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla “Los procedimientos...”, cit., pág. 137; -pese a otorgar a la empresa mayor peso en la decisión al corresponder a ella la iniciativa- M^ºL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., pág. 199]. De hecho si se observa el art. 6.2 RD 2012, no se desprendía –hasta se dispone en apartado distinto- que la información en él contenida se tuviese que hacer simultáneamente a la comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral. Y es que realmente su contenido era de cumplimiento imposible en tales fechas de inicio de las consultas, pues es imposible que el empresario designe la comisión negociadora -banco social-, y ni tan siquiera conocerla, pues su constitución sólo puede ser posterior a la comunicación de su apertura (arts. 27 RD 1483/2012). También era imposible por lo que hemos dicho antes que el empresario supiese en la mayoría de los casos si se va a realizar la negociación globalmente o parcelada, pues sólo podría imponer esta última en caso de negociación de la representación unitaria, es decir, si las secciones sindicales declinasen, y aún siendo su voluntad la de la negociación global el veto –de negociar la representación unitaria- podría ser opuesto por cualquiera de los centros. Más concretamente, era imposible la remisión de las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión *ad hoc*. De manera similar habría que interpretar el art. 8 RD 801/2011 puesto en relación con el art. 11.2, si bien, en correspondencia con la exigencia de autorización administrativa del despido, se refiere a documentación que acompaña a la solicitud de iniciación del expediente ante la autoridad laboral y simultánea apertura del período de consultas (art. 5).

⁸⁶ De hecho, se ha admitido la validez del acuerdo obtenido antes de la formalización de la solicitud de inicio del procedimiento ante la autoridad laboral (vid. STS, sala de lo contencioso-administrativo, 14-2-2007, RJ20072543). Véase también que dicha posibilidad se incluía en el borrador del RD 801/2011: J.M^º Fusté i Miquela y E. Rojo Torrecilla, “El desarrollo de la reforma laboral en materia de ERES y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. Estudio del RD. 801/2011, de 10 de junio”, en AAVV –dir. F. Pérez Amorós y E. Rojo Torrecilla-, “La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial”, Bomarzo, Albacete, 2012, págs. 148 y 149). En particular, el art. 4.3 RD. 801/2011 admite que las comisiones *ad hoc* se constituyan antes del inicio de las consultas y de hecho parece práctica habitual que las negociaciones se inicien y concluyan incluso antes de la apertura del procedimiento: M^ºL. Molero Marañón, “El procedimiento...cit, págs. 198, 205 y 206. Y lo mismo cabría decir del art. 26.4 RD. 1483/2012, previo a su reforma por el RDL 11/2013. En este sentido, lo reconoce como práctica habitual con la que se venían resolviendo tales problemas: F. Navarro Nieto, “Los despidos colectivos: novedades normativas...”, pág. 13.

por remisión al “*desarrollo de un período de consultas en los términos del art. 41.4*”- que la comisión representativa de los trabajadores esté constituida antes de la comunicación empresarial del inicio de las consultas. Para ello se introduce un plazo de constitución de la comisión representativa, que oscila entre los 7 días máximo para el caso en que todos los centros afectados cuenten con representación, o los 15, también máximo, para el supuesto de que alguno de los centros no cuente con aquélla, y, en ambos casos, a computar desde la fecha de su comunicación. Y supone a su vez lo que podríamos llamar un preaviso de dimensión correspondiente a tales plazos, formulado en la comunicación fehaciente “*a los trabajadores o a sus representantes*” de su intención de iniciar el procedimiento. Repárese en que el plazo lo es no para la designación de la comisión *ad hoc*, sino para la constitución de la comisión representativa. Ya que el estatuto otorga un plazo máximo superior en 8 días para el caso en concurren centros sin representación, parece que éste puede servir de orientación para la designación de dicha comisión en la regulación interna o convencional de dicho proceso.

A falta de precisión o remisión, debe descartarse que su configuración legal en términos de máximos legitime su reducción ni aún mediante convenio colectivo. Por el contrario, lo que supone es que, caso de constituirse en un plazo menor, nada impedirá el inicio de las consultas. También al ser un plazo máximo, de superarse aquél y conforme a los preceptos citados, la dirección de la empresa “podrá”, que no “deberá” comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del período de consultas, sin que la falta de constitución de la comisión negociadora sea obstáculo alguno para el inicio y transcurso del período de consultas, ni imponga su posterior constitución ampliación del mismo⁸⁷. Los 7 y 15 días máximos lo son naturales, y deben ser computados a partir del siguiente día a su recepción (art. 5.1 y 2 C Civil). En cuanto al carácter fehaciente de la comunicación a los trabajadores, el tenor de los arts. 3.1.f) y 17.2.f) RD. 1483/2012 parece admitir la colectiva siempre y cuando sea a través de medio apto para sus fines, pero en caso de practicarse ésta de manera individual puede ser particularmente útil la posibilidad de comunicación fehaciente a través de medios electrónicos, telemáticos, etc, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos de forma tal que esté garantizada su autenticidad y resguardo acreditativo de su recepción⁸⁸.

⁸⁷ Tampoco supuso su ampliación la incorporación tardía de un representante despedido y en tanto lo estaba, y cuya improcedencia fue reconocida tras finalizar las consultas (SAN 20-2-2013, Roj SAN 820/2013).

⁸⁸ Así, por ejemplo, ha sido aceptada como forma de notificación de jura de cuentas en aplicación del art. 162 LEC, y Ley 59/2003, de 19 diciembre, de firma electrónica, que contempla los certificados reconocidos (artículos 11 y siguientes) y los dispositivos de firma electrónica y sistemas de certificación de prestadores de servicios de certificación y de dispositivos de firma electrónica (a partir del artículo 24): ATS 21-3-2013, JUR\2013\105097.

Como se ve los destinatarios pueden ser los trabajadores directamente, lo que significa que deben ser ellos en caso de carencia de representación legal en el centro de trabajo afectado y en tanto no designen la comisión *ad hoc*. Una vez designada nos encontraríamos en el supuesto de existencia de tal representación colectiva, con lo que los restantes trámites se entenderán exclusivamente con ella. En cualquier caso, siempre cabe mejora por convenio colectivo, claro está, siempre que ésta no desplace a los destinatarios naturales según exista o no representación. Desde esta perspectiva, cabe admitir que la comunicación se remita, por ejemplo, a los sindicatos más representativos y representativos del sector⁸⁹ o, como hemos visto, a la comisión paritaria, pero por añadidura a la de los trabajadores, y no es sustitución de ésta.

En cuanto al contenido de la comunicación, tanto el Estatuto de los Trabajadores como la sola referencia que se incorpora en los arts. 3.1.f) y 17.2.f) RD. 1483/2012, parece limitarlo en una primera lectura a la declaración de intenciones de iniciar el procedimiento correspondiente. Sin embargo, al vincular dicha comunicación al plazo de constitución de la comisión representativa de los trabajadores, parece obvio que su contenido debe ir encaminado a tales fines por parte del que toma la iniciativa conforme al deber de buena fe. Por consiguiente, y aún cuando haya desaparecido con el RDL 11/2013 la expresa obligación de información del originario art. 26.4 RD.1483/2012 y su precedente art. 4.3 RD. 801/2011, es lógico que en la comunicación, aparte por supuesto del plazo para la constitución de la comisión representativa y consecuencias de su inobservancia, se tenga que indicar una orientación si quiera básica, muy en especial si concurren centros sin representación⁹⁰; en definitiva, pautas sobre la formación de la comisión representativa así como respecto de las comisiones *ad hoc*, las distintas posibilidades de su designación, y las consecuencias elementales de la ausencia de atribución expresa de representación. De hecho, no es esa la única información que tendrá que transmitir la empresa a los trabajadores en esta fase previa pues, no ya para permitirles barajar la posibilidad de dejar su representación en manos de la representación unitaria de los centros afectados, sino en general para la efectiva constitución de la comisión representativa, será imprescindible que la empresa les comunique qué centros se verán afectados así como, salvo previsión de otra forma eficaz de gestión del proceso, la información –a medida que la vaya obteniendo– prevista en el actual art. 6.2 y 19.2 RD. 1483/2012.

⁸⁹ Vid. J. Cruz Villalón, “La flexibilidad...”, cit., pág. 99.

⁹⁰ J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, cit., pág. 99.

5.3. La decisión y posibles efectos sobre el funcionamiento interno de la comisión

La decisión de la atribución de representación a la comisión *ad hoc* externa o interna, así como la elección de los componentes de esta última se hará sin necesidad de sometimiento a las reglas de la asamblea y ni tan siquiera a los requisitos del art. 80 ET⁹¹. Las razones que barajo para tal conclusión son las que siguen.

Ni en el texto legal, en ninguna de sus versiones, ni en los sucesivos reglamentos y sus distintas redacciones, se exige o se remite ni a la asamblea y sus reglas, como tampoco, más concretamente, al art. 80 ET. Lo único que se ha exigido en todo momento es el carácter democrático de la decisión y, en su caso, de la elección, y sin sometimiento a formalismo alguno salvo la necesaria constancia mediante acta de dicha atribución de la representación (arts. 6.2, 19.2 –versión anterior al RDL 11/2013-). Tal carácter informal es consecuente con la exigüidad de los plazos previstos para su designación que –particularmente- bajo la regulación precedente la hacían materialmente incompatible con la regulación de la asamblea, cuyo art. 79 ET exige en principio comunicación de la convocatoria al empresario con una anticipación mínima de 48 horas. Plazo que también parece excesivo desde la óptica de su contraste con las 24 horas que exige el Estatuto en las elecciones sindicales en centros de hasta 30 trabajadores (art. 74.2 ET). De hecho, los aspectos esenciales del régimen de la asamblea no encajan en el supuesto de estudio. Así, tampoco se ajusta a la exigencia de presidencia de aquélla por una inexistente representación unitaria (art. 77.1 ET)⁹², ni a los límites temporales previstos para sucesivas convocato-

⁹¹ R. Fernández Fernández, “El papel negociador de los trabajadores en caso de ausencia de representación legal tras la reforma laboral de 2010”, Comunicación al X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Sevilla, del 21 a 23 de septiembre de 2010, pág. 9; P. Nieto Rojas, “Comisiones...”, cit., pág. 69. En contra: R. Roqueta Buj, “La flexibilidad...”, págs. 53 y 54. En la práctica y desde el RD. 43/1996, efectivamente, se ha impuesto un procedimiento de designación completamente informal, con la única exigencia de acreditación documental de que el resultado ha sido adoptado por mayoría (M^aL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., págs. 186, 187 y 192). Ya se advirtió por la doctrina que nuestro Ordenamiento en ocasiones somete la adopción del acuerdo a las reglas del art. 80 ET, en tanto en los restantes casos deja libertad de procedimiento y, por supuesto, sin necesidad de que el mismo se adopte mediante asamblea (M.A. Limón Luque, “Derecho...”, cit., pág. 128). En contra, exige que se decida a través de asamblea: SAN 16-11-2012, AS 2013/212.

⁹² Aunque no sea un requisito insalvable; por todas sobre asamblea revocatoria: SS TS 19-1-2004, RJ. 2034; TSJ. Andalucía/Granada 21-3-2012, AS. 2087; TSJ. Comunidad de Madrid 3-7-2006, AS. 2007/535; Cantabria 26-4-2002, AS. 1547). En general, para el supuesto en que no haya representación unitaria, como por otra parte prueba la posibilidad de convocatoria de elecciones por los trabajadores (arts. 67.1 ET y 2.2 RDE) (M.A. Limón Luque, “Derecho...”, cit., págs. 173, 216 a 229, en especial 220).

rias (art. 78.b) ET)⁹³. También debe descartarse la presunción de su realización fuera de la jornada (art. 78.1 ET), dado que no es sino tiempo necesario dedicado a la atención de la iniciativa empresarial⁹⁴, presupuesto imprescindible directamente instrumental a la labor de negociación, y que, a mayor abundamiento, merecería al menos un tratamiento similar al tiempo de votaciones en las elecciones sindicales (art. 75.1 ET) cuya inexistencia, a la postre y para este supuesto específico, vienen a solventar.

Según vemos, la fórmula legal parece estar más en la línea de aligeramiento de los requisitos que supone la exigencia de adopción del acuerdo mediante asamblea que también se ha seguido en la sustitución de ésta por el referéndum en la designación de las secciones sindicales legitimadas para negociar el convenio franja a partir de la reforma de 2011 (art. 87.1.4º ET)⁹⁵. Ahora bien, para la designación de la comisión *ad hoc*, y a diferencia de lo que acabamos de ver respecto del referéndum del art. 87.1.4º ET, ni tan siquiera se exige que el voto sea personal, directo y secreto; la libertad del voto, es connatural al carácter democrático de la decisión, no así el resto. Si a ello se añade que el Tribunal Supremo limita las exigencias del art. 80 ET a las votaciones para aprobar los acuerdos vinculantes específicos que son competencia de la asamblea⁹⁶, es claro que la ausencia de formalismos en las decisiones relativas a las comisiones *ad hoc* alcanzan también, por ejemplo, al secreto del voto⁹⁷. Y por similares razones, tampoco se exige el carácter personal y directo del voto, con lo que es posible el voto a través de fax, telegrama, teléfono, correo electrónico... e incluso el voto delegado.

Tampoco se exige en el art. 41.4 ET que las decisiones adoptadas democráticamente (opción por la designación –o no- de la comisión, si externa o interna y en éste último caso, la designación de sus componentes) se acuerden por mayoría alguna, bastando por consiguiente la mayoría simple, sin que en principio se le pueda dar ningún significado concreto a la abstención en tanto ésta puede derivar de múltiples causas⁹⁸. También esta postura recibe apoyo de contraste en la diferente redacción del 87.1.4º ET⁹⁹. Al fin y al cabo, tampoco para la elección de la representación unitaria se exige mayoría absoluta, salvo

⁹³ En esta línea, diferencia entre el derecho de asamblea y otras expresiones del derecho de reunión como el de asistir a reuniones informativas sobre los convenios colectivos que les sean de aplicación: L.E. de la Villa Gil, “La participación de los trabajadores en la empresa”, IES, Madrid, 1980, pág. 168. Integra en la excepción a estos límites los descuelgues y excluye los restantes procedimientos de negociación que no supongan modificación de convenio (M.A. Limón Luque, “Derecho...”, cit., pág. 268).

⁹⁴ Vid: L.E. de la Villa Gil, “La participación...”, cit., pág. 168.

⁹⁵ Véase: A. Ojeda Avilés, “Compendio de derecho sindical”, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 385.

⁹⁶ Por todas: SSTS 21-2-2012, R.J. 3900; 30-10-2007, R.J. 2008/797.

⁹⁷ P. Nieto Rojas, “Comisiones...”, cit., pág. 69.

⁹⁸ En este sentido, por ejemplo: S. TC 23/1983, de 25 de marzo.

⁹⁹ Propone que se aplique por analogía: F. Navarro Nieto, “La reforma...”, cit., págs. 956 y 957.

en el supuesto del centro de trabajo con plantilla de entre 6 y 10 trabajadores y ésta referida no a la necesariamente obtenida por el candidato sino a la promoción de las elecciones por los trabajadores o a su celebración medida su voluntad tácita mediante participación mayoritaria en las convocadas por el sindicato¹⁰⁰. Todo ello por supuesto, sin menoscabo de la aplicación de las reglas generales sobre validez del consentimiento (arts. 1262 y ss. CCivil) y buena fe, lo que debe suponer el razonable aseguramiento de la posibilidad de participación de todos los trabajadores del centro.

Hasta ahora me he venido refiriendo a la votación, como medio por antonomasia de expresión de esa voluntad democrática. Sin embargo ante la ausencia de exigencia de formalismo alguno y hasta de votación, nada impide aceptar que tales decisiones se realicen mediante asentimiento, salvo en los supuestos en que pueda verse afectada la libertad sindical individual negativa (vid. art. 11.2 LOLS)¹⁰¹. Sí parece necesario que se deje constancia más o menos explícita de los resultados de la elección mediante acta de atribución de la representación o documento adjunto; ésta sigue siendo necesaria, si quiera a efectos de prueba, aún cuando ya no se explicita en los modificados arts. 6.2 y 19.2 RD, que tras el RDL 11/2013 refieren las actas a la atribución de la representación a la comisión negociadora del art. 27 y no a las del 26¹⁰². Téngase presente que caso de haberse realizado una votación para la elección de la comisión laboral, el número de votos obtenidos será en principio y salvo previsión en contrario un criterio útil en el funcionamiento interno de la comisión y no sólo a efectos de la adopción de acuerdos, siendo válido por consiguiente para dirimir empates caso de que sean dos los designados¹⁰³. Si bajo la regulación precedente el funcionamiento interno de la comisión se regía al menos conforme a la previsión legal por el criterio del voto favorable de la mayoría de sus miembros¹⁰⁴, aún matizado en el caso de la comisión sindical por el de proporcionalidad, la nueva redacción de los preceptos estatutarios tras el RDL 11/2013, como también el reformado art. 28.1 RD 1483/2012, parecen seguir esta dirección reconociendo mayor fuerza a la ponderación del voto, que se erige claramente en criterio rector frente al “per cápita”. Así en lo que respecta a la adopción de acuerdos, y aún cuando elude una referencia directa a la comisión, implícita-

¹⁰⁰ Arts. 6.3.e) LOLS, 62.1, 67.1 LET y 2.2 RD 1844/1994, 9-9. Véanse: SS. TC 36/2004, 8-3; 70 y 71/2006, 13-3; 62, 64 y 66/2004, 19-4; 103/2004, 2-6; 175/2004, 18-10; 60/2005, 14-3; 125/2006, 24-41. En similar sentido: STS 10-3-2004, RJ. 2595.

¹⁰¹ J. Cruz Villalón, “La flexibilidad interna...”, cit., pág. 100.

¹⁰² En este sentido: SAN 19-12-2012, n^o sent 168.

¹⁰³ Por ejemplo: -porcentaje de representatividad para resolver los empates en el seno de la comisión negociadora: SSTS 22-12-2008, RJ. 7172 y 22-11-2002, RJ 2700; SAN 28-3-2006, AS 1467. También empates en la composición del Comité Intercentros: STS 4-12-2000, RJ. 10416.

¹⁰⁴ Quizá siguiendo los parámetros normales de actuación de la representación unitaria (vid. : arts. 65.1, 66.2 y 19.5 ET y 21.3 LPRL).

mente la aborda al exigir que la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la comisión representativa de los trabajadores, represente siempre y en ambos casos, a la mayoría de los trabajadores del centro o centro de trabajo afectados conforme al porcentaje de representación que tenga cada uno de sus integrantes.

Por último, tampoco ha extendido el legislador a estos supuestos las reglas previstas en el art. 69.2 ET sobre electores y elegibles¹⁰⁵, sin que quepa su aplicación por analogía; no existe laguna legal en la imprevisión de lo que no es sino una limitación que no viene impuesta por principio general alguno, ni es un supuesto equiparable a las elecciones sindicales ni en procedimiento ni en finalidad¹⁰⁶.

5. LA FALTA DE DESIGNACIÓN, CONEXIONES CON LA COMISIÓN REPRESENTATIVA Y PESO EN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS

Desde su origen en 2010 la designación de la comisión *ad hoc* se ha configurado como una mera opción en manos de los afectados, una posibilidad y no una obligación ni aún derivada del deber de negociar o del deber buena fe (“podrán optar”)¹⁰⁷. Con ello se deja abierto el cuestionamiento de otras posibles vías y, en cualquier caso, cuáles serían las consecuencias de esa falta de designación.

De no designarse comisión *ad hoc* quedarían descartadas como alternativas válidas las vías de intervención que se vinieron utilizando antes de la reforma¹⁰⁸. Concluíamos en el primer epígrafe que si bien las consultas son en todo caso obligatorias, lo cierto es que sin la comisión *ad hoc* no podrían

¹⁰⁵ En este sentido: P. Nieto Rojas, “Comisiones...”, cit., pág. 69.

¹⁰⁶ No obstante, de manera similar a como se viene considerando respecto de las elecciones sindicales, estará integrado el colectivo por los trabajadores con contrato vigente o suspendido con reserva de puesto de trabajo o asimilable, quedando en todo caso excluidos los prejubilados [véanse, respecto de los prejubilados: STS 1-6-2004 [RJ 2004, 5040]; y por la doctrina, por todos: J. Cabeza Pereiro, “Las elecciones sindicales”, Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 52 a 54. Véase también: CCOO, “Elecciones sindicales. Sentencias y Laudos arbitrales”, Bomarzo, Albacete, 2010, págs. 227 a 230, y 261 y 262].

¹⁰⁷ En esta línea: L.E. de la Villa Gil, “Comisiones...”, cit., págs. 7, 19 y 20; R. Fernández Fernández, “El papel...”, cit., pág. 10; S. González Ortega, “El ejercicio...”, cit., pág. 154; F. Navarro Nieto, “La reforma...”, cit., pág. 956; R. Roqueta Buj, “La flexibilidad interna...”, cit., pág. 54. En contra: J.R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla, “Los procedimientos de despido colectivo...”, pág. 127.

¹⁰⁸ Cfr. epígrafe 1. En similar sentido: M^oL. Molero Marañón, “El procedimiento...”, cit., págs. 187 a 189 y 193. En contra: S. González Ortega, “El ejercicio...”, cit., pág. 155.

cumplir con su finalidad esencial de lograr un acuerdo colectivo¹⁰⁹. De hecho, el art. 28.1 RD. 1483/2012 –de manera similar a como hacía el art.14.3 RD. 801/2011- reconoce que “*sólo se considerará acuerdo colectivo en el período de consultas aquél que haya sido adoptado por los sujetos a que se refiere el art. 26*”, que por supuesto nos remite al art. 41.4 ET.

Pese a todo, tras la regulación de las comisiones *ad hoc* en 2010 la falta de designación en plazo no legitimaría sin más al empresario para dar por concluido el período de consultas, ni aún en caso de ser sólo uno el centro afectado¹¹⁰. La única consecuencia prevista para el caso de inexistencia de la comisión *ad hoc* con anterioridad al RDL 11/2013 es la no paralización del período de consultas y la continuación del procedimiento (art. 4.3 RD. 801/2011 y 26.4 RD. 1483/2012), lo que viene a significar la ausencia de obligación de ampliación del período de consultas y su teórica continuación hasta el plazo legal máximo de finalización de aquéllas, quizá ante la expectativa de su consignación extemporánea¹¹¹. Al carecer de representación, queda descartada igualmente la mediación, aún cuando sí sería posible acudir al arbitraje, bien voluntario mediante acuerdo del empresario y la mayoría de los trabajadores, caso de considerarse prescindible la opción más técnica de designación de representante para tal menester, bien obligatorio, como es el previsto en el art. 83.3 ET en el supuesto de descuelgue una vez finalizado el período de consultas¹¹².

Pero, ¿y si en lugar de tratarse de un único centro de trabajo afectado fueren varios, con o sin representación?. Con anterioridad a la reforma era desde luego posible alcanzar acuerdos parciales pues era factible la negociación fragmentada. Sin embargo, una vez impuesta la negociación conjunta, en puridad y salvo previsión subsidiaria de atribución legal de representación, no sería posi-

¹⁰⁹ En este sentido, la SAN 1-7-2011, n^o sent. 104/2011, JUR 245636; STSJ Madrid 9-5-2013, n^o sent 342. Véase también, por ejemplo, en esta línea, respecto de negociación paralela con la representación de los trabajadores y los trabajadores representados: SAN. 25-7-2012, núm. sent. 90/2012; 8-2-2013, n^o sent. 257 –obviando a la representación–.

¹¹⁰ En contra: R. Roqueta Buj, “La flexibilidad...”, cit., pág. 54. Se exige, por lo demás, una conducta activa por parte de la empresa, solicitando comunicación de la decisión de los trabajadores y convocando a reunión: STSJ Madrid 8-4-2013, n^o sent 251.

¹¹¹ Así se ha sostenido doctrinalmente la admisibilidad de la designación extemporánea de la comisión *ad hoc*, siempre y cuando tuviese lugar antes de la finalización del plazo legal previsto para las consultas, sin más consecuencia que el consiguiente acortamiento del período de negociación (L.E. de la Villa Gil, “Comisiones ...”, cit., pág. 20; R. Fernández Fernández, “El papel...”, cit., pág. 9).

¹¹² No obstante, en el ámbito del concurso, el art. 64.2 L 22/2003, de 9-7, establece que en defecto de designación el juez podrá acordar la intervención de la comisión externa. Recuérdese que la Ley 38/2011, de 10-10, adaptó la Ley concursal a la reforma de la L 35/2010, y dio así solución al silencio legal precedente respecto de los supuestos en que no exista representación de los trabajadores. Como se ve desde aquellas fechas, la L Concursal presenta una notable diferencia respecto de la normativa laboral a que se remite y que supone un reforzamiento de la representación sindical y de dicho apoyo selectivo.

ble alcanzar un acuerdo colectivo si por no negociar la representación sindical fuese necesaria la constitución de la comisión *ad hoc* en alguno o varios de los centros y, efectivamente no se hiciese¹¹³. Este problema se solventa por el art. 41.4.b).2ª.2º ET¹¹⁴, de manera que se atribuye *ex lege* la representación legal de los trabajadores de los centros que opten por no designar la comisión *ad hoc* al conjunto de las representaciones legales de los centros afectados. Esta asignación no supone alteración alguna de los equilibrios previos pues se proporciona en función del número de trabajadores que representen. Pero lo que sí se establece, añadidamente, es una velada preferencia a favor de la representación unitaria para la representación de aquéllas unidades inactivas, lo que supone a su vez un debilitamiento global de las representaciones *ad hoc* de otros centros concurrentes. De hecho, no se ha previsto abiertamente una regla similar para el caso en que ninguno de los centros afectados cuente con representación legal, aún cuando podría defenderse salvaguardada la plena eficacia erga omnes del acuerdo por latir aquélla igualmente en el art. 41.4.b).3ª ET, y aún más en interpretación sistemática con el párrafo antes dicho, al consignar que la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros afectados; la omisión de designación sencillamente supondrá una dejación en manos de las existentes, nuevamente, en proporción al número de trabajadores que representen.

En consecuencia, caso de tratarse de una pluralidad de centros de trabajo afectados, ahora cabría defender que el plazo de designación y constitución de la comisión representativa, y más concretamente su efectiva constitución, precluye en principio el acceso a la misma, pues debe quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial¹¹⁵. No en vano ahora se remite a la falta de ésta —y no de la comisión *ad hoc*— las consecuencias antes previstas para la designación de la comisión *ad hoc*.

El RDL 11/2013 no sólo fuerza a la constitución de una única comisión negociadora, sino que establece un máximo de 13 miembros¹¹⁶, opción razonable que tiene presente el máximo previsto para el comité intercentros (art. 63.3 ET)

¹¹³ Vid. epígrafes 1 y 2.

¹¹⁴ Previamente a la reforma, la SAN 22-4-2013, nº sent. 78, lo solventa, parece, atendiendo al bajo porcentaje de trabajadores que aquéllos centros sin designación representan y a las limitadas consecuencias previstas legalmente.

¹¹⁵ De la misma manera que la constitución de la comisión negociadora impide con carácter general que las secciones sindicales puedan ejercer su preferencia negociadora frente a la representación unitaria (vid. N. Tomás Jiménez, “Los sujetos...”, cit., pág. 263). Otra cosa es la sustitución del representante *ad hoc* durante el proceso [vid. SAN 22-3-2013, nº sent. 54].

¹¹⁶ La composición numérica de la comisión pertenece a la autonomía de las partes y los Tribunales no pueden entrar a corregir o valorar tales acuerdos salvo ejercicio abusivo del derecho (por todas: STC 137/1991, 20-6; SSTS 13-11-1997, 5-11-1998, 5-12-2000, y 7-3-2002. [Solans Latre, págs. 116 y 117].

y la comisión negociadora de convenios no sectoriales (art. 88.4 ET). Ahora bien, la comisión representativa se configura como un órgano de representación conjunta de los centros afectados. Así se deduce de sus reglas de adopción de acuerdos por mayoría de sus miembros que representen a la mayoría de los trabajadores de los centros de trabajo afectados, como también de su tendencial composición electiva por y entre los miembros de las comisiones *ad hoc* (art. 41.4.b).3^a ET) y los representantes legales de los trabajadores (párr., siguiente), siempre en proporción al número de trabajadores que representen. Con este modo de designación se salvaguarda el peso representativo del conjunto de las comisiones *ad hoc*¹¹⁷. *Por tanto se promueve la constitución de una auténtica comisión negociadora conjunta*¹¹⁸ *que supera las limitaciones que supondría la mera sumatoria de la representación parcelada por centros –y, por tanto, su posible veto por aquéllos–, que sin embargo quedaba abierta bajo la regulación precedente*¹¹⁹. *Por otra parte, el criterio de proporcionalidad sindical*¹²⁰ *ahora se completa con el de la dimensión de la plantilla de cada una de las unidades electorales*¹²¹. *Téngase presente que esta ponderación resulta imprescindible, no ya a la vista del problema común de que el número de representantes legales no se corresponda proporcionalmente con el número de representados (arts. 62 y 66 ET), sino sobre todo porque en el caso de las comisiones ad hoc esa falta de correspondencia se agrava pues su número de miembros es completamente indiferente de la dimensión del centro que representan. Como se anticipó, el número de miembros de la comisión ad hoc importará a efectos de su funcionamiento interno, pero al exterior, en orden a decidir y en su caso formar parte de la comisión negociadora, el voto de cada comisión no vale más que el número de trabajadores que representan.*

¹¹⁷ Y se permiten alianzas posteriores. No sucede así en el caso de las candidaturas independientes que no concurren a las elecciones coaligadas o en grupo, pues no se admiten pactos posteriores: STS 3-10-2001, RJ 8979 –comité intercentros–; 21-10-1997, RJ 9154 –ni afiliaciones posteriores para la comisión negociadora–. Véase, también: STC 12/1983.

¹¹⁸ Algo que ya parece postular de la comisión negociadora la AN, al afirmar dicho carácter conjunto y una ponderación del voto, en principio, en función del porcentaje de trabajadores que los hayan elegido [por ejemplo: SAN 22-4-2013, n^o sent. 78].

¹¹⁹ En este sentido: F. Navarro Nieto, “Los despidos colectivos: novedades...”, cit., pág. 15.

¹²⁰ Como del comité intercentros y de cualquier comisión negociadora, aplicándose en su caso el voto ponderado frente al criterio “per capita” [por todas: STS. 23-1-2012, RJ 2146].

¹²¹ Vid, comité intercentros y distribución por centros: STSJ Andalucía/Sevilla 16-3-2000, AS 3654. He insiste en la necesaria ponderación del voto en función de los representados: SAN 22-10-2013, n^o 184.

6. LAS GARANTÍAS Y FACILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS COMISIONES AD HOC

Ya hemos hecho referencia a la tutela que pueda alcanzar la comisión *ad hoc* sindical así como sus miembros a través de los arts. 28.1 y 37.1 CE. La falta de previsión legal de las facilidades y garantías de los miembros de las comisiones *ad hoc*, debe saldarse a favor de la aplicabilidad de la totalidad de aquéllas, puesto que son “representantes legales de los trabajadores”¹²², tal y como refiere el art. 68 ET. No obstante, de apreciarse una laguna legal, igualmente le serían extensibles por analogía, pues le son trasladables por su identidad de razón (art. 4.1 CCiv).

Así, puesto que efectivamente son y actúan como representantes de los trabajadores suplentes de la representación unitaria, considero les son extensibles aquéllas cuyo fundamento último o razón es la protección de la actividad de representación de los trabajadores, su independencia y pervivencia a corto y largo plazo, y que permite configurar a grandes trazos su ámbito subjetivo. Este es el caso de las garantías de indemnidad e inmunidad y las instrumentales a ésta de expediente contradictorio y efectos de su revisión en sede jurisdiccional reconocidas a aquélla (arts. 14 CE, 68.a) y c), 55.4 ET, y 108.1, 110.2 y 4, 115, 282.2, 283 y 284, 286.1, 297 y ss, y en particular el 302 LRJS)¹²³. También parece que en términos generales deba extenderse la regla de prioridad de permanencia en la empresa [arts. 68.b) y 51.5 y 7, y 52.c) y 40.5 ET] como medio de elusión de represalias¹²⁴, aún cuando pueda estar algo más matizado el elemento coadyuvante a corto plazo de la pervivencia de la representación¹²⁵.

¹²² Respecto del art. 124 LRJS: SAN 13-5-2013; STSJ Cataluña 23-5-2012, núm. sent. 13/2012.

¹²³ De hecho, hay otros sujetos que se benefician de tales garantías, como son los delegados de prevención (art. 37.1 y 4, y véase también sobre designación el art. 35.5 LPRL). O de algunas de ellas, como es el caso letras a, b, y c del art. 68 y el art. 56.4 ET, que se extienden al personal designado por el empresario para realizar las labores de prevención y a los integrantes del servicio de prevención constituido por la empresa (art. 30.4 LPRL). Se justifica, en cambio, que no se le apliquen al afiliado o al portavoz interno de la sección sindical, pues ninguno de ellos realiza una tarea representativa sino, a lo sumo, cometidos internos al sindicato (vid. A. V. Sempere Navarro y A. I. Pérez Campos, “Las garantías de los representantes de los trabajadores”, Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 23 y 24). Por ejemplo, respecto de las garantías frente al poder disciplinario del empresario, vid. S. TS de 18 de febrero de 1997, RJ. 1448.

¹²⁴ SSTS 9-10-1989, RJ 7138; 30-10-1989, RJ 7465; 13-9-1990, RJ 7004. Una tentación: STSJ Andalucía/Granada 12-5-2010, AS 2011/396.

¹²⁵ No obstante, no olvidemos que el mandato no se agota necesariamente en las consultas. Finalidad fundamental que atribuye: J.M^a Goerlich Peset, “Garantías y facilidades”, en AAVV –R. Escudero Rodríguez y J.R. Mercader Uguina-, “Manual Jurídico de los representantes de los trabajadores”, La Ley, Madrid, 2004, págs. 323 y 325. Aún cuando no es pacífico, extienden dicha preferencia más allá de la finalización del mandato: SSTSJ. Andalucía/Málaga 30-3-2001, AS 973. En contra: STSJ Castilla y León/Valladolid 19-12-2000, JUR 2001/80205.

Igualmente le son aplicables temporalmente las garantías y facilidades estrictamente instrumentales a su labor de representación *ad hoc*, como son relativas a la libertad de expresión y opinión, publicación y distribución de información relativa a sus cometidos (en adaptación del art. 68.d) ET), derecho a local y tablón (art. 81 ET), así como la capacidad de convocatoria y presidencia de la asamblea. Siguiendo la misma tónica ostentan derecho a crédito horario (art. 68.e) ET), como añadidamente el derecho a la retribución del tiempo invertido en la negociación¹²⁶, y tanto más cuando están excluidas del consumo de ese crédito horario las horas de atención al empresario¹²⁷.

¹²⁶ En aplicación de la doctrina que en su momento se predicó respecto de las actividades de negociación de la representación unitaria en interpretación analógica del art. 9.2 LOLS, y que supuso la traslación a aquélla de los permisos que en él se recogen: STS. 23-12-2005, RJ. 2006/1792; SSTSJ. Castilla y León/Valladolid 29-7-1996, AS 2605 y Castilla/La Mancha 14-2-2001, AS. 1876; Asturias 27-9-2002, AS. 3162.

¹²⁷ Otros no computables son, como hemos dicho, los del art. 9.2 LOLS, los permisos no retribuidos del art. 9.1.a) LOLS, los del art. 37.1.3 LPRL y los del art. 28 Ley 10/97 (A. Seoane García, “El crédito horario de los representantes de los trabajadores”, Bomarzo, Albacete, 2005, págs. 47 a 49).

LA PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR Y SU CARÁCTER *EXCEPCIONAL* A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS

MANUELA DURÁN BERNARDINO

Becaria de investigación (FPU) del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras clave: Dependencia; protección social; prestación económica; familia

El presente artículo analiza el indiscutible protagonismo que han tenido las familias en el Sistema de protección de la dependencia y el cambio de modelo legal que recientemente se está impulsando a favor de las prestaciones de servicio, generadoras de empleo y de retornos económicos. Ello centrándome en dos aspectos claves: la incidencia que tienen las reformas más recientes en la prestación para cuidados en el entorno familiar y en la protección social de los cuidadores no profesionales, y en las consecuencias que de las medidas adoptadas se derivan para las personas en situación de dependencia en el contexto sociodemográfico y político-económico actual.

ABSTRACT

Keywords: Dependence; social protection; economic benefit; family

This article analyzes the undisputed role that families have in the protection system dependency and changing legal model recently is pushing for the supply of services, generating employment and economic returns. To this end I will treat two fundamental aspects: the incidence that the most recent reforms in the provision have led for care in the home environment and the social protection of informal carers, and the consequences of actions taken arising for people in dependency status in the current socio-demographic and socio-economic context.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR. UNA PRESTACIÓN DE NATURALEZA EXCEPCIONAL
3. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES
 - 3.1. El convenio especial de Seguridad Social
 - 3.2. La cotización a la Seguridad Social. Particularidades
4. MEDIDAS DIRIGIDAS A FACILITAR LA ACTUACIÓN DEL CUIDADOR NO PROFESIONAL
 - 4.1. Acciones de formación e información
 - 4.2. Medidas para atender los periodos de descanso
5. HACIA LA RESTRICCIÓN DE LA PRESTACIÓN PARA CUIDADOS FAMILIARES. ÚLTIMAS MEDIDAS
6. VALORACIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que los artículos 49 y 50 de la Constitución española prevén que los poderes públicos deberán articular un sistema de servicios sociales para el bienestar de los ciudadanos, la realidad es que el cuidado de las personas en situación de dependencia ha sido asumido tradicionalmente por los familiares o por las propias personas que se encontrasen en dicha situación¹. Durante muchas décadas la responsabilidad de los cuidados tan sólo se adscribía al espacio de lo llamado privado-doméstico. Eran las familias, y especialmente las mujeres de edad media o avanzada quienes han venido soportando la atención y cuidado de sus familiares próximos en edad avanzada o que presentasen alguna discapacidad que les impidiera valerse por sí mismos, constituyendo lo que se conoce como «apoyo informal»². Y este apoyo informal, necesario y no pagado se ha venido haciendo con escasa o nula ayuda de las instituciones públicas (Estado) y privadas (mercado)³.

Eso se debe a la arraigada cultura familia propia de un modelo mediterráneo de cuidados como el nuestro, que ha permitido que determinados Estados hayan podido rehuir la implementación de políticas públicas para la atención

¹ Cano Galán, Y.: “La participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal”, en VV.AA., Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Charro Baena, P. (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y Normas Autonómicas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 446.

² Los cuidados informales son todos aquellos que no son proporcionados por el sistema público o por el mercado, representados, en la mayoría de los casos, por familiares de sexo femenino. Sancho Castiello, M., Díaz Martín, R., Castejón Villarejo, P., Del Barrio Truchado, E.: “Las personas mayores y las situaciones de dependencia”, *RMTAS*, N.º 70, 2007, pág. 27.

³ Gutiérrez Resa, A.: “Mayores y Familia ante el futuro de los Servicios Sociales”, *RMTAS*, N.º 70, 2007, pág. 87; Veiga Copo A. B.: *El Seguro de Dependencia*, Comares, Granada, 2008, pág. 3.

directa de las personas en situación de dependencia⁴, remitiendo el problema al núcleo familiar⁵. Dentro de este núcleo familiar de provisión de cuidados, son las mujeres, en su mayoría hijas del dependiente⁶, las que representan el pilar fundamental de la ayuda, las cuidadoras por excelencia, un auténtico centro de servicios para la familia, auténtico vehículo de la solidaridad familiar⁷.

Este perfil social del cuidador se ha venido fraguando sobre la histórica división del trabajo dentro de la familia, donde la mujer producía servicios no remunerados en el hogar dirigidos a atender a sus familiares, sin reconocimiento social y carentes de cualquier protección social, mientras que los varones aportaban los ingresos obtenidos en el mercado laboral. Pero debe tenerse en cuenta que esta distribución de roles tiene graves consecuencias para la mujer en dos aspectos especialmente, lo que en su conjunto hace que este modelo tradicional de cuidados se resienta:

- En su *protección social*, en tanto que mientras los varones dependientes dispondrán de más recursos institucionales, mejores pensiones, más patrimonio y más personas dispuestas a cuidarlos (como consecuencia de la mayor esperanza de vida de las mujeres y de su predisposición a los cuidados); las mujeres, al contrario, dispondrán de pocos recursos institucionales por su au-

⁴ Los datos así lo demuestran. En el marco de la Unión Europea, España es uno de los países en los que la familia representa la mayor provisión de cuidados y de protección a las personas en situación de dependencia de su entorno y es el país que menos gasto social dedica a la cobertura de esta realidad, que apenas llega al 0,3% del PIB. Véase, en este sentido Montero Soler, A.: "La atención a la dependencia en España: razones para una reforma ineludible", en VV.AA., Calvo Ortega, R. y García Calvente, Y. (Dir.): *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 74.

⁵ Concretamente, la persona que cuida a la persona dependiente varía en función del sexo de la persona que necesita la ayuda. En el caso de las mujeres, los cuidados y atenciones son dispensados en primer lugar por las hijas (35%); en segundo lugar, con un porcentaje del 12%, se encuentra la pareja o cónyuge; y con unos porcentajes mucho más reducidos, son los hijos (8%), y las empleadas del hogar y otros familiares y amigos los que intervienen (13,9%). En cambio, en el caso de los hombres la persona que le proporciona los cuidados que necesita varía considerablemente, siendo atendidos en la mayoría de los casos por el cónyuge o pareja (39%), en segundo lugar por las hijas (22%), en tercer lugar por otros familiares y amigos (11%), seguido por los hijos y empleados (6%). Como se puede apreciar, básicamente se trata de un modelo tradicional, en el que la mujer es la responsable de dispensar la ayuda o cuidados que necesitan sus familiares. Datos obtenidos del informe de Abellán García, A. y Ayala García, A.: "Un perfil de las personas mayores en España, 2012. Indicadores estadísticos básicos", *Informes Portal Mayores*, Madrid, N.º 131. [Fecha de publicación: 1/06/2012], pág. 22.

⁶ Se trae así a colación la tradicionalmente conocida «responsabilidad filial», definida en el año 1980 como la obligación de los hijos adultos de satisfacer las necesidades básicas de sus padres. Véase, Bazo, M.T. (Coord): *Envejecimiento poblacional y el reto de la dependencia*, Nau llibres, Valencia, 2012, pág. 53, que recoge expresamente la originaria definición de SCHORR: Thy Father and Thy Mother. A second look at Filial Responsibility and Family Policy (Social Security Publication 13-11953), Washington, (D.C.: Department of Health and Human Services).

⁷ Monereo Pérez, J.I., Moreno Vida, Mª. N., Maldonado Molina, J.A. y González de Pato, R. Mª: *Manual de Derecho de la Dependencia (Adaptado al EEEES)*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 300.

sencia del mercado de trabajo a lo largo de su vida, tendrán pensiones más reducidas, y no dispondrán del mismo número de cuidadores predispuestos a cederles el tiempo necesario de cuidados⁸.

- En sus *condiciones de vida personal*, por las graves repercusiones que tiene esta prevalencia de la mujer trabajadora en la atención a las personas dependientes en los diferentes ámbitos de su vida. En primer lugar, el tiempo dedicado a los cuidados del familiar dependiente (más de 40 horas a la semana. Cifra que en ocasiones se duplica o triplica) y el hecho de asumir casi en exclusiva dichos cuidados les obliga a reducir su tiempo de ocio y descanso; en segundo lugar, supone un elevado coste para las familias⁹; en tercer lugar, problemas físicos y psíquicos; en cuarto lugar, repercute negativamente en su vida laboral o profesional¹⁰.

Como se observa, las funciones de “cuidador” tienen amplias repercusiones en el desarrollo de la vida normal de los familiares, de ahí que en ocasiones se les llegue a denominar «víctimas o pacientes ocultos»¹¹. Y es que el peso otorgado por el sistema social a las mujeres es desproporcionado e injusto al mantener a un colectivo muy amplio de población en unas condiciones de vida mínimamente dignas¹².

⁸ Durán Heras, M^a. A.: “Dependientes y cuidadores: el desafío de los próximos años”, *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N^o 60, 2006, pág. 63.

⁹ El tiempo diario que los cuidadores dedican a la atención de la persona dependientes supone un coste elevado para las familias y un importante ahorro para las arcas públicas. Esta consideración se puede comprobar multiplicando el número de horas que dedican a la atención de la persona dependiente a su cargo por el precio medio de ese servicio si fuese prestado por un profesional. En un estudio realizado en el año 2004 se comprueba que la aportación de las familias cuidadores fue durante ese año, como media, de 32.400 euros por persona en situación de dependencia. Véase, Montero Soler, A.: “La atención a la dependencia en España: razones para una reforma ineludible”, en VV.AA., Calvo Ortega, R. y García Calvente, Y. (Dir.): *Situaciones de dependencia... cit.*, pág. 72; consúltese igualmente la valoración económica de los cuidados personales en Rodríguez Cabrero, G.: *La protección social de la dependencia en España*. Fundación Alternativas, Madrid, 2004, pág. 171, donde se refleja el gran esfuerzo de la familia española en la atención personal de sus mayores y la necesidad en la actualidad de conceder ayudas públicas que facilite la necesaria solidaridad de la familia.

¹⁰ Las consecuencias que tiene sobre los cuidadores la atención de sus familiares o allegados (estrés, insomnio, trastornos emocionales, conflictos familiares, disminución del ocio y las relaciones sociales, problemas económicos, problemas de salud física, etc.) hace que se ponga en duda la capacidad de los cuidadores informales para proporcionar los cuidados de forma adecuada. En este sentido, véase, Roa Venega, J. M^a. y Fernández Prados, C.: “Los cuidadores informales de personas mayores dependientes: aspectos psico-sociológicos”, en VV.AA., García Garnica, M^a. C. (Dir.), *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Thomson Reuters, 2011, págs. 260-268; como se establece en la Resolución de 4 de febrero de 2010, para garantizar una atención adecuada a la situación en la que se encuentra el sujeto dependiente, es imprescindible que se proteja la salud de la persona cuidadora.

¹¹ Roa Venega, J. M^a. y Fernández Prados, C.: “Los cuidadores informales de personas mayores dependientes: aspectos psico-sociológicos”, en VV.AA., García Garnica, M^a. C. (Dir.), cit. pág. 266.

¹² Véase, Montero Soler, A.: “La atención a la dependencia en España: razones para una reforma ineludible”, en VV.AA., Calvo Ortega, R. y García Calvente, Y. (Dir.): *Situaciones de dependencia... cit.* pág. 73.

Este sistema de apoyo informal sobre el que se ha venido asentando la atención a la dependencia en nuestro país ha empezado a quebrar. Los continuos cambios demográficos –disminución de las tasas de natalidad, aumento de la esperanza de vida, supervivencia de enfermos crónicos, aumento de los índices de siniestralidad laboral y de tráfico, etc.– y socioculturales –cambios en el modelo de familia, en el valor social otorgado a la autonomía e independencia en los modos de vida, transformación del rol de las mujeres, y fundamentalmente la incorporación de la mujer al mercado de trabajo¹³ están desbordando la capacidad de esta fórmula informal de cuidados¹⁴, motivo por el cual se reclama una reorganización social en la protección de esta contingencia que ayude tanto a la persona dependiente como a su cuidador¹⁵.

Rebus sic stantibus, el sistema público ha de aportar una respuesta específica que atienda a las personas en situación de dependencia y proteja socialmente al cuidador familiar, dotándolo de un régimen jurídico que le confiera cierta seguridad¹⁶.

Pues bien, con la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia¹⁷, los poderes públicos asumen la responsabilidad en la atención y cuidados de las necesidades de las personas dependientes, pero sin que esto

¹³ Vida Soria, J. y Gonzalo González, B.: “Sobre el futuro de las políticas de protección social: la promoción de la autonomía personal y la atención a la dependencia”, *Documentación Administrativa*, N.º 276-277, septiembre-diciembre 2006, enero-abril 2007, pág. 119.

¹⁴ Es lo que se conoce a nivel europeo como «crisis de los cuidados de larga duración». A su vez, está provocando una gradual y paralela ocupación de trabajadoras extranjeras, que por vía formal o informal del servicio doméstico, han ido asumiendo en exclusiva estas tareas de cuidado. Véase, un minucioso análisis de cómo la población inmigrante ha ido supliendo las carencias del mercado en cuanto recursos necesarios para cubrir los altos índices de población dependiente, en Bazo, M.t. (Coord): *Envejecimiento poblacional y el reto de la dependencia*, Nau llibres, Valencia, 2012, págs. 76-81; Benlloch Sanz P.: “Los recursos humanos movilizados para el cuidado de los dependientes”, en VV.AA., Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Charro Baena, P. (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y Normas Autonómicas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 509.

¹⁵ Estos factores se traducen en que mientras la demanda de cuidados no deja de aumentar progresivamente, la oferta de su cobertura tradicional no sólo no abarca la totalidad de las necesidades de las personas dependientes sino que tiende a disminuir, por lo que este desequilibrio entre la necesidad previsible de cuidados y los servicios disponibles en la actualidad, se convierte en uno de los mayores desafíos del Estado de Bienestar español, que tendrá que implantar medidas dirigidas a adaptar la nueva situación social a los cambios demográficos. Véase los datos estadísticos analizados en Durán Heras, M^a. A.: “Dependientes y cuidadores: el desafío de los próximos años”, op. cit., págs. 58-61 y 72.

¹⁶ Fernández Orrico, F.J.: “Prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y Seguridad social de cuidadores no profesionales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N.º 74, 2008, pág. 82.

¹⁷ BOE núm. 299, de 17 de diciembre.

signifique la expulsión de los cuidadores familiares que, como se comprobará en lo que sigue, continúan desempeñando a día de hoy una labor imperante en la atención de las personas en situación de dependencia.

En definitiva, a través del sistema normativo español de protección de la dependencia se pretende proyectar un cambio en la cultura feminista de cuidados de las personas dependientes, a través de lo que se ha venido llamando «socialización del riesgo», que pretende romper con los tradicionales roles de género y entrar en conexión con el derecho fundamental de igualdad y no discriminación *ex* artículo 14 CE.

2. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR. UNA PRESTACIÓN DE NATURALEZA EXCEPCIONAL

El legislador de la Ley de dependencia fue consciente de que la transición desde el modelo de cuidados familiares hacia un modelo de socialización o institucionalización de los cuidados debe realizarse de forma progresiva. A sabiendas de lo largo, lento y complejo que sería el proceso de cambio, incluye en la Ley de dependencia la figura del «cuidador no profesional», incorporando al efecto determinadas previsiones generales e imprecisas orientadas a reconocerles una protección social que dignifica su prestación de cuidados compensando los efectos sociales, saludables y laborales que le ocasiona¹⁸, con el objeto último de dotar de mayor calidad a los cuidados prestados a las personas dependientes. Por lo tanto, la función cuidadora de los familiares continúa tras la aprobación de la Ley de dependencia, ahora bien, con un gran matiz, el reconocimiento jurídico a la figura del cuidador en los términos que se analizan en el presente artículo.

La prestación para cuidados en el entorno familiar es una prestación que con carácter *excepcional*, como reitera la Ley, permite al beneficiario atendido por su entorno familiar, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den las condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención (artículo 14.4), previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que establecerá las condiciones de acceso a la prestación, en

¹⁸ Confluyen así, en una misma situación jurídica, dos Sistemas públicos de protección social, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (dirigido a proteger a las personas en situación de dependencia mediante la asignación de una prestación) y el Sistema de Seguridad Social (que extiende su acción protectora sobre la persona que atiende al sujeto dependiente). Véase, Fernández Orrico, F.J.: “Prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y Seguridad social de cuidadores no profesionales”, *op. cit.*, pág. 79.

función del grado reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica (artículo 18.2)¹⁹.

En esta primera configuración jurídica de los cuidadores no profesionales se observan numerosas imprecisiones que plantean problemas interpretativos en cuanto a los *requisitos* que deben reunirse para acceder a la condición jurídica de *cuidador no profesional*. Algunas de estas inconcreciones han sido resueltas a través del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia²⁰, de la Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia²¹ y, recientemente, por el artículo 12 del RD 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia²², en los términos que siguen:

a. Por regla general, se exige que haya un vínculo matrimonial o de relación de parentesco (por consanguinidad, afinidad o adopción) hasta el tercer grado inclusive entre dependiente y cuidador (art. 1 RD 615/2007 y art. 12.2 del RD 1051/2013 (con anterioridad, RD 727/2007, de 8 de junio, tras su mo-

¹⁹ De la conjunción de los citados preceptos se desprende que tanto el sujeto causante como el titular del derecho a la prestación decaen en una misma persona, aquella en situación de dependencia, sin perjuicio de la condición de beneficiario indirecto del cuidador a cuya compensación económica va dirigida la prestación. En este sentido, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N., Maldonado Molina, J.A. y González De Pato, R. M^a: *La protección Jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Comares, Granada, 2007, pág. 329. De lo contrario, como bien advierte Maldonado Molina. J.A.: *El seguro de dependencia. presente y proyecciones de futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 87, se estaría lesionando la dignidad y autonomía de la persona dependiente al añadir a la dependencia personal una dependencia económica de su cuidador y al ir en contra de la tendencia actual a la individualización en el reconocimiento de los derechos sociales.

²⁰ BOE núm. 114, de 12 de mayo.

²¹ BOE núm. 62, de 12 de marzo.

²² BOE núm. 313, de 31 de diciembre.

dificación por el RD 175/2011, de 11 de febrero))²³. Sin embargo, excepcionalmente se admite que tenga la condición de cuidador principal una persona de su entorno que resida en el municipio de la persona dependiente o en un vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año (art. 12.3 RD 1051/2013)²⁴. Por su parte, el Consejo Territorial (Resolución de 4 de febrero de 2010), reafirma la apuesta decidida porque los cuidados no profesionales se desarrollen en el marco de una relación familiar y, en ningún caso, en el de una relación contractual, ya sea laboral o de otra índole, prohibiéndose expresamente que la persona cuidadora no familiar tenga la condición de empleado/a de hogar en el domicilio de la persona beneficiaria²⁵.

²³ Las Comunidades Autónomas pueden concretar los distintos requisitos exigidos. En este aspecto, la mayoría de ellas se limita a reproducir lo establecido por la normativa estatal, aunque con algunos matices. Por ejemplo: Andalucía, Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establece la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las Prestaciones y la Gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia; Madrid, Orden 2386/2008, de 17 de diciembre, por la que se regulan los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia, para la elaboración del programa individual de atención, las prestaciones económicas y servicios y el régimen de incompatibilidades (actualizada por la Orden 626/2010, de 21 de abril); Castilla y León, Orden FAM/763/2011, de 6 de junio, por la que se regulan las prestaciones del SAAD, el cálculo de las prestaciones económicas y las medidas de apoyo a las personas cuidadoras no profesionales; Galicia, donde se limita mucho más el ámbito subjetivo del cuidador en el Decreto 15/2010, de 4 de febrero, por el que se regula el Procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, el procedimiento para la elaboración del programa individual de atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes, desarrollada por la Orden de 2 de enero de 2012 (DOGA de 13 de enero de 2012); Castilla-La Mancha, artículo 16.2 de la Orden de 29/07/2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establece el catálogo de servicios y prestaciones económicas del sistema para la autonomía y atención a la dependencia y se determina la intensidad de los servicios y el régimen de compatibilidades aplicable (DOCM núm. 151, de 7 de agosto); entre otras. No obstante, aunque todas ellas compartan los mismos requisitos, existen aspectos en los que hay falta de homogeneización.

²⁴ Esta excepción sólo será posible cuando la persona en situación de dependencia tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención (art. 1.2 del RD 615/2007, de 11 de mayo y art. 12.2 del RD 1051/2013 (con anterioridad art. 12.2 RD 727/2007, de 8 de junio, tras su modificación por el RD 175/2011, de 11 de febrero)). Esta posibilidad se ha hecho más estricta a partir del RD 175/2011 ya que para el grado I de dependencia moderada también será necesario, además del resto de circunstancias enumeradas, que el entorno tenga una consideración “rural” y no será necesaria la convivencia en el domicilio de la persona dependiente (art. 12.3 RD 727/207, actualmente, art. 12.3 RD 1051/2013). Y, especialmente con la entrada en vigor del RD 1051/2013, en cuyo art. 12.3 exige que cuando la persona tenga reconocido el Grado III o II de dependencia será necesaria la *convivencia* con la persona de su entorno.

²⁵ Monereo Pérez, J.I., Moreno Vida, M^a. N., Maldonado Molina, J.A. y González De Patto, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., pág. 227. En un sentido opuesto, aunque anterior a la Resolución de 4 de febrero de 2010, véase, Fernández Orrico, F. J.: “Prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y Seguridad social de cuidadores no profesionales”, op. cit., págs. 93-95.

b. La persona beneficiaria debe estar siendo atendida mediante cuidados en el entorno familiar, con carácter previo a la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia (art. 12.4. a) RD 1051/2013).

c. La convivencia en el mismo domicilio constituye un «elemento referencial de condición adecuada» (art. 14.4 LD y Apartado segundo.5 del Acuerdo de 2010)²⁶. La reforma del Sistema de 2012 vuelve a incidir en este aspecto, llegando a «exigir» una relación de convivencia entre ambos sujetos para el reconocimiento de esta prestación²⁷. El RD 1051/2013, exige dicha convivencia cuando la persona en situación de dependencia tenga reconocido el Grado III o II, dada la necesidad de atención permanente y apoyo indispensable y continuo que se requiere (art. 12.3 RD 1051/2013).

d. El cuidador debe contar con la capacidad física, mental e intelectual suficiente para desarrollar adecuadamente por sí misma las funciones de atención y cuidado, así como que no tenga reconocida la situación de dependencia (art. 12.4 b) RD1051/2013).

e. Debe asumir formalmente los compromisos necesarios para la atención y cuidado de la persona en situación de dependencia (art. 12.4 c) RD 1051/2013)²⁸.

f. Que la persona cuidadora realice las acciones formativas que se le pongan, siempre que sean compatibles con el cuidado de la persona en situación de dependencia (art. 12.4 d) RD 1051/2013).

g. Que la persona cuidadora facilite el acceso de los servicios sociales de las Administraciones públicas competentes, a la vivienda de la persona en situación de dependencia con el fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos o variación de las circunstancias, previo consentimiento de la persona beneficiaria (art. 12.4 e) RD 1051/2013).

h. Para conceder la prestación de cuidados en el entorno familiar, se debe designar previamente a una persona cuidadora principal, que deberá asumir la

²⁶ Esta exigencia se reproduce en algunas Comunidades Autónomas como Castilla-La Mancha, artículo 16.2 de la Orden de 29/07/2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establece el catálogo de servicios y prestaciones económicas del sistema para la autonomía y atención a la dependencia y se determina la intensidad de los servicios y el régimen de compatibilidades aplicable (DOCM núm. 151, de 7 de agosto).

²⁷ Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial para la mejora del sistema para la autonomía y atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 185, de 3 de agosto). Tratándose de la 6.ª propuesta de mejora.

²⁸ Algunas Comunidades Autónomas ya venían haciendo alusión a ello, al exigir que dispongan de tiempo de dedicación suficiente para atender a la persona beneficiaria. Es el caso de Murcia, Decreto 306/2010, de 3 de diciembre, por el que se establece la intensidad de Protección de los servicios, la cuantía de las prestaciones económicas, las condiciones de acceso y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del SAAD.

responsabilidad del cuidado durante un período mínimo de un año (excepto que por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles no pueda completar dicho periodo), aunque en el ejercicio de las funciones de cuidado pueda estar apoyada por otras personas (Acuerdo publicado por Resolución de 4 de febrero de 2010). Excepcionalmente, se autorizará la rotación de varios cuidadores, con cambio o no de domicilio de la persona en situación de dependencia, para lo que se determinarán claramente los periodos de tiempo que corresponden a cada una de ellas dentro del periodo del año natural, sin que pueda establecerse para cada una de las mismas un periodo continuado inferior a tres meses.

Como colofón a las condiciones jurídicas exigidas al cuidador no profesional, en el apartado 6 del artículo 12 del RD 1051/2013, se establece que la CCAA o administración competente revisará el cumplimiento de los requisitos de acceso a la prestación y de las obligaciones exigidas, a fin de comprobar que no se produzca una variación en los mismos, y controlarán el seguimiento de los cuidados en el entorno familiar, con la finalidad de comprobar la idoneidad y calidad de atención de los mismos, pudiendo en su caso, resolver la suspensión o extinción de la prestación.

Una vez solventadas las dudas que envolvían a la condición jurídica de cuidador no profesional, es importante centrar la atención en la característica más llamativa que afecta a la regulación de esta prestación económica, su *naturaleza excepcional*, entendida como la concesión de una prestación económica a la persona dependiente con objeto de retribuir presumiblemente a su cuidador, *sólo* en aquellos casos en los que no sea posible la atención mediante alguno de los servicios contemplados en el catálogo regulado en el artículo 15.1²⁹.

Todo apunta a que nos encontramos ante uno de los supuestos en los que el Derecho se propone incidir en la realidad social y modificar una situación *de facto* que considera inadecuada³⁰, al tener el convencimiento de que las prestaciones de servicios son más beneficiosas para atender a las personas en situación de dependencia por los siguientes motivos: garantiza una mayor ca-

²⁹ De esta marcada preferencia por las prestaciones técnicas y del carácter excepcional de las prestaciones económicas se desprende que si mediante las prestaciones de servicio fuera posible la atención de la persona dependiente, no cabría la prestación económica para cuidados en el entorno familiar. Véase, Fernández Orrico, F.J.: “Prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y Seguridad social de cuidadores no profesionales”, op. cit., pág. 84.

³⁰ Sempere Navarro, A. V. y Cavas Martínez, F.: *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 134; VV.AA., Montoya Melgar, A. (Dir.): *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Thomson-Civitas, 2007, pág. 154; Benlloch Sanz P.: “Los recursos humanos movilizados para el cuidado de los dependientes”, en VV.AA., Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Charro Baena, P. (Coord.), cit., pág. 507; Fernández Orrico, F.J.: “Prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y Seguridad social de cuidadores no profesionales”, op. cit., pág. 81.

lidad de los cuidados a prestar a los ciudadanos dependientes por medio de la profesionalización de la atención; previene abusos; favorece la creación de empleo y la promoción del sector productivo de servicios de atención a las personas dependientes, que generará retornos económicos en base a las cotizaciones generadas por los empleos creados; además, este modelo centrado en las prestaciones técnicas o en especie, libera a muchas mujeres de una carga no siempre asumida con agrado y favorece la inserción o el retorno al mercado laboral de los cuidadores familiares³¹.

Sin embargo, a pesar de los innegables efectos positivos de esta opción, lo cierto es que hasta hoy día nos encontramos ante un modelo irreal al existir importantes carencias en la Red pública de Servicios. Es por este motivo, que la prestación que más ha suplido la carencia de servicios en los siete años de aplicación de la Ley ha sido la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, al ser la más solidaria, la más solicitada y al suponer un coste sensiblemente inferior al resto de las prestaciones que integran la acción protectora del Sistema³². A fecha de 31 de diciembre de 2013 representa el 43,21% (408.401 prestaciones) del total de las prestaciones concedidas, seguida a gran distancia porcentual del servicio de atención residencial con un 13,80% (130.424)³³.

Por lo tanto, lo que en un principio se configura como una excepción (prestaciones económicas) se convierte en la regla general ante la implantación de un sistema carente de los recursos necesarios para dar cumplimiento a la preferencia que promulga (la prioridad de los servicios del Catálogo del artículo

³¹ VV.AA., Montoya Melgar, A. (Dir.): *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, cit., pág. 154.

³² La cuantía de estas prestaciones es ligeramente menor que las estipuladas para las prestaciones vinculadas al servicio pero debe tenerse en cuenta que éstas además contemplan la cuotas de Seguridad Social y de Formación Profesional. Las cuantías máximas de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales por grado y nivel para el año 2011 eran las siguientes: 520,69 euros mensuales (grado III, nivel 2), 416,98 (grado III, nivel 1), 337,25 (grado II, nivel 2), 300,90 (grado II, nivel 1), 180,00 (grado I, nivel 2) y la cuota de Seguridad Social y Formación Profesional es de 164,54 (grado III y II) y 82,27 (grado I), establecidas en el *Real Decreto 570/2011, de 20 de abril*. Para el año 2012 las cuantías de las prestaciones para cuidado en el entorno familiar han sido reducidas en un 15%, resultando las siguientes cantidades: 442,59 euros mensuales (grado III, nivel 2), 354,43 (grado III, nivel 1), 286,66 (grado II, nivel 2), 255,77 (grado II, nivel 1), 152,00 (grado I, nivel 2), quedando las cotizaciones a la Seguridad social a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo, en base a la disposición transitoria décima y a la disposición adicionales octava del Real Decreto 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

³³ IMSERSO: *Datos de gestión del SAAD a 30 de junio de 2013. Personas beneficiarias y prestaciones*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2013. (Puede consultarse en http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/im_061364.pdf).

15). Además, esta vía de protección generalizada se ha venido incrementando de forma progresiva en los últimos años ante el contexto actual de crisis económica y de pérdida masiva de empleo que, por un lado, no favorece la creación de los servicios necesarios para atender los preocupantes índices de dependencia y, por otro, favorece la elección de prestaciones económicas que en ningún caso garantizan la calidad de los cuidados prestados.

Sin embargo, como se analizará, en las últimas reformas normativas se observa un claro cambio de dirección.

3. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES

La Seguridad Social extiende su cobertura para incluir a los cuidadores no profesionales en su ámbito de protección social. Así se anuncia en el artículo 18.3 de la Ley 39/2006, al establecer que «el cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente» y, de forma más concreta, en su Disposición adicional cuarta, donde se prevé que «el Gobierno determinará reglamentariamente la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el Régimen que le corresponda, así como los requisitos y forma de afiliación, alta y cotización».

Este mandato no se hizo esperar, al publicarse el 11 de mayo de 2007 el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo (modificado posteriormente por el RD 175/2011, de 11 de febrero), con el propósito expreso de establecer un marco jurídico uniforme e igualitario de encuadramiento, afiliación y cotización en el Sistema de Seguridad Social de los cuidadores no profesionales. Con dicha regulación no solo se garantiza la unidad del Sistema sino que también se mejora la calidad de las prestaciones reconocidas³⁴.

Los aspectos más relevantes de la incorporación de los cuidadores no profesionales en el Sistema de Seguridad Social se analizan en lo que sigue.

3.1. El convenio especial de la Seguridad Social

a. Obligatoriedad en la suscripción del convenio especial

Las personas reconocidas como competentes para ser cuidadores familiares por los servicios sociales quedarán incluidas obligatoriamente en el campo

³⁴ Martín Pindado, L.: “La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y de Atención a las Personas en Situación de Dependencia: Las personas mayores”, *RMTAS*, N° 70, 2007, pág. 77.

de aplicación del *Régimen General de la Seguridad Social*³⁵, en situación asimilada al alta³⁶, a través de la suscripción del convenio especial regulado en el Real Decreto 615/2007, que *no precisará de la acreditación de periodos de cotización previo* (artículo 2.1)³⁷ pero sí que le haya sido reconocida la prestación económica en apoyo a sus cuidados.

Ahora bien, aunque por regla general tenga carácter obligatorio, la diversidad de situaciones en las que pueda encontrarse el cuidador familiar permite diferenciar los supuestos en los que el encuadramiento no será obligatorio.

b. Exclusiones

La *suscripción del Convenio Especial* no será obligatoria en el caso de que el cuidador inicie o mantenga una actividad profesional por la que deba quedar incluido en el sistema de la Seguridad Social (artículo 2.2 RD 615/2007, de 11 de mayo). Del mismo modo, no existirá tal obligación en los supuestos en que el cuidador se encuentre percibiendo la prestación de desempleo, o cuando tenga la condición de pensionista de jubilación o de incapacidad permanente o, de tratarse de pensionista de viudedad o en favor de familiares, siempre que tenga una edad igual o superior a 65 años (apartado segundo del artículo 2.2)³⁸. Será igualmente voluntaria la suscripción del convenio especial durante los períodos en que el cuidador no profesional esté disfrutando de una excedencia laboral en razón de cuidado de familiares, que tengan la consideración de períodos de cotización efectiva a tenor del artículo 180 de la Ley General de la

³⁵ Este encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social ha sorprendido a parte de la doctrina científica que consideraba más acertada la inclusión de los cuidadores no profesionales en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, por ajustarse más a la actuación de este colectivo. En el Régimen General se incluyen con carácter general a los trabajadores por cuenta ajena (artículo 97.1 LGSS), mientras que como se recordará, el concepto de cuidador profesional se relaciona con familiares en grado de parentesco hasta el tercer grado de la persona dependiente y el artículo 7.2 de la LGSS excluye la existencia de relación laboral entre parientes que convivan en el hogar del empresario (persona dependiente en este caso). Véase en este sentido, Fernández Orrico, F.J.: “Prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y Seguridad social de cuidadores no profesionales”, op. cit., pág. 97.

³⁶ Se recurre al mecanismo de asimilación para dar entrada en la Seguridad Social a actividades que, sin ser jurídicamente ni laborales ni profesionales, presentan ciertos rasgos que la asemejan a estas. Ahora bien, debe advertirse que la situación asimilada al alta se considera a efectos de una serie limitada de prestaciones: jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, con independencia de que se deriven de accidente sea o no de trabajo o de enfermedad común o profesional (artículo 3 RD 615/2007).

³⁷ Para tal exención, el legislador ha recurrido a la posibilidad contemplada en la Orden TAS/2.865/2003, en virtud del cual reglamentariamente se podrán determinar los supuestos en que no será exigible el período mínimo de cotización (artículo 3.2.3).

³⁸ Véase un estudio pormenorizado en orden a dichas exclusiones en Barcelón Cobedo, S.: “Seguridad Social y prestaciones en favor de los cuidadores no profesionales”, en VV.AA. González Ortega, S., *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, CES, Madrid, 2013, págs. 398-402.

Seguridad Social (artículo 2.3)³⁹.

En cambio, sí será aplicable la suscripción del Convenio Especial en los supuestos en los que el cuidador, siendo sujeto de una relación de trabajo paralela a la atención al dependiente, por la que está incluido en el ámbito subjetivo del sistema de Seguridad social, haya optado por una reducción de jornada de trabajo para atender las necesidades del dependiente. En este caso, el Convenio especial se suscribirá con la finalidad de mantener la base de cotización anterior en la forma que dispone el artículo 4.2 del RD 615/2007.

En aquellos casos en los que el cuidador no profesional hubiese suscrito un convenio especial con la Seguridad Social, con anterioridad a la prestación de los correspondientes cuidados en beneficio de la persona dependiente, procederá la extinción de dicho convenio y la suscripción de un nuevo Convenio, el regulado en el Real Decreto 615/2007, aunque se mantendrá la base de cotización de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.2 de dicho texto normativo.

Los datos más recientes de gestión del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia reflejan que el número de convenios especiales voluntarios es prácticamente despreciable con respecto al volumen de convenios obligatorios. A fecha de 31 de septiembre de 2012, el número de convenios especiales obligatorios representaba un 99,50% (174.822) del total de convenios suscritos, mientras que los voluntarios apenas llegan al 0,50% (878). Además, de estos datos se sustrae la abrumadora presencia femenina en la atención a las personas en situación de dependencia⁴⁰ ya que de los 174,822 convenios especiales obligatorios suscritos, 161.686 pertenecen a mujeres y 13.136 a hombres⁴¹, lo que lleva a concluir que sigue manteniéndose la estructura familiar clásica y el tradicional reparto de roles dentro de ella.

Como se verá, con la entrada en vigor del Real Decreto 20/2012, de 13 de julio, se produce una modificación en todo lo mencionado.

³⁹ A tales efectos, se considera cotizado en base al artículo 180 de la Ley General de Seguridad Social: los dos primeros años del período de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido (artículo 46.3 ET); el primer año del período de excedencia disfrutado para el cuidado de otros familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida (artículo 46.3 ET).

⁴⁰ Véase un análisis pormenorizado del perfil del cuidador informal en Carrero Domínguez, C.: "La prestación de cuidado familiar. Cuidadores no profesionales. Análisis de la prestación y condiciones", en VV.AA. González Ortega, S., *La aplicación de la Ley de dependencia en España*, CES, Madrid, 2013, págs. 357 y 358.

⁴¹ IMSERSO: *Datos de gestión del SAAD a 1 de octubre de 2012. Convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012. (puede consultarse en http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im_062035.pdf)

3.2. La cotización a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales. Particularidades

En un principio, el legislador liberó al cuidador no profesional de la obligación de cotizar a la Seguridad social, asumiéndose en su integridad por la Administración General del Estado y, en concreto por el IMSERSO, mediante la suscripción de un convenio con la Tesorería General de la Seguridad social (artículo 4.5 RD 615/2007)⁴². Además, esta cotización incluía, la específica por formación profesional a efectos de financiar total o parcialmente las acciones formativas de los cuidadores (artículo 4.4 RD 615/2007)⁴³. Únicamente en aquellos casos en los que el cuidador decidiera elevar o mantener la base por encima de lo establecido con carácter general, asumiría personalmente la diferencia.

La base mensual de cotización en el convenio especial será el tope mínimo que en cada momento estuviera establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, pudiéndose diferenciar hasta cuatro supuestos concretos en el artículo 4 del RD 615/2007⁴⁴.

Con respecto al importe de la cotización, la cuota por Seguridad Social, incluida la correspondiente a Formación profesional fue para el año 2011 (último año en el que se contempló dicha cuota a cargo de la Administración General del Estado), de 164,54 euros mensuales (grado III y II, nivel 2 y 1) y de 82,27 (grado I, nivel 2).

⁴² Además, se regula minuciosamente en el artículo 28 de la Orden TAS/2865/2003 (modificada por la Orden TAS/482/2008, de 22 de febrero), en la Orden TAS 2632/2007, de 7 de septiembre, así como en el artículo 22.1. h) de la Orden TAS/76/2008), de 22 de enero.

⁴³ En el período comprendido desde 2007 a 2011, las cuotas por alta en la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales han supuesto un importe total devengado de 1047 millones de euros. Según el Informe de Evaluación de resultados a 1 de enero de 2012 sobre la aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, aprobado entre los Acuerdos del Consejo Territorial del SAAD en su reunión de 10 de julio de 2012 (puede consultarse en el Portal de Dependencia www.dependencia.imserso.es).

⁴⁴ En los casos en que los cuidados a la persona en situación de dependencia no alcancen la dedicación completa, la base de cotización (topo mínimo) se reducirá proporcionalmente, con el límite del 50% del citado tope mínimo establecido en el Régimen General; si el cuidador no profesional ha interrumpido una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, por la que estaba incluido en el sistema de la Seguridad Social, con el objeto de dedicarse a la atención de la persona dependiente, podrá mantener la base de cotización del último ejercicio en dicha actividad, siempre que sea superior al tope mínimo del Régimen General. En este caso también, el coste del incremento que supere el tope mínimo de cotización será a cargo del cuidador; si la suscripción del convenio especial hubiera supuesto la extinción de otro convenio anterior, el interesado podrá mantener la base por la que venía cotizando, siendo a su cargo directo el coste del incremento; en el supuesto de que el cuidador deba reducir su jornada de trabajo y su retribución a consecuencia del desempeño de su actividad como cuidador no profesional, la suma de las bases de cotización de ambas actividades no podrá ser superior a la base por la que se venía cotizando antes de reducir la jornada.

Sin embargo, tras la entrada en vigor del Real Decreto 20/2012, de 13 de julio, las cotizaciones a la Seguridad social por el Convenio Especial no seguirán a cargo exclusivo de la Administración General de la Seguridad Social, sino que en aquellos casos en los que el cuidador de forma *voluntaria* decida mantener dicho convenio, se establece con carácter transitorio que desde el día 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2012 la cotización a la Seguridad Social tendrá una reducción del 10% en el total de la cuota a abonar, siendo a cargo de la Administración General del Estado el 5% del total de la cuota y el 85% restante a cargo del cuidador no profesional (Disposición transitoria decimotercera). Una vez transcurrido este periodo, es decir, a partir del 1 de enero de 2013, el Gobierno deja de cotizar a la seguridad social por aquellas personas que cuidan a un familiar, de forma que el convenio especial será a cargo exclusivo del cuidador no profesional (Disposición adicional octava y Disposición transitoria decimotercera).

En definitiva, del contenido de la Ley de dependencia se desprende la intención del legislador de trazar un marco legal en el que se reconociera la prestación de servicios informales como un trabajo, pretensión que aunque no ha implicado el reconocimiento de derechos subjetivos plenos a los cuidadores, ha sido valorada muy positivamente al contribuir a la dignificación de este trabajo, mediante la transición de una situación de «invisibilidad» a la definición de un estatuto ocupacional mínimo que convierte a las cuidadoras en sujetos jurídicamente protegidos, es decir, en titulares de derecho⁴⁵.

Sin embargo, lo que en su día supuso un destacado avance en la dignificación y reconocimiento de este tipo de cuidados informales⁴⁶ al configurarse su régimen jurídico de protección social, ha sido abocado a su desaparición con la crisis económica y financiera del momento, que no sólo incide en las prestaciones económicas para cuidado en el entorno familiar, reduciendo su cuantía y limitando su concesión, sino que también elimina el carácter obligatorio de la suscripción del Convenio Especial, de forma que aquellos cuidadores no profesionales que quieran acogerse al mismo deberán hacer frente por si solos al pago de las cuotas de seguridad social y de formación profesional.

Como era de esperar, el número de convenios especiales de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia se ha reducido drástica-

⁴⁵ Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M^a. N., Maldonado Molina, J.A. y González de Patto, R. M^a: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., pág. 225.

⁴⁶ Así ha sido reconocido por diferentes autores, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M^a. N., Maldonado Molina, J.A. y González de Patto, R. M^a: *Manual de Derecho de la Dependencia*, cit., págs. 229-230, al considerar que «esta opción del legislador reglamentario a favor de su encuadramiento en el Régimen General de Seguridad Social y el acceso a la acción protectora de su nivel contributivo, supone una aproximación al trabajo por cuenta ajena, de conformidad con la autorización efectuada a tal efecto al Gobierno por el artículo 97.2.i) LGSS, sin que ello implique la obligación de cotizar a su cargo».

mente y de forma inmediata⁴⁷. A fecha de 31 de marzo de 2013 –tan solo tres meses después–, el número total de convenios suscritos por los cuidadores no profesionales era de 21.685, correspondientes a 20.993 convenios obligatorios y, tan solo, 682 convenios voluntarios⁴⁸. Como muestran los últimos datos estadísticos proporcionados por el IMSERSO, el número de convenios especiales de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia no ha dejado de disminuir, siendo de 17.362 a fecha de 31 de octubre de 2013⁴⁹ y de 16.736 a fecha de 31 de diciembre de 2013⁵⁰.

4. MEDIDAS DIRIGIDAS A FACILITAR LA ACTUACIÓN DEL CUIDADOR NO PROFESIONAL

El artículo 18.4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, contiene un mandato al Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, al imponerle la obligación de promover acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso⁵¹.

4.1. Acciones de información y formación

El marco jurídico de la formación de los cuidadores no profesionales lo encontramos en la Ley 39/2006, a través de una serie de previsiones genéricas (artículos 18.4, 36.1 y 36.2).

⁴⁷ El punto más álgido de afiliación de cuidadores no profesionales se alcanzó en julio de 2012 y fue de 180.021. A partir de dicha fecha y como consecuencia directa del impacto que tiene el RD 20/2012 para el Sistema de Seguridad Social, los datos de afiliación han ido cayendo. Tan sólo en los meses de noviembre y diciembre se redujo en 148.672. Véase el Informe de Afiliados Ocupados a la Seguridad Social de diciembre de 2012, Ministerio de empleo y Seguridad Social.

⁴⁸ IMSERSO: *Datos de gestión del SAAD a 31 de marzo de 2012. Convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2013. (Puede consultarse en

http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im_062035.pdf).

⁴⁹ IMSERSO: *Datos de gestión del SAAD a 31 de octubre de 2012. Convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2013. (Puede consultarse en <http://www.dependencia.imserso.es>).

⁵⁰ IMSERSO: *Avance evaluación 2013, Sistema de dependencia, Situación a 31 de diciembre de 2013*. (Puede consultarse en http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/im_082153.pdf).

⁵¹ En el mismo sentido, el artículo 36. 1 y 2 LD establece que se atenderá a la formación básica y permanente de los profesionales y cuidadores que atiendan a las personas en situación de dependencia, siendo los Poderes públicos los encargados de promover los programas y acciones formativas necesarias.

Por su parte, el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, introdujo una modificación en el RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo⁵², con la finalidad de incluir en el mismo a los cuidadores no profesionales y otorgarles un carácter prioritario en el acceso a las acciones formativas (Disposición final tercera). Completa este marco jurídico articulador la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 395/2007, en la que se establece que los cuidadores no profesionales podrán participar en la formación de oferta sectorial en los ámbitos de los servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la autonomía personal, centros y servicios de atención a personas con discapacidad, acción e intervención social y sanidad⁵³. Por Resolución de 4 de noviembre de 2009, de la Secretaría General de Política social y Consumo publica el Acuerdo del Consejo Territorial sobre criterios comunes de acreditación en materia de formación e información de cuidadores no profesionales, donde quedan recogidos los contenidos de la formación inicial y de la formación específica, los objetivos, condiciones mínimas de las acciones formativas y estructura de los programas de formación, entre otros aspectos.

En el ámbito autonómico, cabe destacar que la gran mayoría de las Comunidades Autónomas han establecido regulaciones al efecto⁵⁴, aunque lo cierto

⁵² BOE núm. de 11 de abril.

⁵³ Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M^a.N., Maldonado Molina, J.A. y González de Pato, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia (Adaptado al EEES)*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 231.

⁵⁴ Debe destacarse la regulación prevista por Castilla y León, capítulo V de la Orden FAM/763/2011, de 6 de junio, por la que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, el cálculo de la capacidad económica y las medidas de apoyo a las personas cuidadoras no profesionales (BOCYL de 9 de junio), donde la formación se configura como obligatoria; en cambio, en Extremadura, Orden de 13 de mayo de 2011, por la que se establece el catálogo de servicios y prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la intensidad de los servicios y el régimen de compatibilidades aplicables, el cuidador no profesional podrá acceder libremente a las acciones formativas que se promuevan.

es que no todas ellas lo han hecho con la misma intensidad⁵⁵.

Igualmente, para que puedan atender a sus familiares de la forma más adecuada, deben ser informados de las necesidades que reclama el dependiente, de los factores que originan una situación de dependencia, de la evolución del estado del dependiente, de los tipos de cuidados que requiere, o de las diferentes técnicas para realizar tareas específicas. Dicha información enriquecerá a los cuidadores proporcionándole los recursos que precisan para enfrentarse con éxito a sus funciones, previendo posibles riesgos, que sin duda repercutirá en el estado del dependiente favoreciendo su mejora y la calidad de los cuidados. Además, proporcionar a estos cuidadores una formación especializada reglada les puede ayudar a seguir desarrollando dichos cuidados con otras personas dependientes aprovechando así la experiencia adquirida durante el tiempo en el que han prestado sus cuidados a la persona dependiente⁵⁶.

4.2. Medidas para atender los periodos de descanso

En lo que respecta a los periodos de descanso de los cuidadores, la Ley de dependencia no contempla precisión alguna dirigida a tal objeto. Sin embargo, en algunas de las prestaciones de servicios se recogen determinadas referencias en dicho sentido. Un ejemplo de lo mismo lo encontramos en el artículo 24.1 que contiene una alusión al «apoyo a las familias o cuidadores», o el artículo 25.3, al referirse a «vacaciones, fines de semana o periodos de descanso de los cuidadores no profesionales».

Una vez más son las Comunidades Autónomas las que precisan la regulación de un aspecto descuidado por la normativa general. La mayoría de ellas prestan atención al descanso de los cuidadores aunque de forma muy diversa

⁵⁵ Entre las Comunidades Autónomas que más han concretado las actuaciones en formación, destacan: Islas Baleares, Resolución de la Consejera de Asuntos Sociales, Promoción e Inmigración de 10 de junio de 2010 por la que se fijan los criterios de acreditación en materia de formación e información de cuidadores no profesionales (BOIB de 5 de agosto); o Canarias, Resolución de 10 de febrero de 2011, por la que se fijan los criterios de acreditación en materia de formación e información de cuidadores no profesionales (BOC núm. 039, de 22 de febrero); Galicia, Orden de 2 de enero de 2012 de desarrollo del Decreto 15/2010, de 4 de febrero, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia, el procedimiento para la elaboración del programa individual de atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes (DOG núm. 9, de 13 de enero); entre otras. Por el contrario, entre aquellas que se han limitado a reproducir las medidas establecidas en la normativa general, se encuentra: Andalucía, Valencia o Aragón. Véase una descripción al respecto en Barcelón Cobedo, S.: “Seguridad Social y prestaciones en favor de los cuidadores no profesionales”, en VV.AA. González Ortega, S., *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, cit., págs. 412-415.

⁵⁶ Fernández Santiago, P.: “Formación y cualificación de profesionales y cuidadores en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia”, en VV.AA. Alemán Bracho, C., Alonso Seco, J.M. y Fernández Santiago, P. (Coords.): *Dependencia y Servicios Sociales*, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 267.

ante la ausencia de un Acuerdo del Consejo Territorial en esta materia⁵⁷.

Hasta que no se produzca el desarrollo reglamentario que concrete estas livianas alusiones a acciones formativas y períodos de respiro del cuidador no profesional, no podremos hablar de un derecho subjetivo al descanso del cuidador familiar, sino que habrá que atender a los programas que al respecto puedan establecerse en los convenios bilaterales entre la AGE y las CC.AA, o en el ámbito del nivel adicional de protección a cargo exclusivo de cada Comunidad Autónoma, cuestión que resulta básicamente improbable.

Este encuadramiento de las personas cuidadoras no profesionales en el Régimen General y su inserción prioritaria en las actividades formativas del Sistema de Formación para el Empleo y la previsión de periodos de descanso, han supuesto una línea de actuación acertada que debería seguir desarrollándose, puesto que si la Ley de dependencia pretende reconocer y garantizar la efectividad del derecho a la promoción de la autonomía y cuidado de las personas dependientes, deberá construir un estatuto jurídico de las personas cuidadoras informales, similar al de los cuidadores profesionales, es decir, con el consiguiente reconocimiento del cuidador familiar como sujeto de derechos sociales de ciudadanía, técnica que además se inscribe en las modernas políticas de igualdad de oportunidades por razón de género⁵⁸.

Sin embargo, como se ha venido exponiendo, la dirección actual de las políticas sociales no van en esa dirección, sino que en sentido contrario, la tendencia que se viene siguiendo es hacia la destrucción de los progresos alcanzados hasta el momento en este ámbito de protección social.

En este nuevo escenario que se empieza a hacer sentir, volverán a ser las familias el eje central en la atención de este colectivo pero sin la configuración protectora que exige tal posición.

5. HACIA LA RESTRICCIÓN DE LA PRESTACIÓN PARA CUIDADOS FAMILIARES. ÚLTIMAS MEDIDAS

En el año 2012 se aprobó el RD Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁵⁹ y el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD de 10 de julio de 2012 para

⁵⁷ Castilla y León tiene una regulación muy precisa en este sentido. En el artículo 26 de la Orden FAM/763/2011, de 6 de junio, por la que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, el cálculo de la capacidad económica y las medidas de apoyo a las personas cuidadoras no profesionales (BOCYL de 9 de junio), se llega a contemplar la ayuda para descanso del cuidador de forma expresa.

⁵⁸ Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M^a.N., Maldonado Molina, J.A. y González de Patto, R. M^a: *Manual de Derecho de la Dependencia (Adaptado al EEES)*, cit. pág. 306.

⁵⁹ BOE núm. 168, de 14 de julio.

la mejora del sistema para la autonomía y atención a la Dependencia, con la intención de fomentar las prestaciones de servicio y reducir el gasto público. A tal fin, se adoptan un conjunto de medidas que restringen sumamente la concesión de la prestación objeto de estudio:

1º. Se introduce un nuevo criterio de asignación del nivel mínimo de protección. Así, la distribución entre las Comunidades Autónomas del nivel mínimo de protección trasferido por la Administración General del Estado, ya no solo se efectuará conforme al número de beneficiarios y la cuantía por grado de dependencia reconocida para cada uno de ellos⁶⁰, sino que se ponderará positivamente la prestación de servicios respecto a la prestación económica por cuidados en el entorno familiar⁶¹ (propuesta de mejora 15ª recogida en el RD-Ley y aprobada por el RD1050/2013, de 27 de diciembre).

2º. El RD-Ley 20/2012, de 13 de julio modifica el apartado 1 del artículo 29 LD, de forma que la determinación de la prestación económica por cuidados en el entorno familiar corresponderá en exclusiva a la Administración competente, a propuesta de los servicios sociales, entendiéndose que en este caso concreto no participará en la elaboración del Programa Individual de Atención ni el beneficiario ni la familia o entidades tutelares que le representen (Título III).

3º. El reconocimiento de esta prestación estará sujeto a un *plazo suspenso máximo de dos años* para las personas que a día de 16 de julio de 2012, fecha de entrada en vigor del RD-Ley, no hubieran comenzado a percibir todavía la prestación económica reconocida a su favor (Propuesta de mejora 13ª del Acuerdo y Disposición adicional séptima del RD).

4º. En el marco de los recortes y de las limitaciones de las prestaciones económicas de cuidado familiar, a partir de la entrada en vigor del RD-Ley, el Convenio Especial regulado en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo,

⁶⁰ Este criterio permitió que desde que entrara en vigor la Ley de dependencia, las Comunidades Autónomas recibiesen una financiación adicional de la Administración General del Estado al no diferenciar las prestaciones en función de su existencia previa a la Ley, es decir, la AGE no solo contribuía al gasto “nuevo”, generado para cumplir los objetivos de la Ley, sino también al gasto “consolidado” en las diferentes Comunidades autónomas. Así se destaca en el *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad, 4 de noviembre de 2011, pág. 188. (Puede consultarse en

http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/ie_2011_informeevaluacion.pdf).

⁶¹ No obstante, para evitar desequilibrios demasiado pronunciados y acelerados en la financiación de unas Comunidades (las que han venido dando prioridad a las prestaciones de servicios, como es el caso de Castilla y León o Andalucía) a otras (en las que tiene un mayor peso las prestaciones económicas, como sucede en Islas Baleares o Murcia), se prevé que el reparto del nivel mínimo evolucione progresivamente a lo largo de cinco años, estableciendo una evolución temporal en la implantación de la distribución por beneficiarios y por prestaciones.

pasa a tener carácter voluntario para los cuidadores no profesionales, pudiendo ser suscrito entre el cuidador no profesional y la Tesorería General de la Seguridad Social. Estos convenios surtirán efectos desde la fecha de la solicitud de suscripción del convenio especial (Disposición adicional octava). Aquellos convenios especiales que existieran con carácter previo a la entrada en vigor del Real Decreto 20/2012, han sido extinguidos recientemente (el día 31 de agosto de 2012), salvo en aquellos casos en los que el cuidador hubiera solicitado expresamente el mantenimiento del mismo con anterioridad al día 2 de noviembre de 2012, en cuyo caso se entenderá que subsiste desde el día 1 de septiembre de 2012 (Disposición transitoria decimotercera).

5º. Las cotizaciones a la Seguridad social por el Convenio Especial pasan de tener carácter obligatorio y de estar a cargo de la Administración General a tener carácter voluntario y estar a cargo del cuidador no profesional.

6º. Se reducen en un 15% las cuantías económicas máximas recibidas por los cuidadores familiares (Disposición transitoria décima del RDL 20/2012, de 13 de julio, a la que se remite igualmente el RD 1051/2013, de 27 de diciembre), que podrá ser aumentado por las Comunidades Autónomas en función de sus necesidades de financiación y presupuestarias (Propuesta de mejora 15ª del Acuerdo de 10 de julio)⁶².

Regulación	Antes RD-Ley	Después RD-Ley	Diferenciación (%)
Grado III, Nivel 2	520,69	442,49	- 15,02
Grado III, Nivel 1	416,68	354,43	- 14,94
Grado II, Nivel 2	337,25	286,66	- 15,00
Grado II, Nivel 1	300,90	255,77	- 15,00
Grado I, Nivel 2	180,00	153,00	- 15,00
Grado I, Nivel 1			

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos del Real Decreto 570/2011, de 20 de abril, y el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.

Pese a esta realidad, las familias siguen apostando por esta prestación. Y es que, no se puede configurar un modelo de protección olvidando la voluntad de las personas a las que se pretende proteger porque, en caso contrario, el modelo estará abocado al fracaso.

Habrá que esperar para comprobar si en los próximos años este intento desincentivador de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar

⁶² Para los beneficiarios que tuvieran reconocido un grado y nivel de dependencia a la entrada en vigor del Real Decreto 20/2012, de 13 de julio, la cuantía máxima de esta prestación será la siguiente, hasta que se regule reglamentariamente: 442,59 euros mensuales (grado III, nivel 2), 354,43 (grado III, nivel 1), 286,66 (grado II, nivel 2), 255,77 (grado II, nivel 1), 152,00 (grado I, nivel 2). Para aquellos solicitantes que no tengan reconocido grado y nivel de dependencia, así como para los nuevos solicitantes, les será de aplicación una cuantía más reducida: 387,64 (grado III), 268,79 (grado II) y 153,00 (grado I) hasta que se regule reglamentariamente (Disposición transitoria décima).

supone un aumento de las prestaciones de servicios concedidas y no un recorte más de los que viene mermando la implantación de la Ley de dependencia⁶³.

Transcurridos tan sólo 18 meses desde la entrada en vigor del Real Decreto precitado, los datos estadísticos más recientes reflejan, como era de esperar, una disminución en el número de prestaciones económicas para cuidado en el entorno familiar sin precedentes desde la aprobación de la Ley de dependencia⁶⁴, al mismo tiempo que se comprueba una reducción progresiva en el número total de prestaciones concedidas a las personas en situación de dependencia⁶⁵, lo que da muestra de la finalidad implícita de esta reforma, de la cual se derivan graves consecuencias en los términos concretados en la siguiente valoración.

6. VALORACIÓN FINAL

Con la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, se da un paso decisivo en el reconocimiento de la labor de los familiares que tradicionalmente han venido asumiendo el cuidado de las personas en situación de dependencia, otorgando una prestación económica para cuidado en el entorno familiar y dotando de un régimen jurídico a los cuidadores familiares.

Formalmente, a la prestación económica para cuidados en el entorno

⁶³ En un sentido similar, Molero Marañón, M^a. L.: “El reajuste o revisión profunda de las prestaciones económicas en el funcionamiento del SAAD: en especial, sobre la prestación por cuidados familiares”, en VV.AA. Molero Marañón, M^a. L. (Coord.), *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, cinco, Madrid, 2012, pág. 179. También, De Soto Rioja, S., “Reclamaciones administrativas y judiciales en materia de dependencia”, en VV.AA. González Ortega, S., *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, cit., págs. 493 y ss.

⁶⁴ El número de prestaciones concedidas para cuidado en el entorno familiar ha ido incrementándose de forma destacada en los cinco primeros años de implantación del Sistema de Dependencia (en 2008, 109.287; en 2009, 266.398; en 2010, 377.787; y en 2011, 417.782), sin embargo, en el año 2012 sufrió una notoria disminución a consecuencia de las últimas medidas adoptadas. En julio de 2012, fecha de entrada en vigor del citado RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, eran 435.180 las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar concedidas y a 31 de diciembre del mismo año se reducían a 426.810. El último dato del que disponemos hasta la fecha indica que su concesión ha continuado disminuyendo, a fecha de 31 de enero de 2014, son 407.731 las prestaciones concedidas de esta naturaleza. Véase, IMSERSO: *Datos de gestión del SAAD a 31 de enero de 2014. Personas beneficiarias y prestaciones*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014. (Puede consultarse en

http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/im_083048.pdf)

⁶⁵ A fecha de 31 de julio de 2012, mes en el que entra en vigor el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, el número total de prestaciones concedidas a las personas beneficiarias del Sistema de Dependencia era de 960.309. Esta cifra, lejos de incrementarse, ha experimentado una progresiva reducción. A fecha de 31 de enero de 2014 el número total de prestaciones concedidas es de 945.794, apreciándose una desviación de 14.515 prestaciones.

familiar se le otorga un carácter excepcional, situándola en una posición claramente marginal respecto al resto de prestaciones. Sin embargo, durante los siete primeros años de aplicación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, esta prestación ha sido la protagonista indiscutible del Sistema, lo que ha provocado la adopción de medidas mediante las que se persigue un cambio de dirección en el modelo que hasta hoy día ha imperado, a favor del modelo originario basado en prestaciones de servicios y cuidados profesionales.

Con la aprobación del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio y el Acuerdo del Consejo Territorial de 10 de julio de 2012, se adoptan un conjunto de medidas –endurecimiento de los requisitos para el reconocimiento de la prestación para cuidado familiar, reducción de su importe y exclusión del cuidador del Sistema de Seguridad Social–, con la presumible intención de fomentar las prestaciones de servicio (por su mayor calidad, la generación de empleo y los retornos económicos) y con el claro propósito que se viene sintiendo a golpe de Decreto, ahorrar en el gasto de las Administraciones Públicas.

Ahora bien, estas dos finalidades no son compatibles entre sí. Mientras que por un lado se persigue el ahorro inmediato del gasto de las Administraciones públicas para cumplir con los objetivos de déficit público, por otro, se impulsa la implantación de un modelo basado en servicios a sabiendas de que, para garantizar su viabilidad, se requiere una importante inversión de elevado coste económico ante la deficitaria Red Pública de Servicios Sociales con la que cuenta actualmente España.

Estas deficiencias difícilmente podrán ser corregidas en un escenario marcado por la reducción del gasto público y la situación económica por la que atraviesa España actualmente, por lo que todo apunta a que las medidas adoptadas derivarán en una *solución intermedia*, “la prestación económica vinculada al servicio”, pues resulta más rentable el reconocimiento de una prestación económica al beneficiario, dirigida a adquirir el servicio en un centro privatizado, solución que sin duda marcará las diferencias en el acceso a las prestaciones.

Todo ello redundará en un notable perjuicio para las personas dependientes a las que se les deja en una situación de práctica desprotección, al dificultar el reconocimiento de las ayudas familiares y “favorecer” el acceso a unas prestaciones con las que actualmente no se puede atender a todas las personas en situación de dependencia.

No puede pensarse que la “solución” a todas las dificultades a las que se enfrenta en la actualidad el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia –competenciales, de gestión, organizativa, financiera, etc. – y que impiden su evolución y consolidación, reside en la restricción o suspensión de la prestación más demandada y reconocida hasta la fecha a los beneficiarios del

Sistema, sino que, lejos de ser así, contribuyen a la desprotección de las personas a las que se dirigen ante la carencia de servicios públicos que las suplan.

Atendiendo a la prioridad manifiesta de la persona en situación de dependencia, de ser cuidada por su entorno familiar; al modelo que se pretende fomentar, basado en prestaciones de servicios; y al escenario económico-financiero actual, en el que se propugna la reducción del gasto público, lo más acertado sería apostar por un modelo de protección más flexible que permita dar respuesta a los diferentes intereses en juego. Se trataría de un modelo *mixto*, que permitiera combinar adecuadamente el cuidado profesionalizado con el sistema tradicional de cuidados, en base a la posibilidad que ofrece el artículo

25 bis del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio y, más claramente, el artículo 16.3 del RD 1051/2013, de 27 de diciembre. Con ello se permitiría la permanencia del beneficiario en su entorno habitual (art. 13.1 LD), resolver una de las carencias del sistema, controlar la atención prestada por el cuidador informal, al mismo tiempo que se reduce el coste de los servicios y se ofrece una atención de mayor calidad.

2

Mercado de Trabajo

SOBRE LA CALIDAD DEL EMPLEO CREADO. ANÁLISIS DE COYUNTURA DEL MERCADO DE TRABAJO EN EL SEGUNDO SEMESTRE DE 2013

SANTOS M. RUESGA BENITO

Catedrático de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

Catedrático E.U. de Economía Aplicada. Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ

Profesora Asociada de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid

ANA I. VIÑAS APAOLAZA

Profesora Adjunta. Universidad Europea de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Empleo, calidad

A finales de 2013, se encuentran indicios de reactivación de la economía española que se pueden encontrar fundamentalmente a partir de los datos del PIB, más que de la creación de empleo y la dinámica del desempleo. En el presente artículo se analiza la evolución de las principales variables laborales de la economía española en el segundo semestre de 2013 principalmente a partir de los datos publicados por el INE y otras instituciones. El principal foco de análisis está en aspectos indicativos de la calidad del empleo que se está creando. El trabajo tiene la siguiente estructura. En el primer epígrafe se plantea una panorámica general de la economía española en el contexto internacional. En los tres epígrafes siguientes se analizan respectivamente la evolución de la oferta, la demanda de trabajo y la dinámica del desempleo. El quinto epígrafe se centra en la evolución de las principales variables laborales en Andalucía. La evolución del mercado de trabajo apunta a signos de recuperación económica, pero la gran cantidad de empleo destruido durante la crisis y las altas cotas de desempleo alcanzado exigirán un largo periodo de crecimiento económico para alcanzar niveles cercanos a valores medios de la U.E.

ABSTRACT

Keywords: employment, quality

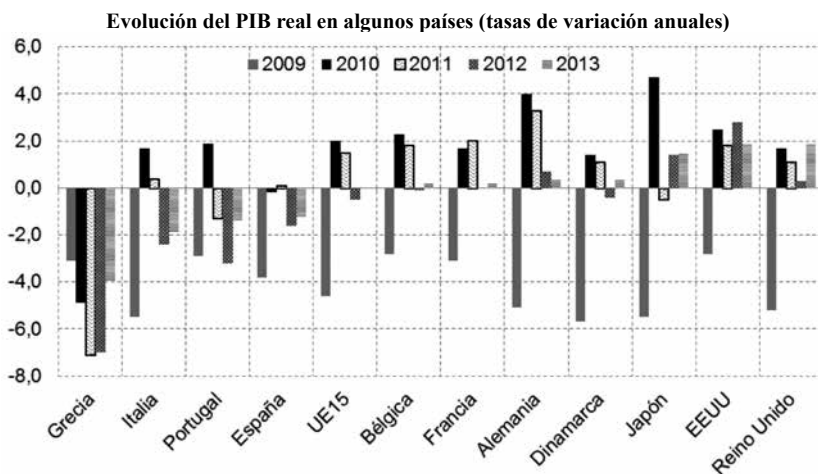
At the end of 2013, we can find some evidence of economic recovery of Spanish GDP with more intensity than that which can be observed from the evolution of employment and the dynamics of unemployment. In this paper, we analyze the behavior of the most important labour variables during the second semester of 2013 using mainly data provided by INE and other national and international institutions. The article focuses mainly on the quality aspects of the employment that has been created during the crisis. The article is organized as follows: Section 1 gives a general overview of the Spanish economy under the European background. The following 3 Sections present, respectively, the evolution of labour supply, labour demand and the dynamics of unemployment. Section 5 pays attention to the evolution of the economic system and the principal labour market variables in Andalucía during that period. The progress of the Spanish labour market shows signs of economic recovery, but the huge quantity of employment destroyed during the crisis and the high levels of unemployment, will need a long period of economic growth, in order to arrive at average European levels.

ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO
5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL*

La evolución de la economía en el entorno internacional no parece que dé muestras claras de recuperación. Antes al contrario, ya que en el año 2013 la Unión Europea de los 15 ha terminado sin crecimiento, aunque mejor la pérdida de medio punto en el PIB del año 2012. En los principales países de la Unión, véase Alemania o Francia, el crecimiento ha sido de apenas un 0,4 por ciento y un 0,2 respectivamente. Grecia, Italia, Portugal y España siguen apareciendo en la cola europea, con caídas que abarcan desde casi el 4 por ciento en Grecia hasta el -1,2 por ciento de España. Y, salvo en el caso de Italia, no fueron de los países donde más repercutió la crisis de 2008. Fuera del entorno europeo, tanto Japón como Estados Unidos presentan ritmos de crecimiento más acelerados en los dos últimos años. Cabe también resaltar el caso del Reino Unido, país europeo no perteneciente al euro y que, por tanto no ha sufrido en la misma medida que el resto de Europa, la crisis de la moneda del año 2012. La recuperación de este país, con política monetaria propia, en el año 2013 es superior al resto.



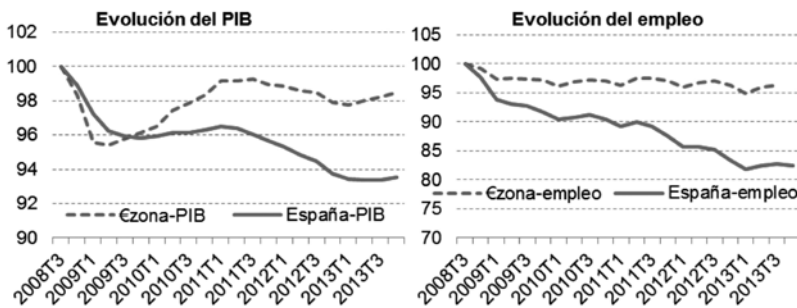
Fuente: Elaboración propia a partir de *National Accounts* (Eurostat).

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 31 de enero de 2013.

Desde que se iniciara la crisis financiera internacional, en otoño de 2008, la repercusión sobre el empleo ha sido mucho mayor en España que en el resto de Europa, mientras la incidencia primera sobre la producción fue más contundente en Europa. Desde entonces, España no ha recuperado los niveles iniciales. Este año 2013 ha transcurrido como el sexto de crisis económica en España, y ha confirmado la recaída de actividad y empleo sufrida desde mediados de 2011.

El ajuste, sobre todo en términos de ocupación, ha continuado siendo más acusado en España que en Europa, mostrando el retraso con el que la recuperación económica está llegando al país.

Evolución de la producción y el empleo en España y la Zona Euro desde el estallido de la crisis (3T2008=100)



Fuente: elaboración propia a partir de la *Labour Market Survey* (Eurostat).

En la segunda mitad del año varias veces se han alzado sobre la inminente salida de la crisis; si bien estas posiciones se han cimentado sobre el comportamiento del PIB más que sobre la creación de empleo.

Se puede decir que la recaída en recesión ocurrida desde mitad de 2011 y que ha continuado hasta parte de 2013, ha tenido una incidencia en todos los componentes del mercado laboral español.

2. LA OFERTA DE TRABAJO

A lo largo del año, se encuentran tendencias opuestas en lo referente a las variables del mercado de trabajo. En el caso de la oferta de trabajo sigue un paulatino descenso, mientras aumenta ligeramente la población inactiva. La tasa de actividad se mantiene en 2013 por debajo del 60 por ciento logrado en los años previos.

Así, las tasas de actividad se han mantenido constantes durante la recesión

y en 2013 se observa un leve descenso. No obstante, detrás se encuentra uno de los cambios estructurales más destacados del mercado laboral en estos años.

Si se profundiza, se puede contrastar, por un lado, y tal y como hemos señalado en otras ocasiones¹, la existencia del efecto de la “trabajadora incorporada”, especialmente al inicio de la crisis y, por otro lado, un efecto desánimo que se ha profundizado en 2012 y 2013.

En el primer caso, mujeres españolas en rangos de edad más avanzada han tenido la necesidad de buscar un empleo y abandonar las labores domésticas, como consecuencia de los menores ingresos percibidos por los hombres en los hogares. Mayor destrucción de empleo masculino, reducciones de jornada y menores salarios, obligaron a las mujeres, al comienzo de la crisis, a incorporarse al mercado laboral (a veces con éxito, otras no).

En 2013 este efecto ha quedado estancado por dos razones:

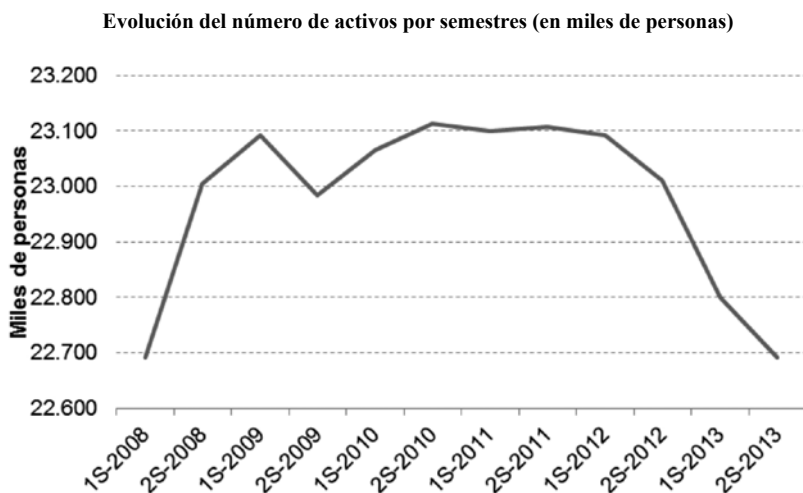
- La primera, el fracaso a la hora de encontrar un empleo. Formar parte de la población activa no significa encontrar un empleo. Se produce aquí un efecto desánimo.
- La segunda muestra la otra cara de la misma moneda. En los momentos en los que en 2013 se ha generado empleo, este ha sido sobre todo masculino. Las mujeres quedan desplazadas de las ocupaciones en determinados sectores.

El segundo efecto, denominado desánimo, quedó claramente patente (y sigue vigente) desde el inicio de la crisis entre tres colectivos: los jóvenes, que al ser expulsados del empleo retoman sus estudios, extranjeros que retornan a sus países de origen tras quedar desempleados y hombres españoles de mayor edad, con dificultades de inserción. Además, ya se observa lo que venía siendo una tendencia incipiente y que llega a 2013 como un hecho consolidado: jóvenes cualificados, de ambos sexos, que buscan oportunidades de empleo en el extranjero.

Este efecto desánimo ha logrado predominar en 2013 con consecuencias sobre las cifras de desempleo: la reducción de la población activa no ocupada, que deja de buscar empleo activamente en España, provoca, entre otras causas, que el volumen de parados descienda en parte del año.

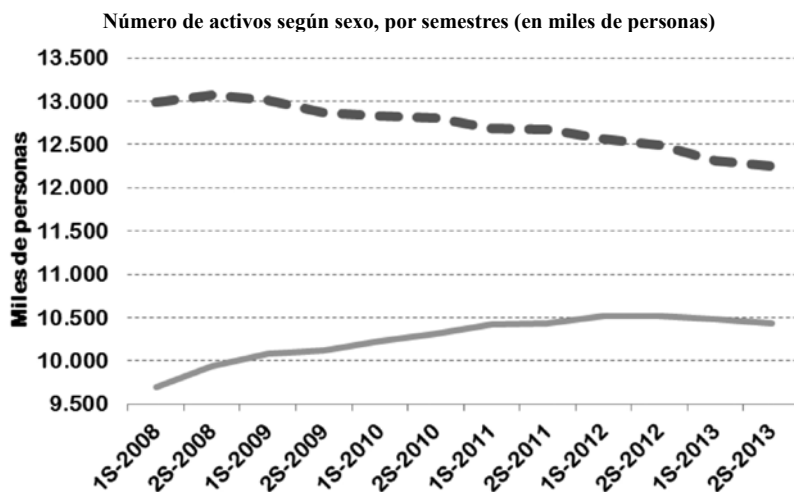
Así, en el segundo semestre de 2013 se sitúa de nuevo la población activa en las mismas cifras que en el primer trimestre de 2008. Tras el crecimiento inicial y la caída del 2009, el número de personas que participaban en el mercado de trabajo español se mantuvo estable, hasta el primer semestre de 2012, cuando inició la caída que aún hoy no se ha frenado.

¹ En Santos M. Ruesga, José Luis Martín Navarro y Laura Pérez Ortiz (2009): “Desaceleración de la caída en el mercado laboral en España y Andalucía. Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo (segundo trimestre de 2009)”, en *Temas Laborales*, nº 102, pp. 189-226.



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

Atendiendo a la diferente evolución según sexo, toda la caída de los hombres queda compensada con el aumento del número de mujeres participantes del mercado de trabajo, hasta este último semestre: las mujeres también dan muestras del efecto desánimo y cae la población activa femenina.



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

En el caso de los jóvenes, el abandono se traduce en que en el segundo

semestre de 2013 hay 700.000 menores de 25 años menos que a comienzos de 2008. Esa pérdida de población activa joven ha sido constante desde que se desencadenara la crisis financiera en el segundo semestre de 2008. Y aún no se ha frenado. Al contrario que la población activa de más edad (mayores de 55 años), que no ha cesado de aumentar.

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

En el segundo y tercer trimestre se incrementa ligeramente la ocupación, sin embargo los datos de la última Encuesta de Población Activa (EPA) del cuarto trimestre del año señalan una caída del empleo intertrimestral del 0,4 por ciento e interanual del 1,2 por ciento. La tasa de empleo ha perdido más de un punto entre 2012 y 2013.

Así, en 2013 continúa el ajuste del empleo por quinto año consecutivo. Entre el cuarto trimestre de 2012 y el cuarto de 2013 el empleo descendió un 1,2 por ciento. Pero si se considera la variación anual de las medias de 2012 y 2013 el balance es aún más negativo: 532.000 ocupados menos, que supone una caída del empleo del 3,1 por ciento.

Los mismos cálculos por colectivos de ocupados señalan que la destrucción de empleo fue generalizada (excepto para los autónomos sin asalariados y el grupo de ocupados a tiempo parcial) y especialmente acentuada entre los jóvenes, los extranjeros, los asalariados contratados por el sector público y los ocupados en la construcción.

La mejora puntual del empleo, en los dos trimestres centrales de 2013, hay que analizarla detenidamente. Si se observan las variaciones intertrimestrales, en el segundo trimestre hay una mejora evidente del empleo (crece casi un 1 por ciento respecto al anterior trimestre), pero el ascenso se desinfla en el transcurso del año (baja el crecimiento a un 0,2 por ciento en el tercer trimestre y vuelve a cifras negativas del -0,4 por ciento en el último).

En términos intertrimestrales, los resultados del segundo trimestre son favorables para todos los colectivos, excepto para los asalariados indefinidos, del sector público, y los ocupados en industria y construcción. En el tercer trimestre se extiende la caída en el empleo, de forma que a los grupos anteriores se incorporan los ocupados extranjeros y en actividades primarias. Así mismo, desciende el número de empleados con jornada parcial, aunque la razón se encuentra ligada al crecimiento del empleo en determinadas actividades estacionales del sector servicios: durante el verano se contrata siempre a tiempo completo. Es un rasgo que se repite en los terceros trimestres, crece el empleo a tiempo completo y desciende el parcial, especialmente significativo en el caso de las mujeres en el sector de la hostelería.

Si colocamos el foco en el último trimestre del año, la situación positiva que se había dado para algunos colectivos en los dos trimestres anteriores, se invierte. En el último trimestre del año sólo muestran una subida los ocupados mayores de 55 años, indefinidos, del sector privado, en agricultura y con jornada a tiempo parcial.

Como consecuencia de los inestables resultados en términos de ocupación a lo largo del año, la tasa de empleo baja en el último trimestre de 2013 al 43,96 por ciento, perdiendo 3 décimas desde el mismo trimestre de 2012.

Número de ocupados en España por sexo, edad, nacionalidad, situación profesional, tipo de contrato, jornada y sector, 2012 – 2013

OCUPADOS (miles)	Media	Media	I trim	II trim	III trim	IV trim
	2012	2013	2013	2013	2013	2013
Hombres	9.432	9.116	9.037	9.145	9.169	9.112
Mujeres	7.850	7.634	7.598	7.639	7.654	7.646
Menores de 25 años	833	741	717,9	729,1	791	725,7
Mayores de 55 años	2.434	2.423	2.377	2.417	2.442	2.455
Españoles	14.799	14.426	14.334	14.417	14.510	14.443
Extranjeros	2.189	2.034	2.019	2.082	2.022	2.014
Cuenta propia	3.032	3.035	3.012	3.049	3.065	3.013
Independiente	1.965	2.026	2.024	2.038	2.042	2.000
Asalariados	14.242	13.706	13.613	13.725	13.748	13.737
Sector público	3.014	2.829	2.846	2.843	2.831	2.796
Sector privado	11.228	10.877	10.767	10.881	10.917	10.942
Asalariados indefinidos	10.877	10.503	10.602	10.552	10.405	10.451
Asalariados temporales	3.365	3.203	3.011	3.173	3.343	3.287
Ocupados tiempo completo	14.734	14.065	13.973	14.030	14.237	14.019
Ocupados tiempo parcial	2.548	2.685	2.662	2.754	2.586	2.739
Ocupados agricultura	753	745	723	761	706	791
Ocupados industria	2.431	2.293	2.317	2.300	2.280	2.274
Ocupados construcción	1.148	1.016	1.050	1.023	1.014	978
Ocupados servicios	12.950	12.696	12.545	12.700	12.824	12.715

Fuente: elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

En definitiva, las tímidas mejoras observadas muestran una clara tendencia a la precariedad en el empleo. Más temporalidad, más tiempo parcial y más

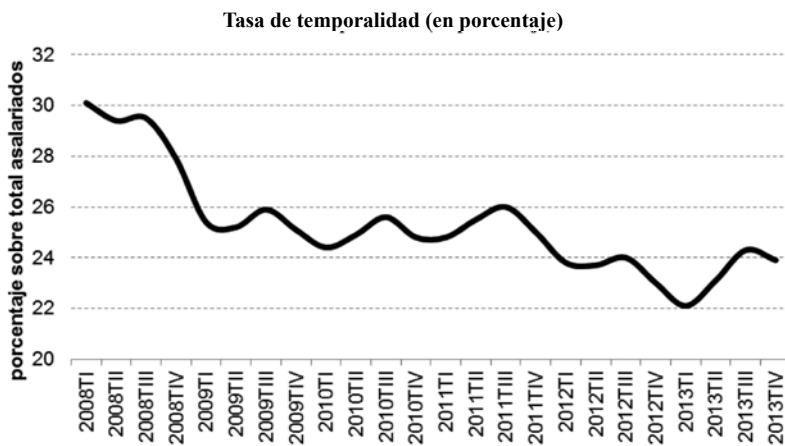
autoempleo, todo ello de carácter involuntario, se alcanzan como las tres patas del “nuevo empleo” en España.

La elevada temporalidad en el empleo continúa siendo uno de los rasgos predominantes del mercado de trabajo en España. Si bien, en volumen de asalariados y en peso sobre el total de asalariados, las cifras desde el inicio de la crisis son más reducidas, no hay que olvidar que ello se debe a la pérdida masiva de empleos temporales sucedida durante la recesión, a través de la finalización de los contratos o mediante despidos con un coste de indemnización inferior.

Sin embargo, los contratos temporales siguen siendo la primera opción de contratación para la demanda laboral: a lo largo de 2013, de media, un 92,2 por ciento de los contratos registrados se ha realizado con fecha de duración determinada. En la otra cara, sólo un 7,8 por ciento ha tenido carácter indefinido. Cifras que se han acentuado respecto a 2012, marcando una tendencia que confirma que el escaso empleo que se crea es temporal.

A lo largo de 2013 ha repuntado la tasa de temporalidad, especialmente en los dos trimestres centrales, de mayor creación de ocupación estacional.

Como resultado, y al margen de la pérdida de empleo, la tasa de temporalidad española sigue siendo la más elevada del entorno de la Unión Europea de los 28, con excepción de Polonia, mostrando una diferencia superior a 10 puntos frente a la media comunitaria.



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

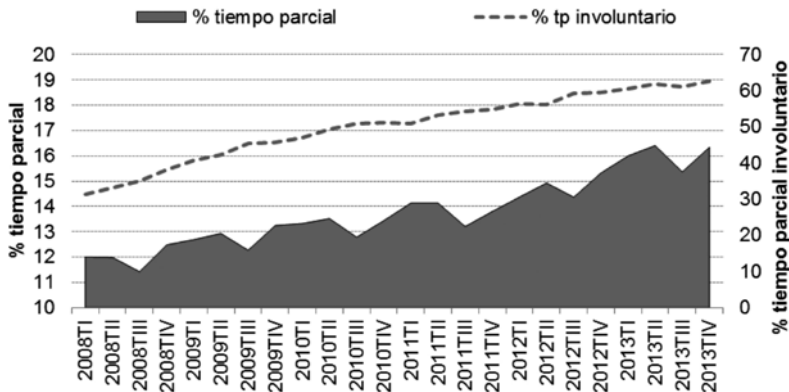
La parcialidad constituye uno de los fenómenos que ha irrumpido en el mercado laboral español con más fuerza en la última parte de la crisis. Para España resulta novedoso: el porcentaje de ocupados a tiempo parcial sobre el total de ocupados ha pasado de un 12 por ciento al inicio de la crisis en 2008 a

superar el 16 por ciento en 2013; 4 puntos en tan sólo cinco años.

Sin embargo, hay que llamar la atención sobre su carácter involuntario, pues esta característica determina que, lejos de conformar un hecho intencionado que permite conciliar vida profesional y personal (con la familia, los estudios, etc.) como sucede en otros países del entorno, supone la única forma “obligada” de conseguir un empleo.

Así lo indica el porcentaje de parcialidad involuntaria (sobre el total de ocupados a tiempo parcial), que se ha duplicado, saltando de un estable 30 por ciento, en niveles previos al inicio de la crisis, a un 62,7 por ciento en el último trimestre de 2013. Ello supone multiplicar por dos el número de personas ocupadas que trabajan a tiempo parcial por no haber podido encontrar un empleo a tiempo completo.

Evolución del empleo a tiempo parcial (% sobre ocupados) y proporción de parcialidad involuntaria (% involuntarios sobre ocupados a tiempo parcial), 2008 – 2013

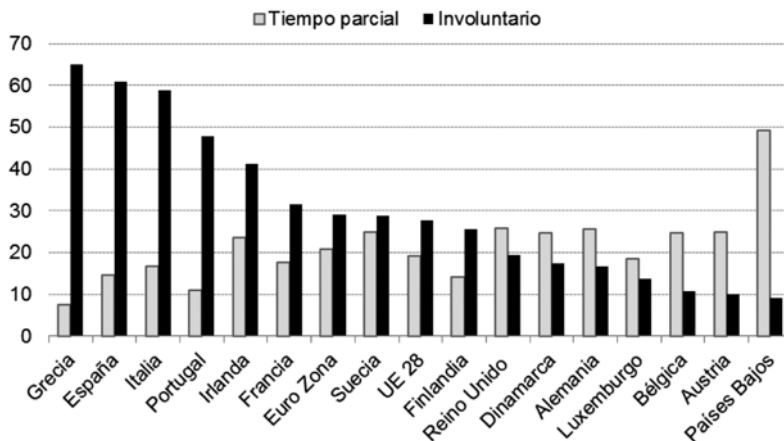


Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

Al comparar estas cifras con la Unión Europea afloran notables diferencias. La tasa de empleo a tiempo parcial en España sigue estando muy por debajo del nivel europeo, liderado por los Países Bajos (casi un 50 por ciento) y seguido de Reino Unido, Alemania, Austria, Bélgica o Dinamarca, que logran tasas en torno al 25 por ciento, 10 puntos superiores a la española.

Pero si se atiende al tiempo parcial involuntario, las posiciones se invierten y es España, junto a Grecia e Italia, entre otros países, quien lidera la lista y sobresale como uno de los países con una tasa de parcialidad involuntaria mayor. Una tendencia en ascenso en el mercado laboral español.

Tasa de empleo a tiempo parcial y proporción de empleo parcial involuntario en países europeos, año 2012



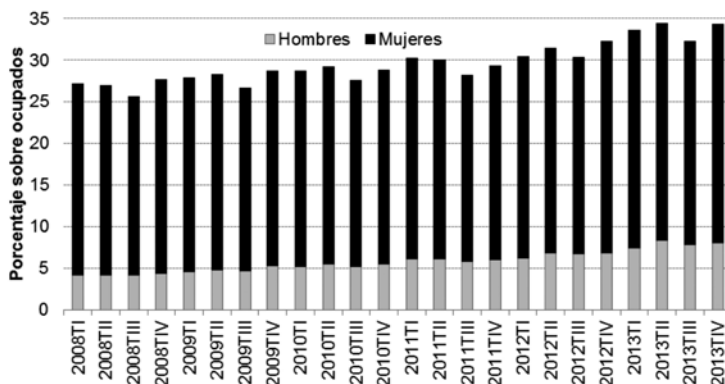
Fuente: Elaboración propia a partir de la *Labour Market Survey* (Eurostat).

Los mayores cambios se detectan analizando los motivos que manifiestan las personas ocupadas para trabajar una menor jornada. Antes de la crisis, el principal motivo que las mujeres alegaban era el cuidado de niños y mayores y otras obligaciones familiares y, en segundo lugar, no haber encontrado un trabajo a tiempo completo. Ahora predomina como causa esta última.

Entre los hombres la razón más frecuente continúa siendo, al igual que antes de la crisis, no haber encontrado un trabajo a tiempo completo y, a continuación, los estudios o formación. Pero hay un cambio en la proporción: no haber encontrado otro trabajo a jornada completa gana peso respecto a lo señalado antes de la crisis.

Respecto al tiempo parcial conviene señalar también el mayor crecimiento que se observa en el caso de los hombres, respecto a las mujeres, que siguen predominando claramente en este tipo de jornada. Entre el cuarto trimestre de 2013 y el cuarto de 2008 (por evitar variaciones de estacionalidad), el número de trabajadores hombres a tiempo parcial se ha elevado en un 47,3 por ciento, mientras entre las mujeres apenas ha aumentado un 1,3 por ciento.

Evolución del empleo a tiempo parcial (% sobre ocupados), por género, 2008- 2013



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

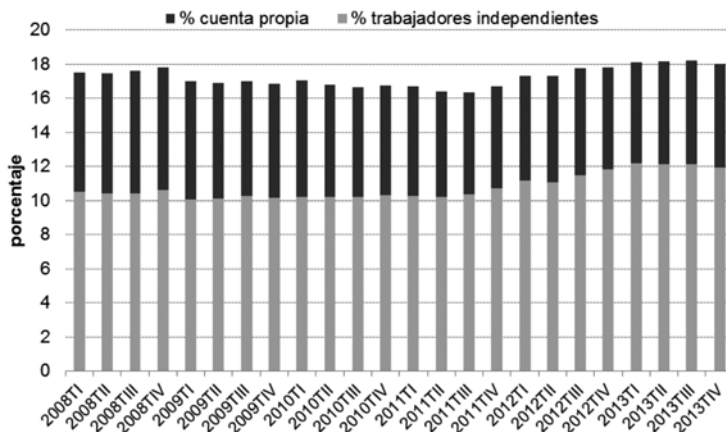
Uniendo las dos características anteriores (temporalidad y tiempo parcial), se observa cómo aumentan precisamente los contratos temporales a tiempo parcial, especialmente en el caso de los hombres. La tasa de temporalidad y parcialidad (porcentaje de trabajadores con contrato temporal y a tiempo parcial respecto al total de asalariados) se eleva hasta el 7,6 por ciento (desde el 5,7 por ciento en 2008). Entre los hombres, esta tasa alcanza al 5,1 por ciento de los asalariados (cuando en el cuarto trimestre de 2008 apenas incluía al 2,6 por ciento). Hay casi el mismo número de hombres trabajando a tiempo parcial de forma temporal (363.400) que de forma indefinida (366.700). Entre las mujeres, por el contrario, apenas ha habido variación (pasa del 10,1 al 10,4 por ciento), superando claramente las trabajadoras a tiempo parcial con contrato indefinido (1.323.600) a las que tienen contrato temporal (685.400).

La tercera pata del “nuevo empleo” queda representada por el autoempleo involuntario. El número de ocupados por cuenta propia sin asalariados a su cargo (independientes) ha mostrado una evolución más favorable que el de ocupados por cuenta ajena, aunque se trata también de una opción obligada.

Detrás de este ascenso del autoempleo se encuentran varias situaciones. Entre ellas destaca, por un lado, la “necesidad de trabajar” de las personas desempleadas que tras largo tiempo en paro no logran encontrar un trabajo por cuenta ajena y deciden establecerse por su cuenta como último recurso.

Por otro lado, los llamados “falsos autónomos”, trabajadores con contratos no laborales que facturan única y exclusivamente a una empresa y se encuentran bajo sus reglas de funcionamiento. En muchos casos se trata de empleados que tras prestar servicios en una empresa con contratos temporales, la empresa plantea su renovación, pero a través de esta vía. Es decir, como autónomos dependientes de un solo cliente, convirtiéndose así en ocupados independientes dependientes.

Evolución de la proporción de ocupados por cuenta propia y de trabajadores independientes (sin asalariados) sobre el total de ocupados

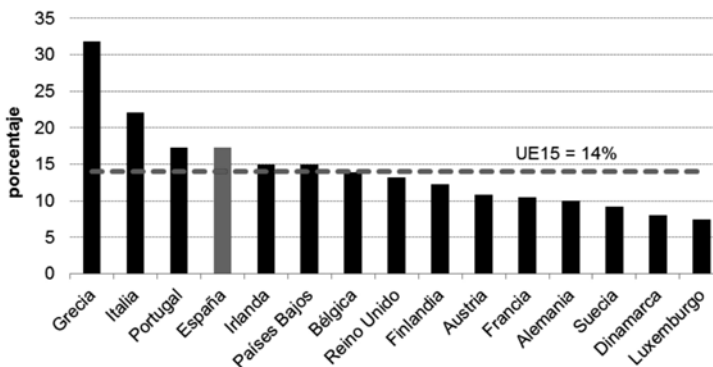


Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

La cifra de estos trabajadores por cuenta propia sin otro tipo de asalariados a su cargo ha aumentado en los últimos años, y muy especialmente en los trimestres centrales de 2013. También en este caso las cifras difieren de las europeas.

Al comparar los datos con la Unión Europea de los 15, resaltan con cifras superiores de trabajadores independientes los países del sur de Europa, con mayores ajustes económicos, y los anglosajones, con fuerte tradición emprendedora. Mientras en los países como Alemania o Francia, la proporción es inferior.

Proporción de ocupados por cuenta propia en Europa (3T-2013)



Fuente: Elaboración propia a partir de la *Labour Market Survey* (Eurostat).

En definitiva, el año 2013 cierra con casi 200.000 ocupados menos que hace un año, de los cuales 188.200 son asalariados. Hay 269.500 asalariados indefinidos menos y únicamente aumenta el número de asalariados temporales (81.300 más). Disminuye el número de ocupados a tiempo completo (339.300 menos) y, por el contrario, aumenta el número de ocupados a tiempo parcial (140.400 más). Por sectores, es la agricultura el único de los grandes sectores donde se crea empleo (6.900 ocupados más que hace un año), aunque las causas estacionales tienen mucho peso. Se destruye empleo en la industria (109.300 menos), de nuevo en la construcción (95.500 ocupados menos) y prácticamente se mantiene en los servicios (900 ocupados menos).

4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

La distancia entre la oferta y la demanda de trabajo en el caso del mercado laboral español no ha logrado acortarse en 2013. El desequilibrio, en forma de paro, persiste, tanto en volumen de personas desempleadas, como en tasa de paro.

Por su parte, la reducción del número de parados es tan leve que no se ha traducido en una menor tasa de desempleo; por el contrario, la tasa crece unas décimas y se sitúa por encima del 26 por ciento en el cierre del año. Finaliza 2013 esta tasa 1,4 puntos por encima de la de 2012.

Así, a pesar del ajuste mediante la creación de empleos precarios, las cifras de desempleo no se han reducido. Cierra el año 2013 con 5.896.300 desempleados según la EPA, apenas 69.100 personas menos que hace un año y con la misma tasa de paro (el 26 por ciento de la población activa).

Pero los mejores resultados alcanzados en la reducción del volumen de personas desempleadas registradas tienen dos causas claras. Una, la creación de empleo precario, en donde más desempleados entran a la ocupación, pero lo hacen rotando de forma temporal, a tiempo parcial, o se ven obligados por diferentes razones a establecerse como trabajadores por cuenta propia. Y, dos, la escapada de la población activa no ocupada del mercado laboral, hacia la inactividad o hacia el extranjero; una tendencia cada vez más visible.

Prueba de ello es que la tasa de paro no ha logrado consolidar el descenso iniciado en los trimestres segundo y tercero del año. El cuarto trimestre señala un repunte, que supera por unas décimas el 26 por ciento.

Y el futuro a corto y medio plazo no parece muy distinto. Las recientes previsiones de la Comisión Europea, de invierno, pronostican una tasa de paro para España del 25,7 por ciento en 2014 y del 24,6 por ciento en 2015.

Ciertamente unos valores demasiado pobres para los ajustes que está realizando la población activa, tanto ocupada como desempleada.

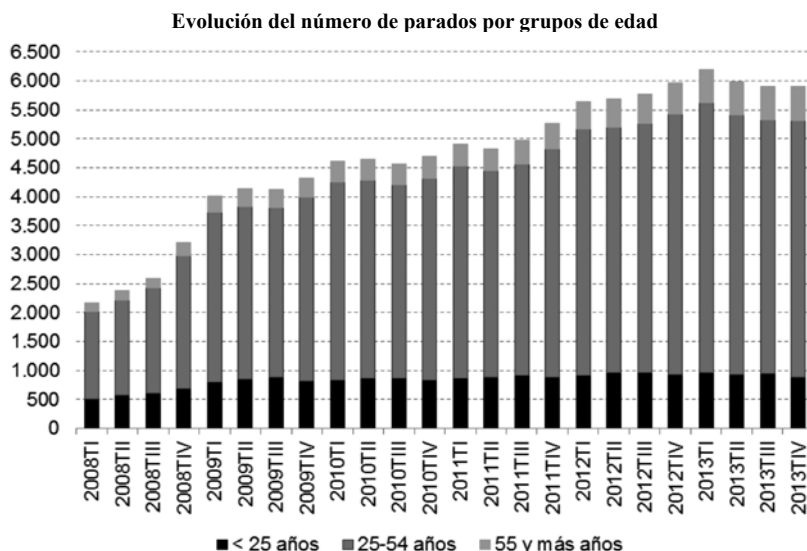
Paro por género, edad y nacionalidad, 2012 - 2013

PARADOS	Media 2012	Media 2013	IT-2013	IIT-2013	IIIT-2013	IVT-2013
Parados (miles)	5.769	5.995	6.203	5.978	5.905	5.896
Hombres (miles)	3.099	3.168	3.305	3.143	3.139	3.087
Mujeres (miles)	2.670	2.827	2.898	2.835	2.766	2.809
Menores de 25 años (miles)	945	932	960	933	943	889
Mayores de 55 años (miles)	501	576	577	567	576	585
Larga duración (miles)	3.028	3.508	3.493	3.493	3.456	3.590
Tasa de paro %	25,0	26,4	27,2	26,3	26,0	26,0
Tasa paro masculina (%)	24,7	25,8	26,8	25,6	25,5	25,3
Tasa paro femenina (%)	25,4	27,0	27,6	27,1	26,6	26,9
Tasa paro menores 25 (%)	53,2	55,7	57,2	56,1	54,4	55,1
Tasa paro mayores 55 (%)	17,1	19,2	19,5	19,0	19,1	19,2
Tasa paro españoles (%)	23,1	24,6	25,1	24,7	24,2	24,3
Tasa paro extranjeros (%)	36,0	37,1	39,2	35,7	36,8	36,6
Tasa paro larga duración (%)	13,1	15,4	15,3	15,3	15,2	15,8

Fuente: elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

El balance de 2013, respecto a 2012, es globalmente desfavorable, tanto en volumen (crece un 3,9 por ciento el número de desempleados) como en tasa de paro (aumenta 1,4 puntos porcentuales). Y esto sucede desde la perspectiva del género, la edad o la nacionalidad. Únicamente entre los menores de 25 años se logra una reducción del número de desempleados, aunque este hecho tiene más que ver con el efecto desánimo y la emigración que con el acceso a un puesto de trabajo.

Desde el cuarto trimestre de 2008, el aumento en el número de parados ha sido muy superior en el caso de los mayores de 55 años (hay un 163,5 por ciento más de parados de esta edad en el último trimestre de 2013 que cinco años antes), seguido por el del grueso de parados entre 25 y 54 años (con un incremento del 92,2 por ciento) y, por último, de los parados jóvenes, que se incrementan en un 29,8 por ciento, a pesar de que las tasas de desempleo en este colectivo han aumentado en casi 26 puntos porcentuales, hasta alcanzar la elevada tasa del 55,1 por ciento.



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

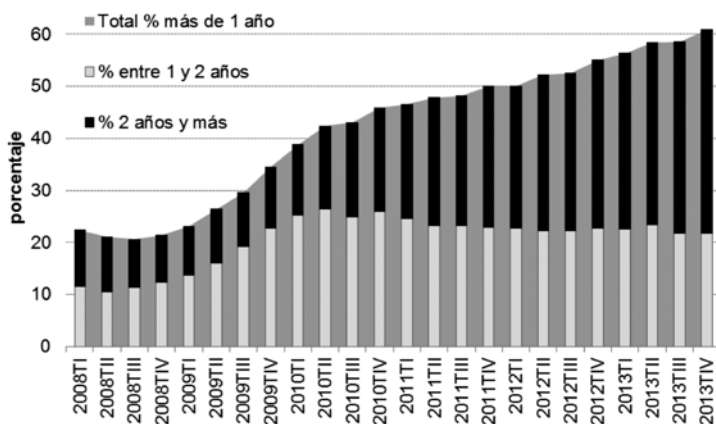
Analizando la evolución intertrimestral por grupos a lo largo del año 2013 se confirman las tendencias ya comentadas en términos de ocupación. El segundo trimestre fue positivo con un descenso generalizado del número de parados respecto al primer trimestre del año (-3,6 por ciento). Sin embargo, en la variación intertrimestral del tercero (-1,2 por ciento) las cifras se invierten en algunos colectivos y es en el cuarto trimestre de 2013 cuando se confirma la menor reducción del volumen de paro (-0,2 por ciento) y el aumento en seis décimas de la tasa de desempleo.

La tasa masculina alcanza el 25,3 por ciento en el cuarto trimestre de 2013 y la femenina el 26,9 por ciento. El aumento ha sido más acentuado entre las mujeres, corroborando que concluye la etapa surgida al inicio de la recesión donde se perdió más empleo entre los hombres y la tasa de paro masculina convergió con la femenina. En 2013, el escaso empleo creado se destina sobre todo a hombres, de forma que se abre de nuevo la brecha de género, recordando una de las graves desigualdades estructurales que persisten en el mercado de trabajo español.

También los datos siguen reflejando la preocupante situación de los trabajadores jóvenes, de los mayores de 55 años y de los trabajadores extranjeros. No hay que olvidar que estos últimos colectivos presentan mayores dificultades de acceso a un empleo y poseen un elevado riesgo de no volver al mercado laboral. En este sentido, es reseñable el dato del paro de larga duración. El número de desempleados que lleva más de un año en paro ha crecido un 16 por

ciento entre 2012 y 2013, pasando de representar el 52,5 por ciento en 2012 a casi el 69 por ciento en el último trimestre de 2013. Más de 6 puntos porcentuales en tan sólo un año.

Paro de larga duración (porcentaje de parados por tiempo de búsqueda sobre el total de desempleados)



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

Aún es prematuro, a la vista del análisis realizado, lanzar las campanas al vuelo sobre la previsible evolución del mercado laboral español; los pronósticos optimistas parece que deben esperar algún tiempo. Las tendencias en materia de creación de empleo y de reducción del paro apuntadas durante la parte central de 2013, no llegan a consolidarse, tal y como apuntan las cifras estimadas para el cuarto trimestre, peores que las de trimestres anteriores.

De hecho, es preciso insistir en que las mejoras en términos de ocupación y paro observadas en los trimestres centrales de 2013 (2º y 3º) están más bien relacionadas con varios fenómenos que, en ningún caso, confieren al mercado de trabajo español la capacidad de crear empleo de forma sostenida; tal y como confirma el último trimestre del año.

En este sentido es de destacar que el descenso del desequilibrio está ligado a dos hechos que han despegado sobre todo a raíz de la reforma laboral de febrero de 2012. Uno, se trata de un “nuevo empleo” inestable, de baja calidad, fundado en la temporalidad, la estacionalidad de la actividad económica, el tiempo parcial y las relaciones de dependencia con la empresa. Y dos, ligado a este contexto, es un empleo con remuneraciones más bajas que, en última instancia, afectan al conjunto del mercado de trabajo, profundizando en la devaluación salarial, real y nominal, que impacta en los ingresos de las familias.

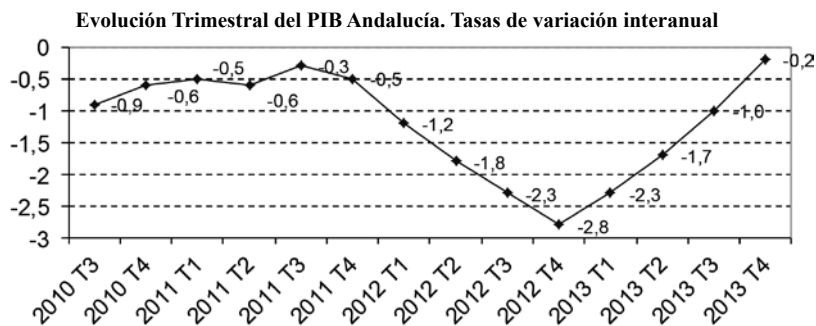
De este modo, las rentas del trabajo han ido perdiendo peso en la economía española, afectando de manera negativa a la demanda interna. El freno impuesto

por esta vía al consumo privado y a la inversión empresarial, ha tenido como efecto la ralentización del PIB y, por derivada, la ausencia de la generación de empleo.

5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

Como hemos señalado, a lo largo del segundo semestre de 2013, la economía española ha presentado rasgos de recuperación de la actividad cuyos ecos también se pueden encontrar en la economía andaluza. Las primeras estimaciones de la evolución del PIB en Andalucía publicadas por el IECA muestran una trayectoria de recuperación en las tasas de variación interanual correspondientes al año 2013.

Las tasas de variación interanuales estimadas por el IECA para los cuatro trimestres de 2013 tienen valores negativos pero cada vez más reducidos, y por tanto, lo que nos indican es que el proceso de caída de la actividad económica en Andalucía se está desacelerando. Por ello, esta evolución puede interpretarse como signos anticipados de una próxima recuperación de la actividad económica en la región paralela a la que se espera en para el conjunto de España.



Fuente: IECA

Para comprender las fuentes de esta evolución, que podríamos calificar de menos negativa que en años anteriores, hay que destacar, desde el punto de vista de la demanda, la recuperación del gasto en consumo final de los hogares en el segundo semestre del año. La mejora del consumo de las familias no tiene una explicación fácil, dado que el empleo que se crea es más bien precario y las tasas de desempleo son muy elevadas. Por el contrario, el consumo de las Administraciones Públicas y las ISFLSH (las Instituciones sin fines de lucro de servicios a los hogares) sigue estabilizado en valores negativos en consonancia con la política de recorte de gasto público auspiciada para el cumplimiento de los objetivos de déficit. El indicador de inversión empresarial también muestra una reducción en las tasas de destrucción recogidas hasta ahora. Como con-

secuencia de ello, la demanda regional modera sus tasas de caída respecto a periodos anteriores. Es la demanda exterior la que protagoniza el lado positivo del crecimiento económico regional. Las exportaciones presentan tasas de crecimiento positiva en 2012 y 2013 y las importaciones moderan su caída lo que se puede interpretar como una cierta recuperación de la demanda interna.

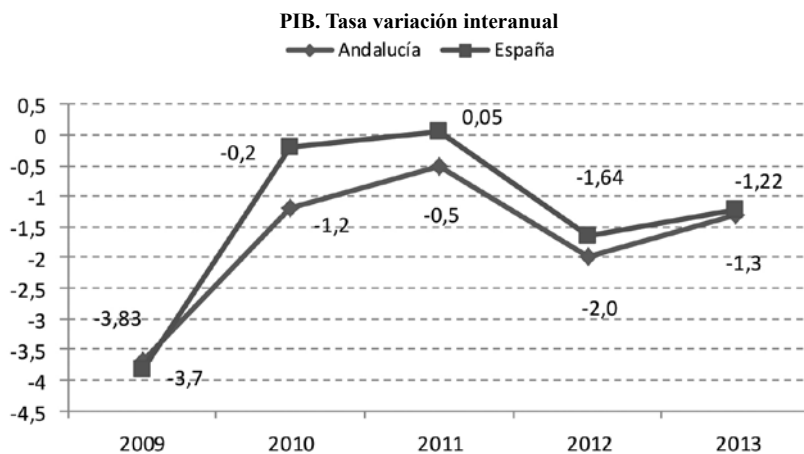
Desde el lado de la oferta, el sector agrícola es el que muestra un mejor comportamiento en lo referido al crecimiento económico en el conjunto de 2013. Por el contrario, el sector de la construcción es el de comportamiento más negativo, si bien también modera su caída en relación a los años anteriores. Es el sector de la construcción el que más se ha ajustado como consecuencia del estallido de la burbuja inmobiliaria y parece que el periodo de ajuste de este sector está llegando a su final. Especial atención hay que prestar a la industria la cual muestra un comportamiento más negativo en 2013 en relación al año anterior, si bien, a lo largo del año, las tasas de variación interanual se van moderando, lo que también puede interpretarse como un cambio de tendencia a lo largo del año. En lo que respecta al sector Servicios, su comportamiento es estable, si bien las tasas correspondientes al segundo semestre del año muestran tasas positivas indicando la recuperación de la actividad a la que nos hemos referido.

TASA DE CRECIMIENTO INTERANUAL. DATOS CORREGIDOS DE ESTACIONALIDAD Y EFECTO CALENDARIO. Andalucía.

DEMANDA	2012	2013	2013 T1	2013 T2	2013 T3	2013 T4
Gasto en Consumo final regional	-3,5	-2,1	-4,4	-3,1	-0,7	-0,1
Gasto en consumo final de los hogares regional	-3	-2,2	-4,5	-3	-1,7	0,6
Gasto en Consumo final de las AA.PP. e ISFLSH	-4,9	-1,9	-4,1	-3,4	1,9	-2
Formación bruta de capital	-7,6	-4,8	-7,1	-5,1	-3,6	-3,2
Demanda Regional (*)	-4,8	-2,8	-5,4	-3,8	-1,3	-0,7
Exportaciones de bienes y servicios	3	2,1	4,3	2,6	-0,3	1,8
Importaciones de bienes y servicios	-3,2	-1,3	-2,8	-1,9	-0,8	0,4
PIB a precios de mercado (Índices de volumen encadenados)	-2	-1,3	-2,3	-1,7	-1	-0,2
OFERTA						
Agricultura, Ganadería y Pesca	-11,5	8	6,1	6	11,6	8,5
Industria	-1	-5,2	-9,9	-6,4	-3,2	-0,8
Construcción	-9	-5,9	-7,2	-6,1	-5,2	-5,1
Servicios	-0,2	-0,6	-1	-0,9	-0,9	0,2
Impuestos netos sobre los productos	-5	-1,4	-2,2	-1,1	-0,9	-1,4
PIB a precios de mercado (Índices de volumen encadenados)	-2	-1,3	-2,3	-1,7	-1	-0,2

Si consideramos un periodo más amplio, las tasas de variación interanuales

medias de los años muestran una recuperación respecto a la segunda recesión que se ha producido entre 2011 y 2012. Por todo lo anteriormente señalado, podemos concluir que los indicios de recuperación de la actividad económica registrados en el segundo semestre de 2013 anuncian un año 2014 en el que podamos asistir a tasas de crecimiento del PIB positivas.



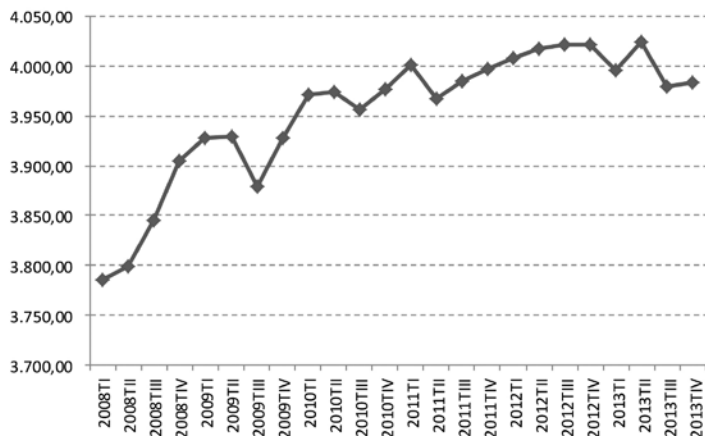
Fuente: IECA e INE

Dado el contexto macroeconómico que hemos caracterizado a grandes rasgos, pasaremos a continuación a señalar las características básicas de evolución de las variables laborales más significativas en la segunda parte del año 2013.

LA OFERTA DE TRABAJO

En el último trimestre de 2013, la población activa en Andalucía estimada por la EPA ha sido de 3.983.200 personas de las que 2.184.600 son hombres y 1.798.700 mujeres. La oferta de trabajo en Andalucía presenta una evolución semejante a la ocurrida en el conjunto de España aunque algo menos acusada. Como se ha señalado anteriormente la cantidad de los efectivos laborales en España en 2013 se ha reducido sustancialmente, situando la cifra de activos en niveles semejantes a las que se contabilizaban en el primer semestre de 2008. En el mercado de trabajo andaluz también se ha producido una reducción de la oferta de trabajo a lo largo de 2013 mostrando un cambio de tendencia con respecto al aumento sostenido de oferta de trabajo acaecido a lo largo de los primeros años de crisis económica.

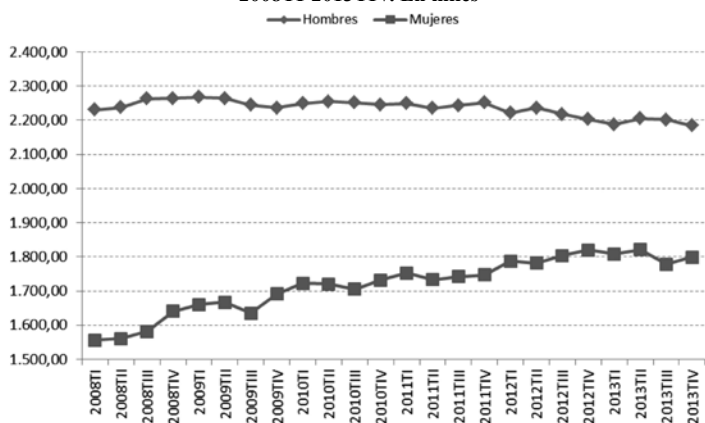
**Población Activa. Andalucía
2008TI-2013TIV. En miles**



Fuente: EPA y elaboración propia

La tendencia decreciente de la oferta de trabajo es el resultado de diversas causas. Los efectos de trabajador añadido y de trabajador desanimado son los más relevantes a la hora de considerar la evolución de la oferta de trabajo total. En este sentido, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo ha sido el factor que ha mantenido el crecimiento de la oferta de trabajo en Andalucía ya que la presencia laboral de los hombres ha mostrado una tendencia ligeramente decreciente desde 2009. Sin embargo, a partir de 2012 el ritmo de crecimiento de la población activa femenina en Andalucía se ha frenado.

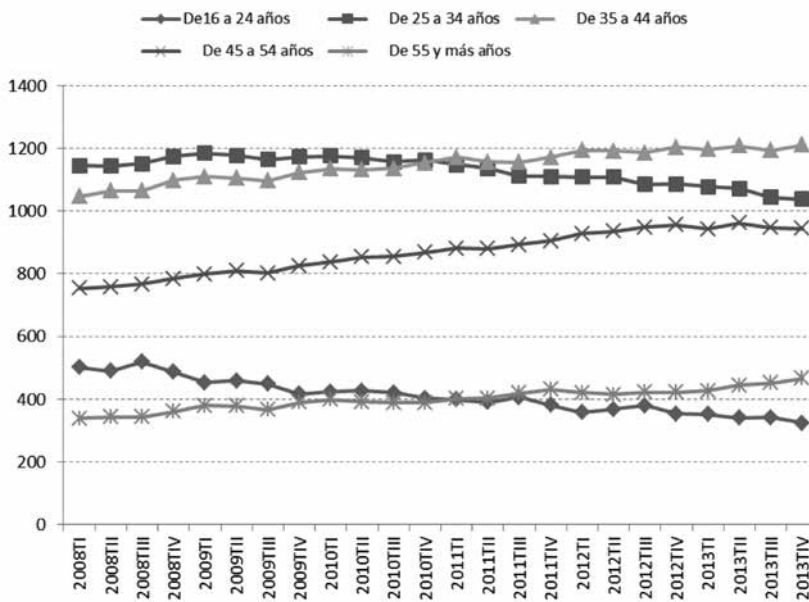
**Población Activa. Andalucía
2008TI-2013TIV. En miles**



Fuente: EPA y elaboración propia

Si observamos con mayor detenimiento la población activa atendiendo a los grupos de edad, son los grupos de edad mayores de 35 años los que han aumentado su presencia en el mercado de trabajo, mientras que los menores de 35 años tienen una presencia menor. La edad media de las personas que ofrecen su trabajo en el mercado laboral Andalucía está creciendo. La explicación de esta tendencia va más allá de la coyuntura económica y enlazaría con la dinámica demográfica que está presente en la población española. El envejecimiento de la población tiene causas complejas y diversas pero acaba teniendo efectos en el mercado laboral, y en este sentido, la llegada de población inmigrante en la fase de expansión de la economía española alivió ese problema. La crisis económica, por un lado, ha frenado la llegada de nueva población inmigrante y por otro ha propiciado la vuelta de trabajadores extranjeros a sus países de origen y el comienzo de un flujo de emigración de población española autóctona, fundamentalmente jóvenes formados que se enfrentan a tasas de paro muy elevadas.

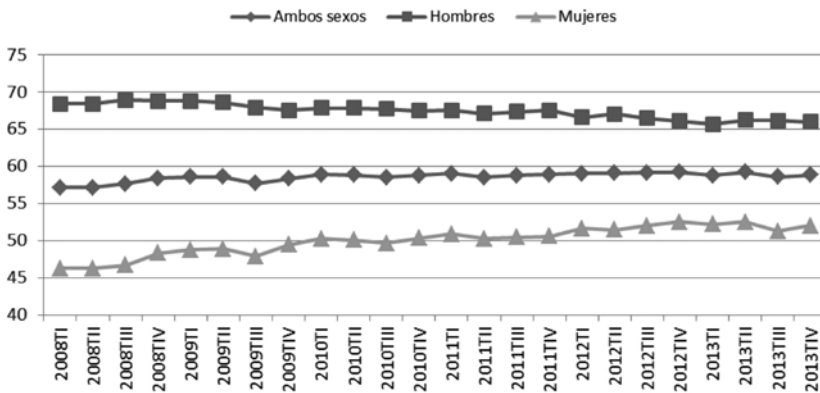
TOTAL DE ACTIVOS POR TRAMOS DE EDAD. ANDALUCÍA 2008TI-2013TIV. En miles.



Fuente: EPA y elaboración propia

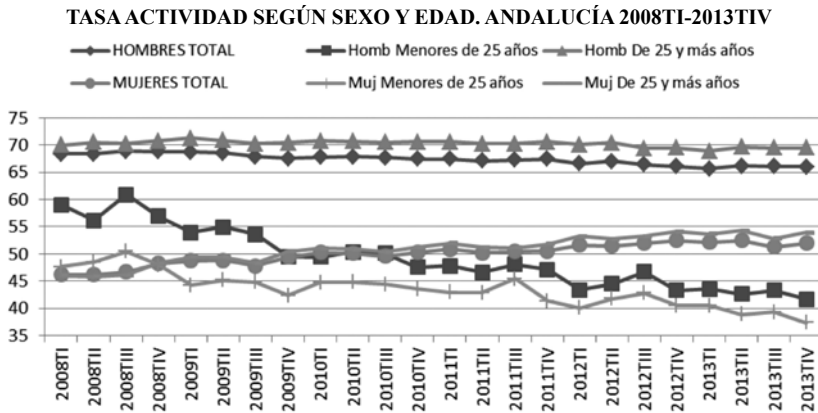
En correspondencia con lo anteriormente expresado las tasas de actividad de los diversos colectivos, que muestran su presencia en el mercado de trabajo andaluz, señalan pautas de comportamiento significativas de los comportamientos de oferta laboral en Andalucía. La tasa de actividad media andaluza ha terminado 2013 en un valor medio del 58,84%, 32 centésimas inferior al que se estimó para el mismo periodo del año anterior. La tasa de actividad media andaluza en el periodo 2008-2013 ha sido del 58,55%, si bien se puede apreciar que en los últimos trimestres ha empezado a reducirse paulatinamente. Esta evolución es el resultado de un proceso de reducción paulatina de la tasa de actividad masculina y de una ralentización en el aumento de la tasa de actividad de las mujeres. En el último año, la tasa de actividad femenina se redujo en casi medio punto, mientras que la masculina se redujo en una décima.

TASA DE ACTIVIDAD. ANDALUCÍA 2008TI-2013 TIV



Fuente. EPA y elaboración propia

Si segmentamos la población atendiendo al sexo y al grupo de edad de los trabajadores andaluces en el periodo de crisis económica (2008-2013) sólo se observa un aumento sostenido de la presencia laboral del colectivo de mujeres mayores de 25 años. Los más jóvenes, tanto hombres como mujeres, se retiran del mercado laboral andaluz de forma significativa. La caída de la tasa de actividad de los varones más jóvenes es especialmente significativa (en torno a 20 puntos entre 2008 y 2013) lo que da idea del impacto de la crisis económica sobre las pautas de comportamiento laboral de este colectivo.



Fuente. EPA y elaboración propia

Otro rasgo significativo del comportamiento de la oferta de trabajo en los años de crisis es la paulatina convergencia de las tasas de actividad andaluza con la media nacional tanto para hombres como para mujeres. En el cuarto trimestre de 2008 la tasa de actividad de las mujeres en Andalucía era 3,1 punto inferior a la media nacional y para los hombres esa diferencia era de 0,44 puntos. En el cuarto trimestre de 2013 las diferencias son de 1,29 y -0,07 respectivamente. Uno de los efectos de la crisis económica está siendo la homogeneización de las tasas de actividad en Andalucía respecto a la media de España.

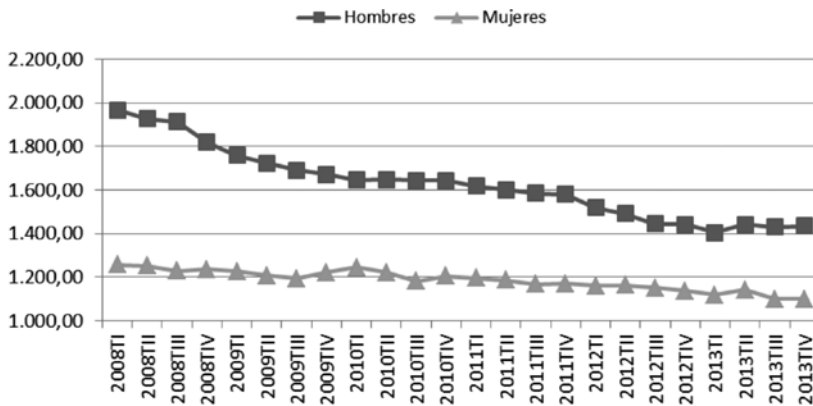
LA DEMANDA DE TRABAJO

Como es sabido, desde el estallido de la crisis económica la actividad económica se ha visto reducida de forma significativa y así lo hemos señalado en el epígrafe dedicado a la evolución de la economía regional. Como hemos señalado, las tasas de variación interanual del PIB andaluz son negativas en los últimos años y, en consecuencia, el empleo en Andalucía ha experimentado una significativa reducción. En el cuarto trimestre de 2013, La EPA estima un total de 2.536.700 personas ocupadas en Andalucía, lo que significa que hay 43.300 menos que en el mismo trimestre del año anterior (un reducción del 1,72%). La pérdida de empleo en Andalucía es significativa ya que en el periodo comprendido entre el cuarto trimestre de 2008 y de 2013 la ocupación en Andalucía se ha reducido en 517.700 personas lo que representa un 16,06% del empleo estimado al comienzo del periodo considerado. En el mismo periodo, en el conjunto de España el empleo se redujo en un 15,19%.

Del total de ocupados en Andalucía en el cuarto trimestre de 2013, la EPA estima que 1.436.200 eran varones y 1.100.400 mujeres. El impacto de la crisis ha afectado más profundamente al primer colectivo que ha perdido desde

el cuarto trimestre de 2008 un total de 382.000 efectivos, (un -21.01% del empleo estimado para aquel periodo), mientras que el empleo de las mujeres se ha reducido en 135.800 .efectivos en el mismo periodo (un -10,99%). Este fenómeno se puede explicar porque el sector de la construcción ha sido el que mayor ajuste ha sufrido en la crisis y el empleo en este sector es eminentemente masculino.

OCUPADOS EN ANDALUCIA. 2008TI-2013TIV. En miles



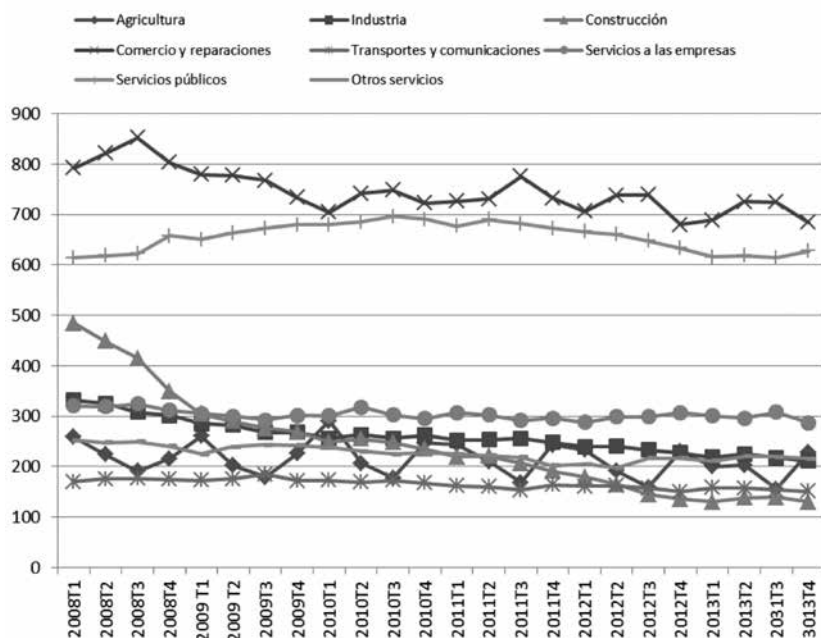
Fuente. EPA y elaboración propia

Si atendemos a la evolución de la ocupación según las ramas de actividad en el periodo de crisis económica, destaca la caída del empleo en el sector de la Construcción que ha perdido 218.700 empleos entre el cuarto trimestre de 2008 y de 2013, o sea un 62.66% del empleo estimado en 2008. En términos absolutos, el sector servicios es el que más personas ocupa en Andalucía (1.966.300 al final de 2013) si bien ha perdido 221.300 desde final de 2008 (un -10,12%) de los que algo más de la mitad se encontraban en el subsector del Comercio y Reparaciones. El empleo en el Sector de Servicios Públicos ocupa en el periodo considerado a 627.800 personas un 4,58% menos que en 2008. Sin embargo, se pueden encontrar dos subperiodos en la evolución de la ocupación en Servicios Públicos en Andalucía ya que entre los últimos trimestres de 2008 y 2010 el empleo creció en 32.900 personas pero a partir de entonces el descenso ha sido más pronunciado (63.000 ocupados menos). Desde el punto de vista de género, hay que hacer constar que los servicios se han convertido en un sector en el que la presencia mayoritaria es de mujeres, (a finales de 2013 la EPA estima un total de 987.300 mujeres frente a 978.900 hombres).

También es de destacar la pérdida de empleo en el sector industrial en Andalucía. En el periodo que estamos contemplando en torno al 30% un total de

90.300 personas lo que significa que el peso del empleo en el sector industrial respecto al total ha pasado de representar un 9.9% en el último trimestre de 2008 a un 8.34% en el mismo trimestre de 2013. La pérdida de empleo industrial es indicativa de la pérdida de tejido productivo andaluz en un sector especialmente importante que ha sido más intensa en Andalucía que en el conjunto de España cuya pérdida de empleo en términos relativos ha sido del 25.26%.

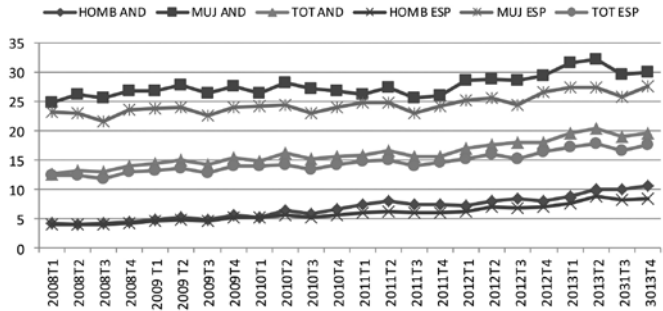
OCUPADOS POR RAMAS DE ACTIVIDAD. ANDALUCÍA 2008T1-2013T4



Fuente. EPA y elaboración propia

La caída del empleo en términos cuantitativos, que se ha producido por el impacto de la crisis económica tanto en Andalucía como en el conjunto de España, se ha visto acompañada por una creciente pérdida de calidad del mismo. Un indicador de este fenómeno puede ser el aumento del trabajo a tiempo parcial. A partir de 2008, se observa un aumento sostenido de la tasa de trabajo asalariado a tiempo parcial en Andalucía, en paralelo a lo que ha ocurrido en el conjunto de España. El empleo a tiempo parcial es mayoritariamente femenino, si bien es significativo el aumento experimentado por este tipo de trabajo entre los hombres que se ha duplicado entre 2008 y 2013.

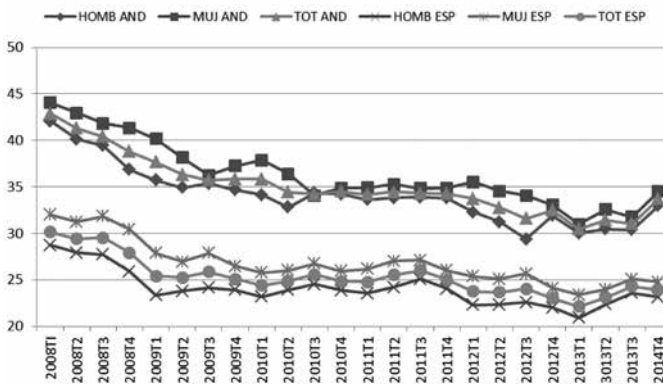
TASA DE TRABAJO ASALARIADO A TIEMPO PARCIAL. ANDALUCÍA Y ESPAÑA. 2008 TI-2013 TIV



Fuente. EPA y elaboración propia

Otro indicador de precariedad laboral que se ha utilizado de forma tradicional es el análisis de la tasa de temporalidad. Como se observa en el gráfico, la tasa de temporalidad en Andalucía ha experimentado desde 2008 una reducción que en los primeros años de la crisis ha sido muy acentuada y que correspondería al proceso de destrucción de empleo del primer impacto de la crisis económica. A partir de 2010 la tasa de temporalidad sigue reduciéndose de forma más atenuada hasta 2012, pareciendo que en 2013 se ha alcanzado un nivel de estabilización en unos niveles mínimos en torno al 33%. Entre los últimos trimestres de 2008 y de 2013 la tasa de temporalidad se ha reducido en Andalucía en 5 puntos. Un aspecto a destacar es que la tasa de temporalidad en España se ha mantenido más baja que en Andalucía si bien la diferencia se ha reducido de 11,6 puntos de media en 2008 a 8,3 en 2013. La tasa de temporalidad afecta de forma más acentuada a las mujeres que a los hombres tanto a nivel nacional como andaluz.

TASAS TEMPORALIDAD. ESPAÑA Y ANDALUCÍA. 2008TI-2013 TIV



Fuente. EPA y elaboración propia

La temporalidad es mayoritaria en el sector de la Agricultura (en torno al 80%) y en el de la Construcción, si bien se ha reducido pasando del 70% en 2008 al 50% en 2013. La temporalidad es más reducida en la Industria (27,28% en el cuarto trimestre de 2008), en los Servicios Públicos (24,25%) y los Servicios a empresas (24,46%). Estos serían sectores en los que las condiciones laborales están más protegidos y por tanto donde la calidad en el empleo es mayor.

TASA TEMPORALIDAD POR SECTORES. ANDALUCÍA 2008TI-2013TIV



Fuente. EPA y elaboración propia

DESEMPLEO

El barómetro de enero de 2014 del Centro de Investigaciones Sociológicas de España señala que el principal problema al que se enfrenta la sociedad española es la del desempleo, ya que el 82,3% de los encuestados consideran el paro como uno de los cuatro problemas más importantes de la sociedad española. Nos encontramos, desde hace ya varios años, en niveles históricos tanto si se mide el paro en términos absolutos como en tasas de desempleo.

A finales de 2013 la EPA estimaba que el total de desempleados en Andalucía era de 1.446.600 personas, de las que 748.300 eran hombres y 698.200 mujeres. En términos de valores medios del año, el total de desempleados en Andalucía ha aumentado en 62.180 personas entre 2012 y 2013. Esta evolución negativa puede matizarse si consideramos que la senda de crecimiento del total del número de parados, que se disparó al comienzo de la crisis, se ha

frenado en el año 2013, lo que puede interpretarse como otro signo de que la crisis económica ha pasado a otra fase más benigna. El estancamiento de la población activa y el freno en la destrucción de empleo se pueden traducir en una reducción del número de desempleados en los próximos trimestres.

La tasa media de paro en Andalucía en el año 2013 se ha situado en una media anual del 36,34%. La tasa de paro de las mujeres sigue siendo superior a la de los hombres, si bien a lo largo de la crisis se ha producido un notable proceso de convergencia entre ambas tasas.

DESEMPLEO POR GÉNERO EDAD Y NACIONALIDAD. ANDALUCÍA 2012 2013						
	MEDIA 2012	MEDIA 2013	2013 TI	2013 TII	2013 TIII	2013 TIV
Total (miles)	1389,8	1452,0	1473,7	1440,4	1447,3	1446,6
Hombres (miles)	745,3	766,5	784,2	763,0	770,7	748,3
Mujeres (miles)	644,5	685,4	689,5	677,4	676,6	698,2
Menores 25 años (miles)	227,1	224,3	233,7	225,8	230,8	206,9
Mayores 55 años (miles)	114,4	131,6	124,3	131,3	133,4	137,7
Tasa de paro (%)	34,5	36,3	36,8	35,7	36,3	36,3
Tasa de paro masculino (%)	33,5	34,9	35,8	34,6	35,0	34,2
Tasa de paro femenino (%)	35,8	38,0	38,1	37,2	38,0	38,8
Tasa de paro menores 25 años (%)	62,2	66,0	66,3	66,4	67,4	63,9
Tasa de paro mayores 55 años (%)	27,2	29,4	29,1	29,5	29,5	29,5
Tasa de paro españoles (%)	33,9	35,7	36,0	35,3	35,8	35,9
Tasa de paro extranjeros (%)	39,3	40,8	43,3	39,6	40,7	39,7
Tasa de paro extranjeros u.E. (%)	37,2	40,8	44,4	38,7	40,8	39,2
Tasa de paro extranjeros no u.E. (%)	40,5	40,9	42,5	40,2	40,7	40,1

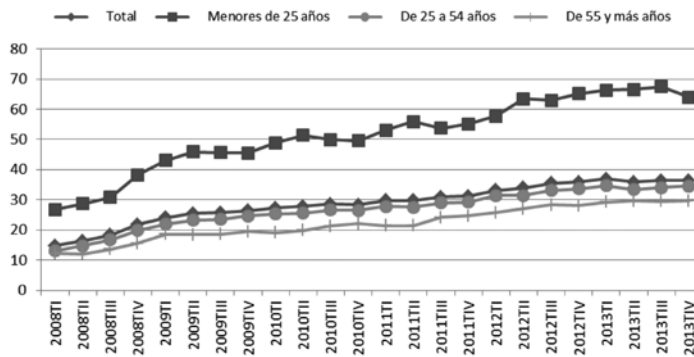
Fuente: elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

La Tabla adjunto nos permite realizar una comparación entre los valores medios de desempleo relativos a distintos grupos sociales en Andalucía comparando los años 2012 y 2013. En general, los valores de 2013 son peores que los relativos al año anterior. Sin embargo, si atendemos a la evolución trimestral, observamos que en la segunda mitad del año hay una cierta mejoría de los datos lo que estaría en consonancia con la cierta recuperación de la actividad económica que se ha señalado en la evolución del PIB regional.

En todo caso, hay dos colectivos que están sufriendo la situación de desempleo con especial incidencia, nos referimos a los más jóvenes y a los mayores de 55 años. Los menores de 25 años se enfrentan a tasa de paro superiores al 60%, que en el caso de los menores de 20 años es del 80%. El colectivo de

los trabajadores de mayor edad es el que experimenta la tasa de paro menor de los grupos poblacionales pero su crecimiento ha sido muy significativo ya que casi se ha duplicado, pasando del 15,57% para el cuarto trimestre de 2008 a un 29,55% al final de 2013. Hay que señalar que el grupo de personas mayores exige una atención especial pues la reincorporación al empleo de este grupo es muy dificultosa.

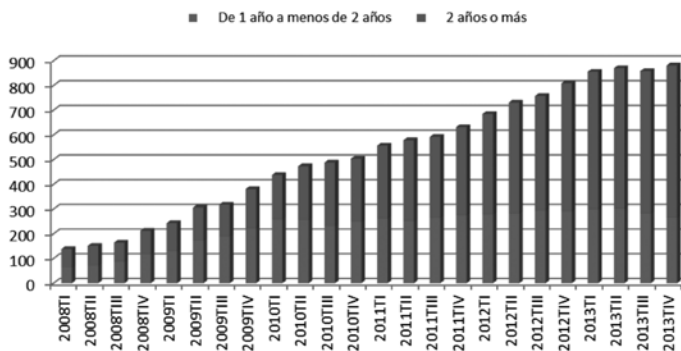
TASA DE PARO POR GRUPOS DE EDAD. ANDALUCÍA 2008TI-2013 TIV



Fuente. EPA y elaboración propia

Uno de los problemas más característicos del desempleo en España y en Andalucía es el desempleo de larga duración. La prolongación de la crisis económica ha provocado que los flujos de salida del desempleo se hayan visto muy deteriorados por lo que el stock de desempleado de larga duración ha ido creciendo continuamente desde 2008. En 2013 el crecimiento de este colectivo se ha estancado.

DESEMPEÑO LARGA DURACIÓN. ANDALUCÍA 2008TI-2013 TIV. (En miles)



Fuente. EPA y elaboración propia

El año 2013 parece el primero en el que la tendencia al deterioro de la actividad económica muestra signos de haberse frenado y, desde el punto de vista del crecimiento económico, se pueden apreciar signos de crecimiento positivo en los próximos trimestres. En este sentido se han expresado diversas instituciones económicas internacionales que han rectificado al alza sus estimaciones de crecimiento para el conjunto de España para el año 2014.

En lo que respecta a las variables laborales la oferta de trabajo muestra una tendencia al estancamiento producto del agotamiento de los dos motores que la hicieron crecer de forma sostenida en los años anteriores, la llegada de trabajadores emigrantes, que se ha frenado llegando a invertirse, y la incorporación de la mujer al mercado de trabajo que se mantiene aunque de forma mucho más atenuada. Con respecto a la demanda de trabajo, la ocupación ha frenado su caída en 2013 y se ha estabilizado en valores algo superiores a los dos millones y medio de empleados. Los servicios sigue siendo el sector que ocupa a más andaluces especialmente los subsectores de Comercio y Reparaciones y Servicios Públicos. La industria ha perdido gran parte de su peso que nunca fue mayoritario ni en la época del crecimiento expansivo. Uno de los efectos de la crisis económica que debe considerarse es que el empleo se está precarizando pues aumenta las tasas de trabajo asalariado a tiempo parcial con el consiguiente efecto sobre los salarios.

El desempleo en Andalucía ha alcanzado cifras históricas en términos de tasas y en términos absolutos. La recuperación económica tardará bastante tiempo en reducir las cifras de paro a niveles cercanos a la media europea como señalan las mismas previsiones económicas a las que nos hemos referido. Este puede ser el factor más débil de la recuperación económica que parece atisbarse para el año 2014 y fuente de insatisfacción social cuando las estadísticas económicas positivas no se traduzcan en fuertes bajadas del paro.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Segundo Semestre de 2013

	Unidad	Periodo	ESPAÑA		ANDALUCÍA	
			Dato	VA(*)	Dato	VA(*)
I. MERCADO DE TRABAJO						
Población activa	Miles	2º Sem. 13	22.691,3	-0,5	3.981,4	-0,7
Tasa de actividad	Porcentaje	2º Sem. 13	59,5	-0,1	58,9	-0,3
Hombres	66,2	0,0	66,1	-0,1
Mujeres	53,2	-0,1	51,6	-0,7
16-19 años	17,3	1,3	18,1	1,2
20-24 años	59,5	0,2	56,7	-2,5
25-54 años	86,9	-0,1	84,1	-0,5
Más de 55 años	22,6	0,2	21,2	0,9
Ocupados	Miles	2º Sem. 13	16.790,7	0,5	2.534,5	-0,8
Agricultura	748,3	0,8	192,0	-4,9
Industria	2.277,2	-1,3	214,9	-3,0
Construcción	996,0	-3,9	134,8	0,6
Servicios	12.768,3	1,2	1.992,9	-0,2
Asalariados del sector público	..	2º Sem. 13	2.813,2	-1,1	503,8	2,2
Asalariados temporales	..	2º Sem. 13	3.314,5	7,2	659,8	2,8
Parados encuestados	..	2º Sem. 13	5.900,5	-3,1	1.446,9	-0,7
Hombres	3.112,9	-3,4	759,5	-1,8
Mujeres	2.787,6	-2,7	687,4	0,6
Tasa de paro	Porcentaje	2º Sem. 13	26,0	-0,7	36,6	0,0
Hombres	25,4	-0,8	34,6	-0,6
Mujeres	26,7	-0,6	38,4	0,8
16-19 años	74,0	-0,5	78,6	-2,7
20-24 años	50,6	-2,5	62,7	-0,6
25-54 años	24,5	-0,7	34,4	0,2
Más de 55 años	19,2	-0,1	29,5	0,2
Parados de larga duración	3.523,2	0,9	869,7	0,8
Parados registrados	Miles	Dic-13	4.701,3	-2,2	1.033,6	-2,8
II. CONDICIONES DE TRABAJO						
Salario mínimo	€/mes	4º Trim. 13	645,30	0,00	-	-
Coste laboral por trabajador	€/mes	4º Trim. 13	2.652,44	2,1	2.394,28	4,3
Industria	3.157,73	1,4	-	-
Construcción	2.856,36	0,7	-	-
Servicios	2.540,71	2,6	-	-
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	4º Trim. 13	128,9	0,2	126,2	0,5
III. REGULACIÓN DE EMPLEO						
Expedientes	Total	Año 2013				
Trabajadores	379.972	-21,4	26.107	-29,1
Extinción de empleo	70.351	-15,1	7.025	-21,6
Suspensión de empleo	234.116	-22,1	10.330	-35,7
Reducción de jornada	75.505	-24,3	8.752	-25,8
IV. CONFLICTOS LABORALES						
Huelgas	Total	nov. 13	105	-	-	-
Participantes	Miles	..	30,7	-77,9	-	-
Jornadas no trabajadas	162,0	-6,0	-	-
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS						
Crecimiento económico	Porcentaje	4º Trim. 13	-0,2	-2,1	-	-
Inflación	Porcentaje	4º Trim. 13	0,3	2,9	-	-
Tipo de interés (Euribor 12 meses)	Porcentaje	dic. 13	0,50	0,54	-	-

(*) VA = Variación con respecto al semestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.

Comentarios de Jurisprudencia

CONSTITUCIÓN DE COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 25 de julio de 2013

MARÍA DEL JUNCO CACHERO*

SUPUESTO DE HECHO: La Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) interpuso demanda sobre conflicto colectivo frente al Banco de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria, CC.OO., CSICA y Unión de Empleados de Ahorro, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, solicitando que el Banco reconozca la obligación de constituir Comités de Seguridad y Salud en los centros de trabajo con 50 o más trabajadores, designando para ello, la empresa, sus representantes en dichos Comités¹.

La Audiencia Nacional dicta Sentencia estimando la demanda de conflicto colectivo, declarando la obligación de constituir Comités de Seguridad y Salud en los centros de trabajo cuyos censos sean de 50 trabajadores o más y obligando al Banco a nombrar sus representantes en dichos Comités.

El Banco interpone recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, que el Tribunal Supremo desestima².

RESUMEN: La empresa recurrente plantea lo que realmente constituye el fondo de la cuestión controvertida: o sea, si frente a la clara obligación establecida en el art. 38.2 LPRL³, “se constituirá un Comité de Seguridad y Salud en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores”, puede oponerse la empresa a cumplir con dicha obligación al haberse pactado en Acuerdo y posteriormente constituido un Comité Único de Seguridad y Salud Laboral, con presencia de todas las secciones sindicales, salvo UGT, quién estaba convocada expresamente para ello.

Para el Tribunal la respuesta ha de ser necesariamente negativa.

* T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2012.

² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de julio de 2013.

³ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL.

ÍNDICE

1. CONSTITUCIÓN DE COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD
2. DESIGNACIÓN DE ÓRGANOS ALTERNATIVOS A LA NORMA DE SEGURIDAD Y SALUD
3. LA SUPLEMENTARIEDAD DEL CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO

1. CONSTITUCIÓN DE COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD

El art. 38.2 LPRL, establece que “se constituirá un Comité de Seguridad y Salud en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores. El Comité estará formado por los Delegados de Prevención, de una parte, y por el empresario y/o sus representantes en número igual al de los Delegados de Prevención, de la otra”.

La empresa por una parte y los Sindicatos UEA, CSICA y CC.OO., quienes acreditaban representatividad del 57,20 %, suscribieron un pacto de fusión en cuyo apartado 8.5 se convino que en el plazo de seis meses se elaboraría un Plan de Prevención de Riesgos Laborales y se constituiría un Comité Único de Seguridad y Salud Laboral, que centralizara las actividades de prevención de riesgos laborales.

No tiene en cuenta para nada este acuerdo el precepto legal de obligado cumplimiento, esto es, que en aquellos centros o empresas que cuenten con 50 o más trabajadores, se constituirá un Comité de Seguridad y Salud.

Es más, aunque es cierto que pueden constituirse otros órganos *ad hoc* para materia preventiva y, que la propia Ley no contempla, es sólo a través de la negociación colectiva estatutaria y no mediante un acuerdo de empresa con algunos de los sindicatos, no todos, presentes en la misma la forma de constituir estos órganos. Más adelante abordaremos este tema.

Así pues, el planteamiento inicial que nos trae la Sentencia que se comenta, es estimar o no la pretensión de la demanda en cuanto al derecho de constituirse Comité de Seguridad y Salud en los centros de más de 50 trabajadores, “por tratarse de una obligación legal inexcusable”⁴, que no puede bloquearse, salvo que se constituyan órganos específicos a través de convenio colectivo estatutario, lo que no ha acontecido en el presente caso, ya que se constituyó un Comité Único de Seguridad y Salud Laboral mediante acuerdo extraestatutario.

Caso distinto hubiera sido, si se hubiera tratado de una empresa que tiene muchos centros de trabajo pero ninguno supera el umbral de los 50 trabajadores, en la que se pudiera constituir un Comité que participe de todos esos centros⁵. Pero no es

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de julio de 2013.

⁵ Salcedo Beltrán, C.: *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*. Tirant lo blanch. Valencia 2000. Pág. 75.

el caso⁶; la empresa cuenta con diversos centros de trabajo donde no se constituye Comité de Seguridad y Salud aún alcanzando el censo de 50 o más trabajadores.

Y es más, el art. 38.3 párrafo 2º LPRL permite que aquellas empresas que cuenten con más centros de trabajo en los que ya estén constituidos los oportunos Comités de Seguridad y Salud, acuerde la creación de un comité intercentros especializado en este ámbito, cuyas funciones serán las que el propio acuerdo le atribuya. Acuerdo de creación de este comité intercentros que puede instrumentarse a través de convenio colectivo, estatutario o extraestatutario, o cualquier otro pacto específico e informal ⁷ entre el empresario y los representantes de los trabajadores, aunque debe descartarse la validez de pactos adoptados por sujetos no colectivos, ya que, pese a la libertad del precepto legal, la opción se plantea en empresas en las que ya existe Comité de Seguridad y Salud de centro de trabajo. Supuesto este último que tampoco se da en el caso que nos ocupa. No hay Comité de Seguridad y Salud en centros de 50 o más trabajadores y se acuerda la creación de un Comité Único de Seguridad y Salud, con independencia del censo de cada centro de trabajo, y por un acuerdo extraestatutario, que si bien podría haber valido para establecer el Comité Único, necesariamente antes habría que haber cumplido el precepto legal de constituir los Comités de Seguridad y Salud.

Así pues, existe la obligación de constituir los Comités de Seguridad y Salud en los centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores, designando para ello la empresa, sus representantes en dichos Comités⁸.

“Es así, por cuanto el convenio colectivo y con mayor razón los acuerdos de empresa están sometidos a la legalidad, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007, donde se subraya la primacía de la ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible y que en aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9 de la Constitución, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada, que no puede bloquear el despliegue de derechos mínimos de carácter necesario, como sucede con la constitución de Comités de Seguridad y Salud en los centros de más de 50 trabajadores”⁹.

⁶ Montoya Melgar, A., Pizá Granados, J. y Alzaga Ruiz, I.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid 2009. Pág. 281. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de noviembre de 1997, permite la constitución de un Comité de Seguridad y Salud en una pluralidad de centros, en un ámbito provincial, cuando en su conjunto alcanza los 50 trabajadores, pero no lo alcanzan individualmente ninguno de ellos.

⁷ Tudela Cambroner, G. y Valdeolivas García, Y.: *La seguridad y salud laboral en la negociación colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Informes y Estudios Relaciones Laborales. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid 2009. Pág. 520.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de julio de 2013.

⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2012

2. DESIGNACIÓN DE ÓRGANOS ALTERNATIVOS A LA NORMA DE SEGURIDAD Y SALUD

Sin perder de vista que el Comité de Seguridad y Salud está integrado por los Delegados de Prevención por una parte y por representantes designados por el empresario, por otra, es llamativo resaltar como la propia LPRL establece en su art. 35.4: “Asimismo, en la negociación colectiva o mediante acuerdos a que se refiere el artículo 83, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores¹⁰ podrá acordarse que las competencias reconocidas en esta Ley a los Delegados de Prevención sean ejercidas por órganos específicos creados en el propio convenio o en los acuerdos citados”.

La constitución de un Comité Único de Seguridad y Salud Laboral que centralizara todas las actividades de prevención de riesgos laborales¹¹, aparenta ser justamente lo que la propia Ley está permitiendo.

La posibilidad que el art. 35.4 LPRL ofrece a los agentes sociales de que a través de la negociación colectiva o mediante los acuerdos del art. 83 ET se pacte que las competencias reconocidas legalmente a los Delegados de Prevención sean ejercidas por órganos específicos creados en tales instrumentos, no es desaprovechable en la práctica convencional¹². En efecto, aquel precepto abre la puerta a la creación de órganos de participación y representación de carácter especializado en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, diferentes de los diseñados legalmente, cuya virtualidad radica¹³ en servir de instrumento adecuado para suplir la ausencia de instancias de representación y participación colectiva en unidades de pequeña dimensión que carecen de las figuras comunes principalmente por no darse las condiciones objetivas exigidas.

En primer lugar, no estamos en presencia de unidades de pequeña dimensión, por cuanto se está demandando la constitución de Comités de Seguridad y Salud en aquellos centros que tengan 50 o más trabajadores. Por tanto en más que probable la existencia de representación en los mismos. Y en segundo lugar, el grado de representatividad de los sindicatos firmantes del acuerdo no figura en los hechos probados. Pero aunque se aceptara ese nivel de represen-

¹⁰ Art. 83.3 del 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 ET: “Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2 de este artículo, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos”.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de julio de 2013.

¹² Tudela Cambroner, G. y Valdeolivas García, Y.: *La seguridad y la salud laboral.....* op. cit. Pág. 531.

¹³ Tudela Cambroner, G. y Valdeolivas García, Y.: *La seguridad y la salud laboral.....* op. cit. Pág. 531. Sempere Navarro, A., García Blasco, J., González Labrada, M. y Cardenal Carro, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*. Civitas. Madrid 1998. Pág. 297.

tatividad, lo cierto es que el acuerdo continuaría sin poder ser calificado como un convenio estatutario, pues no consta que haya sido tramitado ni aprobado como tal; tampoco que haya sido inscrito, ni que haya sido objeto de publicación oficial, como exige el art. 90 ET. Si es así, estamos ante un producto de una negociación informal que no es hábil a los efectos pretendidos. Tampoco estamos ante un acuerdo para materias concretas del art. 83.3 ET, pues este tipo de acuerdos también requiere para tener una eficacia normativa y general cumplir las exigencias que para los convenios colectivos estatutarios establece el Título III del ET.¹⁴

Parece claro que no es posible constituir legalmente un Comité Único de Seguridad y Salud Laboral, salvo que se efectúe mediante convenio colectivo estatutario o mediante los acuerdos de materias concretas referidas en el art. 83.3 ET, que exigen una tramitación con arreglo a todos los requisitos del Título III del ET.¹⁵

Así pues, el hecho de la constitución de un Comité Único mediante un acuerdo de fusión, que no ha sido registrado ni publicado, como sería exigible para considerarlo un acuerdo estatutario, a tenor de lo dispuesto en el art. 90 ET, no puede soslayar el cumplimiento de una obligación legal, como es la constitución de los Comités de Seguridad y Salud en los centros de más de 50 trabajadores¹⁶.

Por tanto, las remisiones de la LPRL en materia de organización de las formas de participación de los trabajadores ha de entenderse referida a los convenios colectivos estatutarios y no a los extraestatutarios. La razón estriba, como dijo la Sentencia de 1 de junio de 2007¹⁷ en que “existen determinadas materias que por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que rebasa la capacidad de las negociación extraestatutaria, porque en estas materias la regulación pretendida no se va a limitar a disciplinar las condiciones de trabajo de unos trabajadores individualmente considerados, sino que a través de la organización de la acción preventiva en la empresa afectan a todos y requieren una regulación uniforme. En ese sentido ha de entenderse la referencia al convenio colectivo y a los acuerdos de empresa con los representantes de los trabajadores, pues en ambos supuestos quienes pactan lo hacen en su calidad de empresarios de una parte, y de representantes legales o sindicales de los trabajadores, de otra, con la finalidad de que los acuerdos que alcancen afecten a todos los representados en el ámbito correspondiente y a quienes en el futuro accedan al mismo”¹⁸.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de julio de 2013.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2012.

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2012.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2007.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de julio de 2013.

3. LA SUPLEMENTARIEDAD DEL CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO

De la lectura de los arts. 1¹⁹ y 2.2²⁰ LPRL cabe deducir que la referencia a la negociación colectiva que realiza la Ley alude a los convenios colectivos de eficacia general o estatutarios, pues la norma utilizando un criterio contrario, en ningún momento se refiere de forma expresa a los pactos de eficacia limitada; además cabría alegar razones de oportunidad en el sentido de que el uso de los convenios colectivos extraestatutarios introduciría importantes diferencias entre los trabajadores sujetos al convenio y aquéllos que no lo estuvieran, pudiéndose generar situaciones de desprotección de ciertos trabajadores y, no sólo respecto de los no cubiertos, sino también de los protegidos porque no se debe olvidar que este tipo de acuerdo no tiene valor normativo²¹.

Así pues, la LPRL se refiere genéricamente a los convenios colectivos, con independencia de su ámbito, pero siempre que se trate de un convenio colectivo con eficacia personal *erga omnes*, por tratarse la seguridad y la salud de una cuestión que afecta a la empresa en su conjunto. Por tanto, es válido cualquier tipo de convenio colectivo, con la única condición de que sea un convenio colectivo de carácter estatutario²².

La LPRL califica el conjunto de sus normas como derecho necesario mínimo indisponible y reserva al convenio colectivo la función de mejora y desarrollo de éste²³.

El carácter mínimo de las disposiciones legales y reglamentarias se pone de manifiesto en la Disposición Transitoria Primera, 1 y 2 de la LPRL, al señalar que se mantendrá la aplicación de los convenios colectivos que, en materia de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la prevención de riesgos, y también en cuanto a órganos específicos de representación de los trabajadores en materia de prevención, resulten más favorables para los trabajadores que lo dispuesto en la Ley²⁴.

¹⁹ Art. 1 LPRL: “La normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito”.

²⁰ Art. 2.2 LPRL: “Las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos”.

²¹ Muñoz Ruíz, A. B.: *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*. Lex Nova. Valladolid 2009. Pág. 301.

²² Camps Ruíz, L. M.: *La participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales*. Tirant lo blanch. Valencia 2010. Págs. 38 y 73.

²³ Muñoz Ruíz, A. B.: *El sistema normativo*.....op. cit. Pág. 294.

²⁴ Sala Franco, T.: *Derecho de la prevención de riesgos laborales*. Tirant lo blanch. Valencia 2010. Pág. 47.

La doctrina mayoritaria ha sostenido que el espacio normativo del convenio colectivo se ciñe esencialmente a la relación de complementariedad o mejora de las condiciones de seguridad previstas en la Ley²⁵.

La complementariedad consiste en establecer un tratamiento más favorable, que en este caso lo sería en los términos de prevención o de participación en la prevención. No parece que estemos ante una relación de complementariedad, sino más bien ante una relación de supletoriedad, es decir, cuando la norma estatal cede en su aplicación ante la existencia de una norma convencional que queda autorizada para desplazar a la primera. Pero tampoco estamos en presencia de un convenio colectivo que regule tal constitución de un Comité Único de Seguridad y Salud Laboral, ni la norma estatal está cediendo para que se instaure dicho Comité, ya que dicha norma exige la presencia de un órgano allí dónde se cumplen los requisitos para el mismo.

Circunstancia distinta hubiera sido si dicho órgano –Comité Único de Seguridad y Salud Laboral- hubiera sido establecido en el convenio colectivo que afecte a la empresa, pues entonces sí cumpliría los requisitos que se exigen legalmente para poder constituirse; esto es, que afecte y se negocie conforme a las reglas del convenio colectivo estatutario o acuerdos del art. 83.3 ET.

Hay que tener en cuenta la posición del convenio colectivo en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo. Esa posición varía en función de que se trate de un convenio colectivo estatutario o de un convenio colectivo extraestatutario. El convenio estatutario es el negociado, aprobado, inscrito y publicado cumpliendo las exigencias que establece el Título III del ET y se caracteriza por tener eficacia jurídica normativa y eficacia personal general, estando definida su posición jurídica en el sistema de fuentes en el art. 3.1b) ET. Por el contrario, el convenio extraestatutario, negociado por sujetos colectivos al margen de las normas del ET, carece de eficacia personal general, al estar limitada a los representados por los negociadores, y su eficacia es meramente contractual²⁶.

Así, la relación de complementariedad está recogida en el art. 2.2 LPRL cuando establece que “las disposiciones de carácter laboral contenidas en la Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de derecho necesario mínimo e indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos”. Pero para ello es necesario que la norma suplementada sea objetivamente mejorable y que la mejora sea determinable como tal, lo que es cuestionable cuando se refiere, como en el presente caso, a normas de organización y de lo que se trata es de sustituir un modelo legal relativamente descentralizado –Delegados de Prevención y Comités de Seguridad y Salud- por un modelo acordado relativamente centralizado –Comité Único de Seguridad y Salud Laboral-²⁷.

²⁵ Muñoz Ruiz, A. B.: *El sistema normativo*.....op. cit. Pág. 278.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de julio de 2013.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 25 de julio de 2013.

La organización de la participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales es una de las materias que requieren una regulación uniforme, es decir, que estas materias por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria.

Por todo ello no es posible acogerse a la relación de suplementariedad para poder llevar a cabo la constitución de un Comité Único de Seguridad y Salud Laboral, porque tal caso como indica la Sentencia de la Audiencia Nacional²⁸ “no podemos coincidir con la tesis empresarial, porque la constitución de los Comités de Seguridad y Salud en los centros de trabajo de más de 50 trabajadores es una obligación legal inexcusable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 38.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, donde se utiliza la expresión perentoria *se constituirán...* que sólo puede soslayarse cuando se acuerda legalmente la constitución de un órgano específico, cuyo despliegue no puede conformarse si no es mediante convenio colectivo estatutario”.

²⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2012.

**EL PERÍODO DE PRUEBA DEL CONTRATO DE
APOYO A LOS EMPRENDEDORES: UN EJEMPLO DE
VULNERACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA**

*Sentencia nº 412/13 del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona,
de 19 de noviembre de 2013*

MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO*

SUPUESTO DE HECHO: El actor había suscrito un contrato indefinido de apoyo de los emprendedores para realizar con la categoría de peón las tareas objeto del contrato consistentes en la recogida de neumáticos del sitio en el que se encontraban y depositarlos en el lugar destinado al reciclado o al de pavimentado. Para el ejercicio de dicha actividad se había pactado un período de prueba de un año. Se da la circunstancia de que el convenio colectivo aplicable a la empresa (convenio colectivo de recuperación de residuos y materias primas secundarias) había fijado para dicha categoría de trabajadores un período de prueba comprendido entre dos semanas y seis meses. Días previos a la finalización del año de prueba establecido en el contrato, la empresa comunica por escrito al trabajador la resolución del vínculo contractual.

RESUMEN: El Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, que viene a conocer el supuesto de hecho planteado como despido improcedente, efectúa un planteamiento novedoso en el análisis del objeto del litigio cuestionándose si la duración del período de prueba de un año, según lo establecido en el contrato y acorde con lo dispuesto en el art. 4.3 del RDL 3/2012 (actualmente art. 4.3 L.3/2012), por el que se regula el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, resulta contrario al Derecho Internacional, concretamente al art. 4.4 de la Carta Social Europea. El órgano juzgador concluye que la norma cuestionada contraviene lo dispuesto en Carta Social Europea apoyando los argumentos de su resolución en el criterio interpretativo del Comité de Derechos Económicos y Sociales contenido en la Decisión de 23 de mayo de 2012, que resuelve la reclamación planteada contra la Ley griega 3899, de 17 de diciembre de 2010 -que amplió el período de prueba de dos a doce meses para las nuevas contrataciones realizadas a cualquier trabajador y sin mediar preaviso ni indemnización-.

*Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONSIDERACIONES SUSTANTIVAS SOBRE EL PERÍODO DE PRUEBA
3. EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES
4. LA DURACIÓN DE UN AÑO DEL PERÍODO DE PRUEBA Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS MECANISMOS NACIONALES E INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

1. INTRODUCCIÓN

El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores ha sido una de las novedades que la reforma laboral de 2012 (RDL 3/2012, de 10 de febrero convertido tras su tramitación parlamentaria en la L.3/2012 de 6 de julio) incorporó a nuestro ordenamiento dentro de un paquete de medidas cuyo común objetivo es el de romper la nefasta dinámica del mercado laboral caracterizada principalmente por la falta de emprendimiento, la elevada destrucción de empleo, la segmentación y la elevada tasa de desempleo juvenil.

En concreto, la nueva figura contractual que sustenta este análisis se presenta como el mecanismo idóneo para incentivar la iniciativa emprendedora, el desarrollo empresarial de PYMES, la creación de empleo joven y la reducción de los niveles de segmentación¹. Para conseguir tales retos se establece un régimen jurídico semejante al previsto para la contratación indefinida (ET y regulación convencional) -exceptuándose el período de prueba- y se le incorporan una serie de particularidades que, dejando al margen el atrayente aderezo de los incentivos económicos que se le anexan, afectan a varios aspectos como son: el ámbito subjetivo, la duración de la jornada, la forma de expresión de la voluntad contractual de las partes y, sobre todo y como ya hemos avanzado, al pacto que se añade en relación con el período de prueba, aspectos que, brevemente, se recogen en las siguientes líneas:

a) **Ámbito subjetivo:** Una de las singularidades de presenta esta modalidad contractual afecta a los sujetos contratantes de la relación laboral, pues tanto su denominación como la política de incentivos y beneficios previstos para el empresario la orientan principalmente hacia determinados colectivos, lo que, en principio, podría entenderse como un límite a la contratación, de forma que dicha modalidad se concretaría para un determinado ámbito subjetivo. Así, por el lado del empresariado su denominación como contrato “de apoyo a los em-

¹ En opinión de Calvo Gallego, en la prelación de objetivos marcados por la reforma laboral, a través de esta modalidad contractual lo que en realidad se potencia y prioriza es la creación de empleo “utilizando para ello un contrato que durante el primer año, aun siendo formalmente indefinido, no proporciona ninguna estabilidad”. Vid. “Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010-2012 (II): la Ley 3/2012”, Documentación Laboral nº 95-96, año 2012, Vol. II-III, pág. 135.

prendedores” parece dirigirse sólo a una determinada categoría de empresas, es decir, a empresas de nueva creación pero, en realidad, no es así puesto que no se ha establecido ningún mecanismo que impida su utilización por cualquier otra empresa ya consolidada (como sucede en el caso de autos) y haya o no iniciado una nueva actividad o servicio, es decir, con independencia de la etapa o ciclo de la actividad empresarial en la que se encuentre². Es más lo anterior se confirma si atendemos al concepto amplio que de emprendedor se recoge en el art. 3 de la L.14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización: “Se consideran emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley”. El sesgo de esta modalidad viene determinado no porque se realice una actividad emprendedora -aunque así sea su denominación-, sino por el volumen de la plantilla que tenga la empresa, de manera que este modelo contractual sólo puede ser utilizado por empresas que tengan menos de 50 trabajadores –y no hayan efectuado extinciones declaradas improcedentes en los seis meses anteriores a la celebración del contrato-³. No obstante lo anterior, si se efectúa una traslación de la restricción citada a los datos reales del tejido empresarial español aportados por la propia norma se puede observar cómo dicha restricción se desborda en sus propios límites, pues tal medida resulta de aplicación al 99,23% de las empresas españolas, es decir, a la casi totalidad del empresariado.

En la contraparte de la relación laboral la reforma laboral pretende situar al trabajador joven. Para ello se recurre a medidas que ya son tradicionales en nuestro ordenamiento laboral -como son la concesión de beneficios económicos al empresariado en forma de deducciones fiscales o bonificaciones socia-

² En relación con el concepto de “emprendedor” y su aplicación a la modalidad contractual analizada vid. Calvo Gallego J. y Feria Basilio I.: “El contrato de apoyo al emprendedor y la revitalización del art. 15.5 ET en la Ley 3/2012”, en “Estudios en torno a la reforma laboral de 2012”, Dirs. Emilia Castellano Burguillo e Iluminada Feria Basilio, Edit. Punto Rojo, S.L., págs. 69 a 72; Calvo Gallego J.: “Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010-2012 (II): la Ley 3/2012”, op.cit., págs.138-141; Aguilar del Castillo M.C.: “La constitucionalidad del período de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores”. [Material gráfico CD: “Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico”, Monografías de Temas Laborales nº 51, coord. Eva Garrido Pérez]. CARL, 2013.

³ Este criterio limitativo al uso fraudulento de esta modalidad contractual resulta para Moreno Vida tan restrictivo en su ámbito temporal (seis meses anteriores a la contratación) que permite el uso de la misma a empresarios que hubiesen realizado despidos improcedentes o colectivos en los seis meses anteriores a la contratación y anteriores a la vigencia de la norma, de tal suerte que, según la autora, se establece así una especie de “amnistía” para estos casos. Vid. op.cit. En semejante sentido, Roqueta Buj R.: “Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores”. Laleydigital.es, ref. 18649/2012: Relaciones Laborales [en línea]. Nº.23. Sección Monografías (2013). [Consulta: 1 enero 2014]. <http://0.laleydigital.laley.es.fama.us.es/Content/>.

les que se harán efectivas si la contratación se realiza con trabajadores que cumplan determinados perfiles (jóvenes menores de 30 años, desempleados menores de 30 años perceptores de prestación por desempleo, desempleados mayores de 45 años, contratación de mujeres jóvenes o mayores de 45 años en sectores que estén subrepresentadas)- absteniéndose de utilizar otros límites como podría ser la edad de contratación. La consecuencia práctica de ello es que, en puridad, tal limitación subjetiva resulta más formal que real, puesto que si dejamos a un lado el sistema de beneficios económicos, el contrato queda abierto a cualquier trabajador y de cualquier edad.

b) Duración y forma: Como es sabido nuestro ordenamiento laboral diferencia dos tipologías contractuales desde el punto de vista de su duración: los contratos de duración determinada (art. 15ET) y los contratos por tiempo indefinido. Dentro de estos últimos tienen cabida el contrato por tiempo indefinido ordinario y el ahora contrato indefinido de apoyo a los emprendedores cuya pervivencia en el tiempo queda supeditada la consecución de un objetivo de empleo: la reducción de los niveles nacionales de desempleo que deberán situarse por debajo del 15%⁴.

Un aspecto a resaltar de su régimen jurídico ha sido cómo la regulación prevista -tanto en el RDL 3/2012 como posteriormente en la L.3/2012- de la jornada laboral aplicable a este modelo contractual excluyó las contrataciones realizadas a tiempo parcial cuando, precisamente, uno de los efectos pretendidos por la reforma laboral ha sido el fomentar el uso de las contrataciones a tiempo parcial⁵. Esta falta de congruencia entre el efecto pretendido por la reforma con la medida dispuesta ha quedado actualmente superada con el RDL 16/2013, de 20 de diciembre que permite la contratación bajo esta modalidad con jornadas a tiempo parcial con el consecuente disfrute proporcional de los incentivos fiscales que correspondan.

Otro aspecto a destacar sería la exigencia de forma escrita y en modelo oficial para una contratación que se fija con carácter indefinido. Recuérdese que el art. 8 ET consagra la libertad de forma y únicamente prevé esta exigencia de forma para los supuestos de contrataciones temporales allí previstos y

⁴ El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores viene a sustituir al contrato de fomento de la contratación indefinida que ha sido derogado por la Disposición derogatoria 1 letra "a" del RDL 3/2012 -letra "b" en la L.3/2012-. Recuérdese que la singularidad de esta modalidad contractual por tiempo indefinido se encontraba en los costes de salida de las relaciones laborales vinculados a esta modalidad cuando se declarase un despido objetivo improcedente estableciéndose una indemnización reducida de 33 días de salario por año de servicio. Al generalizarse por el RDL 3/2012 la indemnización a 33 días de salario por año de servicio a cualquier modalidad contractual deja de tener sentido el mantenimiento de esta figura contractual.

⁵ Esta circunstancia que queda patente en la propia exposición de motivos III que reconoce que "el trabajo a tiempo parcial constituye una de las asignaturas pendientes de nuestro mercado de trabajo" (RDL 3/2012 y L.3/2012).

para –como sucede con esta modalidad- cuando así se exija por disposición legal. Este recurso obligatorio a la forma escrita conecta indirectamente con el aspecto que mayor problema plantea en este contrato –que no está en relación con los requisitos del contrato sino con un pacto que se añade al mismo- y que supedita su existencia a la exigencia de forma escrita: el período de prueba. Y resulta problemático no por el hecho de su incorporación al contrato, sino por la extensión que se le ha dado al mismo –un año-. La ampliación en el tiempo de este pacto que la norma establece como único, sin atención a criterios tales como las características del puesto, la exigencia o preparación profesional del trabajador o el tamaño de la empresa y sin una justificación vinculada al propio fin de la institución ha generado el rechazo unánime de la doctrina laboralista que critica su dilatada extensión por los perniciosos efectos que se derivan de ella⁶.

En resumen, se ha puesto de manifiesto que la formal naturaleza indefinida de la relación contractual se desvirtúa durante su primer año hacia una contratación temporal sin causa, ya que durante dicho período el empresario puede extinguir la relación laboral sin que le sean de aplicación las consecuencias económicas (indemnización) que se vinculan al despido, lo que a dichos efectos prácticos y aún a riesgo de perder los incentivos económicos que se vinculan a dicha modalidad otorgarían al empresario la opción del despido libre, sin causa y sin indemnización –durante el margen temporal de un año-, efectos que quedarían amparados bajo el paraguas formal y legal de esta novedosa y controvertida modalidad contractual⁷. Sobre esta cuestión y en conexión con el caso enjuiciado volveremos enseguida.

⁶ Sirvan a título de ejemplo las reacciones de la doctrina laboralista contrarias a esta figura en: Moreno Vida M.N.: "La reforma de la contratación laboral: del nuevo fomento del empleo a través de la precariedad", *Iustel. com: Revista General de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* [en línea]. nº 34 (2013). [Consulta: 1 enero 2014]. <http://0.iustel.com.fama.us.es/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=12&numero=34>; Salcedo Beltrán M.C.: "El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional", *Revista de Derecho Social* nº 62, año 2013, págs.96 y 100-101; Calvo Gallego J.: "en: "Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010-2012 (II): la Ley 3/2012", op.cit., pag. 146; Aguilar del Castillo M.C.: "La constitucionalidad del período de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores", op.cit.; Roqueta Buj R.: "Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores" op.cit.; Pérez Rey J.: "El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo", *Revista de Derecho Social* nº 57, año 2012, pag. 51 que lo califica de "híbrido" y "engendro".

⁷ Vid. nota anterior.

2. CONSIDERACIONES SUSTANTIVAS SOBRE EL PERÍODO DE PRUEBA

Como es sabido el período de prueba es pacto de origen legal y de carácter potestativo para las partes, las cuales deciden acerca de su incorporación o no al contrato de trabajo. Esta voluntariedad queda limitada en determinadas relaciones laborales en las que el pacto probatorio dimana de la propia norma que regula dicha relación contractual estableciendo su necesaria incorporación al vínculo jurídico⁸.

La citada exigencia normativa de incorporar el pacto probatorio en determinadas relaciones laborales, a juicio de un sector doctrinal, también parece desprenderse del régimen jurídico del contrato de apoyo a los emprendedores, pues consideran que la intención del legislador ha sido la de incorporar el pacto con carácter imperativo al contenido contractual, exigencia que también parece deducirse de la versión actual del modelo oficial de contratos indefinidos⁹ en cuyo clausulado general se especifica en la nota 12 que los contratos que se acojan a lo dispuesto en el art. 4 de la L.3/2012 el período de prueba será de un año¹⁰. Ciertamente su regulación (actualmente art. 4.3 L. 3/2012) resulta poco clara y confusa cuando se refiere a su duración que se dice que “será de un año en todo caso”, por lo que tal interpretación resultaría acorde con la intención de flexibilizar la relación laboral durante dicho período dando un amplio margen al empresario para decidir si mantiene o no la relación laboral iniciada —opción que, por otra parte, ha sido en la práctica generalizada por el empresariado como sucede en el caso de autos—. Pero, al mismo tiempo, estaría en contra del tenor literal del propio art. 4.3 de la L.3/2012 que en sus primeras líneas reconduce el período de prueba a la regulación estatutaria -salvo la excepción relativa a la duración del período de prueba- con lo cual una relectura del precepto permitiría interpretar que la voluntariedad de las partes en su fijación queda incólume¹¹.

⁸ Vid. Ballester Pastor M.A.: “El período de prueba”, Edit. Tirant lo Blach, colección laboral nº 26, Valencia 1995, págs.15-16 en relación con págs. 67 y ss.

⁹ Disponible en la página web del SEPE <http://www.sepe.es> en la aplicación “asistente de contratos”.

¹⁰ Vid. Roqueta Buj R.: “Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores” op.cit.; Rodríguez-Piñero, M. Valdés Dal-Re, F, y Casas Baamonde M.E.: “La nueva reforma laboral”, Relaciones Laborales nº 5, año 2012, pag. 17, cit. por Baz Rodríguez J.: “El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad”, Revista de Derecho Social nº 59, año 2012, pag. 96. Vid. las distintas interpretaciones posibles en Pérez Rey J.: “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, op.cit., pag.57.

¹¹ Respecto del carácter potestativo del periodo de prueba fijado en esta modalidad contractual vid. Moreno Vida M.N.: “La reforma de la contratación laboral: del nuevo fomento del empleo a través de la precariedad”, op.cit.; Aguilar del Castillo M.C.: “La constitucionalidad del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores”, op.cit.

Una vez acordado el pacto probatorio no existe lugar a dudas de que éste solo puede aplicarse coincidiendo en el tiempo con la primera fase de la relación laboral. Ello se debe a su objeto que no es otro que el de otorgar un margen temporal a las partes contratantes para que comprueben su adecuación al negocio jurídico pactado: el empresario puede conocer las aptitudes personales y profesionales de la contraparte y el trabajador puede comprobar si las expectativas sobre la prestación de servicios se cumplen o no. En definitiva, se trata de un tiempo en el que vigente la relación contractual las partes se someten a una “mutua experimentación a través de las correspondientes prestaciones sinalagmáticas”¹². De esta forma se facilita al empresario la selección de personal dándose al mismo tiempo cumplimiento a la normativa laboral que exige la causalidad en los supuestos de extinción contractual¹³. En palabras del TS y “En términos de gestión de recursos humanos, la función institucional del período de prueba podría formularse así: en lugar o además de la información adquirida por el empresario y el trabajador en los tratos preliminares a la iniciación de la relación laboral, las partes pueden disponer conforme a lo establecido en el artículo 14 ET de un plazo o margen temporal para comprobar sobre el terreno que el contrato concertado satisface sus intereses respectivos. Mediante esta comprobación en el curso de la relación de trabajo se ahorran los “costes de transacción” (de tiempo, de esfuerzo y de dinero) que pudiera comportar una comprobación o verificación exhaustiva o completa antes de su conclusión”.

A este fin experimental se anuda una doble exigencia: por un lado, que las partes deben de realizar en el transcurso de dicho período las experiencias que constituyan el objeto de la prueba –exigencia que limita el libre desistimiento empresarial si dicha comprobación no tiene lugar, salvo imposibilidad material no imputable a un incumplimiento de las partes-¹⁴. Por otro, que la duración del citado período se ha de adecuar al fin previsto, siendo la regulación convencional la que mejor puede determinar dichos límites¹⁵; de ahí, la remisión del legislador en el art. 14 ET a los Convenios Colectivos fijando, en su defecto, unos límites temporales máximos de carácter general variables en función del nivel profesional del trabajador, del tamaño de la empresa y, recientemente

¹² Vid. F.J. nº 4 de la STS 18-4-2011 RJ 2011\5814. No obstante dicho criterio bilateral resulta para Moreno Vida M.N. más formal que real pues, en la práctica, este período favorece al empresario y atiende fundamentalmente a la defensa de sus intereses, puesto que le permite desistirse del contrato sin abonar indemnización alguna. Vid. en: “La reforma de la contratación laboral: del nuevo fomento del empleo a través de la precariedad”, op.cit.

¹³ Vid. Ballester Pastor M.A.: “El período de prueba”, op.cit., pag.9.

¹⁴ Vid., F. J. 3 STS 12-12-2012, RJ 2012/9598.

¹⁵ Esta habilitación expresa a la negociación colectiva para fijar la duración del período de prueba fue incorporada al art. 14 del ET por la L.11/1994, de 19 de mayo.

añadido por el RDL 16/2013, de la duración de los contratos temporales¹⁶. En consecuencia, los límites legales del art. 14.1 ET se aplicarán supletoriamente en defecto de regulación convencional. Será, pues, ésta la facultada por el legislador para poder ampliar o reducir la duración del período de prueba en términos razonables y de forma acorde con su objeto, de manera que aquellos períodos de prueba fijados por convenio colectivo que no cumplan tal rigor serán declarados nulos por los Tribunales -por abusivos e incompatibles con su propia finalidad-¹⁷.

También se anuda la prohibición de establecer un período de prueba cuando el trabajador haya realizado con anterioridad en la misma empresa las mismas funciones aun cuando hubiese estado vinculado con otra modalidad contractual¹⁸.

Al objeto de la prueba finalmente se anuda una consecuencia: el libre desistimiento de cualquiera de las partes, de manera que durante el margen temporal que alberga el período probatorio cualquiera de ellas podrá resolver el contrato sin necesidad de ninguna exigencia concreta de forma ni de especificación de la causa que motiva la extinción -pues su motivación es subjetiva- siempre y cuando dicho período no supere los límites legales o convencionales por los que se regule y no se trate de un desistimiento abusivo, discriminatorio o atentatorio a derechos fundamentales¹⁹. Teniendo en cuenta lo anterior el criterio doctrinal -no unánime- del TS refrendado recientemente por la tampoco unánime STC de 10-10-2013 inadmite la aplicación analógica al período de prueba de la garantía reforzada del art. 55.5.b en los supuestos de trabajadoras embarazadas en caso de despido (art. 55.5.b ET), puesto que las diferen-

¹⁶ El RDL 16/2013, de 20 de diciembre fija en un mes la duración máxima del período de prueba para los contratos de duración determinada no superior a seis meses.

¹⁷ El TS se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este extremo: “la negociación colectiva no puede magnificarse hasta el extremo de admitir como válidas fórmulas convencionales que pueden resultar incompatibles con la propia finalidad y funciones -que hemos descrito- del instituto del período de prueba, pues una regulación convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho período, bien puede sugerir -como ha puesto de manifiesto la doctrina científica- que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales, lo que podría encubrir situaciones de fraude de ley al poder utilizarse para enmascarar unos fines no queridos por el citado precepto estatutario. Dichas cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al orden público social” (STS 20-7-2011 RJ\2011\6680). Vid. un comentario de la misma en Todolí Signes a.:” Glosa judicial. Límites a la duración del período de prueba (Comentario a la STS de 20 de julio de 2011. Rec. Ud. 152/2010), Actualidad Laboral nº 4, Quincena del 16 al 29 de febrero, 2012, Tomo I. (publicado en laleydigital.es).

¹⁸ Dicha prohibición no figuraba en el texto del art. 4 del RDL 3/2012, sino que se ha incorporado en la L.3/2012.

¹⁹ Vid. STS de 20-4-2007 R.J\2007\3193; STS de 12-12-2008 R.J\ 2009\257; STS de 6-2-2008 RJ \2008\665; STS de 14-5-2009 RJ\2009\257; STS de 23-11-2009 RJ\2009\7761; STS de 18-4-2011 RJ\2011\5814; STS de 12-12-2012 RJ\2012\9598.

cias entre ambas instituciones (período de prueba y despido) son sustanciales: “mientras que en el despido (tanto disciplinario como por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa) y cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, en cambio, en el desistimiento empresarial durante el período de prueba no existen requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa). En definitiva, el período de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, como es obvio, esa facultad de desistimiento empresarial vigente el período de prueba (art. 14 LET) no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan «resultados inconstitucionales»²⁰. Así las cosas, la nulidad de la decisión extintiva durante la fase probatoria solo sería aplicable a dicho período cuando se acreditasen indicios de discriminación -circunstancia que no tiene lugar cuando la empresa desconoce el estado de gestación de la trabajadora-. Sentado lo anterior, el empresario, como titular del derecho a la libertad de empresa es el que decide libremente si conviene a su interés contractual mantener o no la relación laboral en período de prueba; y de ahí que la resolución de la prueba durante su período de vigencia no quede sujeta, por imperativo legal, a requisitos causales ni formales²¹.

3. EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES

En el caso de autos el trabajador había suscrito con una empresa, que no es de nueva creación sino consolidada en el tejido empresarial español, un contrato de trabajo indefinido en la modalidad de apoyo a los emprendedores para realizar, con la categoría de peón, las funciones que se describen en el relato fáctico de la sentencia comentada: “coger los neumáticos de lugar en que se encontraban y dejarlos en el montón destinado al reciclado o en el de pavimentado”. A tales fines, y siguiendo lo dispuesto en el art. 4.3 del RDL 4/2012 - hoy art.4.3 de la L.3/2012-, se fijó un período de prueba de un año. Se da la circunstancia que el convenio colectivo aplicable a la empresa demandada estableció un período de prueba para la categoría profesional del trabajador de dos semanas, ampliables a seis meses. La dificultad de determinar cuál es la regulación aplicable cuando se da un supuesto como en el del caso de autos en el que confluyen dos períodos de prueba distintos (el período de prueba de un año que fija la norma que regula el contrato de apoyo a los emprendedores y un período de prueba inferior establecido por el convenio colectivo atendiendo

²⁰ Vid. F.J. nº 4 STC 10-10-2013 RTC\2013\173 siguiendo a la STS 18-4-2011 RJ\2011\5814.

²¹ Por todas STS 12-12-2012, RJ\2012\9598.

a la categoría profesional del trabajador) ha planteado dudas doctrinales en relación a la posible aplicación a dicha modalidad contractual de un período de prueba inferior cuando éste se encuentra regulado en convenio colectivo²². En el caso de autos entiende la juzgadora que al haberse suscrito el vínculo laboral bajo esta nueva modalidad contractual cuyo régimen jurídico establece en un año la duración del pacto de prueba resulta, en principio, inaplicable lo dispuesto en el art. 14.1 ET en el que se establece que será la norma convencional –y en su defecto el ET- el referente normativo que establezca el límite temporal al período de prueba. En virtud del principio de jerarquía normativa será pues el art. 4.3 del RDL 3/2012 el que sirva de referente al caso enjuiciado. No obstante lo anterior, y antes de emitir un pronunciamiento definitivo sobre el objeto del litigio la jueza aborda otra cuestión ahora centrada ya en el precepto que sirve de referencia al caso de autos (art. 4.3 RDL 3/2012), en concreto, en su contenido planteándose si la extensión y única duración del período de prueba resulta compatible con determinados mecanismos de protección internacional de los derechos de los trabajadores, como lo es la Carta Social Europea.

4. LA DURACIÓN DE UN AÑO DEL PERÍODO DE PRUEBA Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS MECANISMOS NACIONALES E INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Como ya se ha puesto de manifiesto en líneas precedentes la problemática principal que suscita el contrato de apoyo a los emprendedores es la referida a la extensión uniforme del período de prueba elevada a un año, sin que la duración de dicho período atienda a ningún criterio de puesto de trabajo, de cualificación profesional o característica de la empresa que lo justifique, salvo la implícita necesidad de creación de empleo. La consecuencia que se deriva de lo anterior es la anulación de la esencia material del pacto probatorio –que el empresario pueda comprobar la aptitud profesional y adaptación del trabajador al puesto de trabajo y que el trabajador compruebe si el trabajo cumple sus expectativas- vaciando la institución de su contenido material que se suple

²² En relación a esta cuestión vid. Salcedo Beltrán M.C.: “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”, op.cit., pag. 102. Para Calvo Gallego la expresión “en todo caso” aplicable al período de prueba de un año “parece destinada a evitar cualquier otra duración alternativa –fundamentalmente la que quisiera establecerse por parte de la negociación colectiva- al mismo tiempo que hace inaplicable la jurisprudencia que durante estos últimos años ha intentado reducir las extralimitaciones de ciertos convenios en relación con la duración del período de prueba para actividades de escasa complejidad, independencia, autonomía o exigencia de titulación”. Vid. en: Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010-2012 (II): la Ley 3/2012”, op.cit., pag. 145.

con otra finalidad radicalmente diferente: de política de empleo. La pretensión implícita de atraer al empresariado hacia el uso de esta modalidad contractual por la flexibilidad que el pacto incorpora al otorgarle el margen de una anualidad para comprobar si puede/quiere/ o le interesa o no mantener el empleo dispensándole durante dicho margen temporal de las exigencias frente al despido injustificado comporta el uso perverso del referido período de prueba -que formalmente se dice que es de prueba, pero que en realidad no lo es, o al menos en los términos en los que hasta ahora se concebía dicho pacto- permitiendo al empresariado el libre desistimiento sin justa causa durante el extenso y excesivo período de un año con los consiguientes efectos reductores sobre las garantías de protección al empleo.

De lo anterior deriva que se haya puesto en cuestión la constitucionalidad de la medida desde distintos ámbitos. A nivel científico, son muchos los autores que han incidido en la afectación de derechos constitucionales como el derecho al trabajo (art. 35.1 Constitución) en cuanto al derecho del trabajador a no ser despedido sin justa causa o el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución) al limitar el control judicial sobre la decisión empresarial resolutoria durante dicha anualidad²³. También se ha cuestionado si la limitación del derecho del trabajo que implica el uso de dicha medida supera el tripe test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad; o dicho en otros términos, si la medida en sí consigue el fin propuesto (idoneidad), si es necesaria por no existir otra de afectación menor (necesidad) y si se adecua al objeto de protección por derivarse de la misma mayores beneficios que perjuicios sobre el interés general (proporcionalidad)²⁴.

En otro nivel, esta vez, político también se ha cuestionado su constitucionalidad encontrándose, actualmente, en fase de resolución por parte del Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad planteado por diversas fuerzas políticas por posible vulneración de los arts. 35.1, 37.1 y 24.1 todos de la Constitución²⁵.

Pero dicha medida no sólo ha provocado un choque frontal con las exigencias que se derivan de la Carta Magna, sino también con los compromisos

²³ Moreno Vida M.N.: "La reforma de la contratación laboral: del nuevo fomento del empleo a través de la precariedad", op.cit.; Aguilar del Castillo M.C.: "La constitucionalidad del período de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores", op.cit.; Moreno Gené J.: "La inconstitucionalidad del período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores", comunicación presentada a las XXIV Jornadas Catalanas de Derecho Social 21-22 febrero de 2013, págs.15-18; Pérez Rey J.: "El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo", op.cit., págs. 60-64; Baz Rodríguez J.: "El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad", op.cit., págs.103-106.

²⁴ Vid Calvo Gallego J.: Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010-2012 (II): la Ley 3/2012", op.cit., págs. 147-148.

²⁵ El recurso de inconstitucional, actualmente en trámite, fue presentado el 4-10-2012 por el Grupo Parlamentario Socialista y Diputados de los Grupos IU ICV- EiUA e Izquierda Plural.

internacionales suscritos por España en diferentes Textos (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Convenio nº 158 OIT, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Carta Social Europea, Recomendación nº 166 de la OIT) que impiden el despido sin causa y que también han sido puestos de manifiesto por la doctrina²⁶.

La situación descrita en el litigio tiene como precedente de derecho comparado la aplicación directa por parte de los tribunales franceses del Convenio nº 158 de la OIT en un proceso de despido presentado por una trabajadora contra el polémico “contrat du travail des nouvelles embauches” establecido en la Ordenanza 2005-893, de 2 de agosto²⁷. En resumen, la Sentencia del Tribunal de Apelación francés –confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo– aplica directamente al caso el Derecho internacional (art. 4 del Convenio nº 158 OIT) y en base al mismo resuelve a favor de la trabajadora reconociendo que el período de consolidación de la modalidad contractual citada –equiparable al período de prueba– durante el cual se permite la resolución contractual sin que el juez pueda examinar el carácter “real y serio” del despido vulnera el art. 4 del Convenio nº 158 OIT. Tampoco resulta “razonable” su duración de dos años, por lo que no puede serle de aplicación el art. 2 de la citada norma internacional que permitiría a los Estados firmantes excluir de la aplicación del Convenio a “los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable”²⁸.

También la propia OIT tuvo la ocasión de pronunciarse sobre período de suspensión establecido en el “contrat de nouvelles embauches” en respuesta a la reclamación sindical presentada contra él por supuesta vulneración del Convenio nº 158 OIT y de la Recomendación nº 166. En su resolución el Comité

²⁶ Moreno Vida M.N.: “La reforma de la contratación laboral: del nuevo fomento del empleo a través de la precariedad”, op.cit.; Salcedo Beltrán M.C.: “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”, op.cit., págs. 103 y ss; Pérez Rey J.: “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, op.cit., págs. 60; Roqueta Buj R.: “Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores” op.cit.; Baz Rodríguez J.: “El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad”, op.cit., págs.98-102 y 107-108.

²⁷ Dicho contrato permitía a las empresas de hasta 20 trabajadores –salvo en determinadas actividades estacionales o de carácter temporal– poder utilizar este contrato indefinido en el que se establecía un período llamado de “consolidación” de dos años durante el cual el trabajador podía ser despedido mediando preaviso y con una indemnización inferior a la estipulada con carácter general, sin necesidad de que el empresario tuviese que alegar justa causa.

²⁸ Vid. Salcedo Beltrán M.C.: “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”, op.cit., págs. 106-113; Moreno Vida M.N.: “La reforma de la contratación laboral: del nuevo fomento del empleo a través de la precariedad”, op.cit.; Baz Rodríguez J.: “El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la flexi-inseguridad”, op.cit., págs. 99-100.

de la OIT consideró que el establecimiento de un período excesivamente largo podría privar a los trabajadores de la protección prevista en el Convenio²⁹.

En el caso de autos la juzgadora no se plantea la constitucionalidad del art. 4.3 RDL 3/2012 sino que va más allá del derecho nacional y, al igual que hizo el Tribunal de Apelación francés trajo al caso de autos el derecho internacional como criterio hermenéutico. Pero a diferencia de aquél la jueza no efectúa su análisis en la compatibilidad o no del precepto cuestionado con el Convenio n° 158 OIT sino con otro instrumento internacional: la Carta Social Europea. En concreto, se plantea si la aplicación del art. 4.3 del RDL 3/2012 resultaba contrario a la Carta Social Europea (1961) ratificada por España por Instrumento de 29-4-1980 tal y como sostuvo la defensa del trabajador en el trámite procesal de las conclusiones³⁰. En su argumentación parte la jueza del valor que la Carta Social posee en nuestro derecho interno; es decir, un instrumento internacional que dimana del Consejo de Europa con la finalidad de garantizar los derechos sociales en ella suscritos al objeto de mejorar el nivel de vida y promover el bienestar social de los ciudadanos. Tras ser ratificado por España la Carta se integró en el ordenamiento jurídico español situándose por encima de la Ley nacional y con el mismo valor vinculante que los tratados de la Unión Europea (arts. 10.2 y 96.1 Constitución). De la correcta interpretación y cumplimiento de sus preceptos se encarga el Comité Europeo de Derechos Sociales cuyas decisiones se emiten en forma de Conclusiones (en respuesta a los informes anuales emitidos por los Estados firmantes) o de Decisiones, (en respuesta a reclamaciones colectivas presentadas por las organizaciones habilitadas al efecto). En consecuencia, tanto la Carta como las Decisiones emitidas por el Comité Europeo de Derechos Sociales son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales, de manera que ambas pueden ser invocadas por los particulares en defensa de los derechos en ellas incluidos. De igual modo, los órganos jurisdiccionales pueden fundar sus resoluciones atendiendo a los derechos que en ella se reconocen y a las Decisiones adoptadas por el Comité Europeo de Derechos Sociales respecto del incumplimiento de alguno de sus preceptos por la legislación de algún Estado firmante.

Partiendo de tales razonamientos para resolver el asunto objeto de debate y por la identidad sustancial existente con el mismo la juzgadora trae al caso de autos la Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales de 23 de mayo de 2012 (reclamación 65) adoptada por unanimidad por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 5-2-2013 (Resolución CM/ResChS (2013) 2). La De-

²⁹ Vid. Salcedo Beltrán M.C.: "El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional", *op.cit.*, págs. 106-113.

³⁰ Hay que aclarar que España no ha ratificado la última revisión de la Carta Social Europea llevada a cabo el 3-5-1996 ni el Protocolo de 1995 por el que se permiten a los Estados firmantes la presentación de reclamaciones colectivas.

cisión tiene su origen en la reclamación colectiva (conforme al art. 1 del Protocolo Adicional de la Carta de 1995) planteada por la Federación General de trabajadores de la empresa nacional de energía eléctrica (GENOP-DEI) y la Confederación de Sindicatos de Funcionarios Griegos (ADEDY) en relación al art. 17.5 de la Ley 3899 de 17-12-2010 de Grecia que estableció una ampliación del período de prueba de dos a doce meses para todos los trabajadores sin diferenciación de la cualificación profesional o nivel de especialización en el trabajo para el que son contratados. Durante su vigencia la empresa tenía la opción de rescindir la relación laboral sin previo aviso y sin tener que abonar indemnización alguna al trabajador, salvo que existiera pacto expreso entre las partes contratantes. Las organizaciones reclamantes entendieron que el referido precepto vulneraba el art. 4.4 (Parte II) de la Carta que establece que se reconoce a todos los trabajadores el derecho a un plazo de preaviso en caso de terminación del empleo.

Hay que hacer constar que en esta modificación que efectuó el estado griego en el precepto objeto de la reclamación es respuesta a las exigencias impuestas por la propia UE para solventar su difícil situación económica y que ha supuesto la adopción de medidas muy restrictivas de los derechos de los trabajadores. Prueba de lo anterior es la Decisión 2010/320/UE del Consejo de 8 de junio de 2010 dirigida a Grecia en la que se le advirtió del cumplimiento de un paquete de medidas para reducir su excesivo déficit público; entre ellas, la reforma de la normativa de empleo que, entre otros aspectos objeto de modificación, debía de ampliar el período de prueba a un año en las nuevas contrataciones, medida que se reitera como necesaria en la Decisión 2011/734/UE del Consejo de 12 de julio de 2011³¹.

Para las organizaciones sindicales la medida impuesta por el art. 17.5 de la ley griega vulnera el art. 4.4 del Carta Social Europea. Argumentaron que:

- La duración del período de prueba debe estar en función de la cualificación profesional que tenga el trabajador no pudiendo establecerse un período de prueba uniforme para todos los trabajadores.
- La duración establecida por el art. 17.5 de la ley griega va contra el principio de proporcionalidad que encuentra su reconocimiento en la Carta Europea de los Derechos del Hombre y en las resoluciones del TJUE.
- Todo trabajador tiene derecho a un plazo razonable de preaviso cuando el empresario va a dar por finalizada la relación laboral.

En cambio, para el Estado griego el preaviso no se aplica cuando el trabajador está en período de prueba considerando razonable el plazo de prueba de un año.

³¹ Vid. Salcedo Beltrán M.C.: "El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional", op.cit., pag.114.

La reclamación en cuestión fue resuelta por el Comité Europeo de Derechos Sociales en base a las siguientes consideraciones:

- a) Respecto del derecho a la notificación razonable: entiende el Comité que el ejercicio de este derecho ha de ser aplicado a cualquier trabajador con independencia de su categoría y régimen de contratación inclusive durante el período de prueba. Se trata, pues, de un derecho que ha de ser garantizado por la legislación nacional para que ningún trabajador quede desprotegido. Aun cuando el Comité ni ha definido el concepto de notificación razonable ni se ha pronunciado sobre la función del preaviso o de la indemnización, por cuanto que se tratan de aspectos que han de ser valorados caso por caso considera el Comité que el principal criterio a tener en cuenta es la duración del servicio. Para clarificar la cuestión el Comité considera que, a modo de ejemplo, un período de preaviso inferior a un mes después de un año de trabajo resulta contrario a la Carta.
- b) Respecto del objetivo o finalidad del preaviso: es decir, que el trabajador disponga de un margen de tiempo para buscar otro empleo mientras se encuentra percibiendo su salario siendo aceptable por el Comité que en defecto de preaviso el trabajador sea resarcido con una cuantía equivalente al salario a percibir por el trabajador durante dicho período. En consecuencia, la falta grave por parte del trabajador sería la única causa admisible que justificaría un despido inmediato.
- c) Respecto de la extensión del período de prueba: aún cuando el Comité no se ha pronunciado específicamente sobre el período de prueba entiende que, en cualquier caso, su duración ha de estar en relación con las condiciones requeridas para el mismo o con las circunstancias en que la ampliación del mismo se pueda considerar como aceptable. El período de prueba permite al empresario verificar si las cualificaciones y aptitudes del trabajador se corresponden con las exigencias del puesto de trabajo que ocupa pero, en ningún caso, debe interpretarse de manera tan amplia ni utilizar un período excesivamente largo que priven al trabajador de las garantías previstas en materia de preaviso e indemnización.

Por lo anteriormente expuesto el Comité interpreta que el art. 17.5 de la ley griega, que no prevé plazo de preaviso ni indemnización por finalización de contrato en los supuestos en que un contrato de trabajo indefinido se acabe durante el período de un año constituye una violación del art. 4.4 de la Carta Social Europea.

Tomando como base la Decisión del Comité y atendiendo a la identidad sustancial con el caso de autos (contrato indefinido con período de prueba de un año en el que no se ha pactado ni indemnización ni plazo de preaviso) la

Juzgadora aplica directamente el derecho internacional y concluye que el art. 4.3 del RDL 3/2012 –hoy art. 4.3 de la L.3/2012- vulnera el art. 4.4 de la Carta Social Europea sin que sea posible entender como razonable un período de prueba de un año en el supuesto de autos, pues las funciones del trabajador (peón) consistían en llevar neumáticos de un sitio para otro, tarea para la que no se requiere un período de prueba tan extenso para que el empresario evalúe sus capacidades en atención a dicho trabajo.

Siguiendo la introducción general a las Conclusiones XIX-2 (2009) del Comité que en relación a las repercusiones económicas de la crisis sobre los derechos sociales la juzgadora reconoce que el RDL 3/2012 ha sido dictado en una situación de crisis económica y es precisamente durante dicha circunstancia cuando los derechos de los trabajadores se vuelven más vulnerables y, por ello, no deben quedar desprotegidos. En consecuencia, los Gobiernos están obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los derechos de la Carta queden especialmente garantizados en un momento que como el actual de crisis económica, la necesidad de protección se hace sentir más. Pero, a mayor abundamiento si cabe, la juzgadora considera que el art. 4.3 RDL 3/2012, también es contrario a la norma nacional en materia de contratación temporal (art. 15 ET) “puesto que, a través del contrato de emprendedores con un período de prueba de un año, durante el cual el empleador puede dar por finalizado el contrato sin preaviso ni indemnización, se excluye la aplicación del art. 15 ET, en el que siempre se exige una causa para la contratación temporal. El RD Ley convierte al contrato de emprendedores en un contrato temporal carente de causa, algo prohibido en nuestro ordenamiento jurídico”.

Por todo ello la juzgadora, considerando que el art. 4.3 del RDL 3/2012 vulnera lo dispuesto en la Carta Social Europea, -instrumento que sirve de criterio hermenéutico válido para la interpretación del contenido y alcance de los derechos y libertades constitucionales y siendo posible la aplicación directa de los tratados internacionales o las interpretaciones emanadas de los órganos que los supervisan por parte de los órganos jurisdiccionales- resuelve de forma contraria a lo establecido en dicho precepto concluyendo que “el apartado 4.3 del RD Ley no puede ser aplicado por contravenir una norma de rango superior, el art. 4.4 de la Carta, pues no fija ni preaviso ni indemnización por finalización de un contrato indefinido dentro del período de prueba de un año, plazo que es excesivo y carente de causa, y en consecuencia, lo que debe aplicarse es el ET, que remite al Convenio colectivo de aplicación en la materia”.

Sin lugar a dudas las consecuencias del contenido de la resolución comentada resultan trascendentales para la viabilidad futura de una modalidad contractual que como esta centra su reclamo principal en la flexibilidad que se le otorga al empresariado al poder utilizar el margen de una anualidad del período de prueba para decidir o no el mantenimiento de la relación laboral sin

consecuencia alguna. La línea interpretativa que inicia esta sentencia al dejar de aplicar el art. 4.3 del RDL 3/2012 (actualmente art. 4.3 de la L.3/2012) en lo que respecta a la duración del período de prueba en beneficio de lo dispuesto en la norma convencional, tal y como establece el art. 14 .1 ET comporta la nulidad parcial de la cláusula probatoria así pactada dejando expedita la vía a la reclamación por despido improcedente cuando el trabajador contratado bajo esta modalidad de apoyo a los emprendedores vea resuelta su relación laboral antes de finalizar el período de prueba de un año y la actividad para la que fue contratado tenga establecida por convenio colectivo un período de prueba inferior. En consecuencia con lo anterior, resultaría ajustada a derecho la resolución de una relación laboral –por desistimiento empresarial- de un trabajador contratado a través de esta modalidad de apoyo a los emprendedores si dicha resolución, aún habiéndose estipulado el plazo de una anualidad, se produce dentro de los márgenes establecidos en el convenio colectivo de aplicación³².

³² Es el caso debatido en la STSJ de Cataluña de 6-6-2013 rec. n° 1868/2013. Se trataba de un trabajador con la categoría de fregaplatos que suscribió con la empresa un contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores fijándose un período de prueba de un año y cuya relación fue resuelta por la empresa antes de expirar el plazo máximo de 45 días establecido para el período de prueba por el convenio colectivo de aplicación. La Sala desestima el recurso de suplicación por despido improcedente planteado por el actor puesto que “al margen de que, ciertamente, la duración del período de prueba en estos contratos haya sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, pues el plazo de un año parece excesivo si con ello se pretende conocer y valorar la aptitud de las partes y aún lo es más si tenemos en cuenta que no se aplica en función de la dificultad o especialización técnica de la actividad, sino de manera lineal, introduciendo deliberadamente un importante elemento de precarización en el empleo y en el carácter tuitivo que constitucionalmente se deriva del derecho al trabajo, y que tiene mucho que ver con el derecho a no ver extinguido su contrato sin justa causa, lo cierto es que, en el presente caso, al margen de la duración pactada de un año, el empresario desistió del contrato, por no superación del período de prueba por el hoy recurrente, antes del transcurso de 45 días desde su suscripción, por lo que no resulta decisivo para la decisión del pleito que el plazo legal precitado de una año pueda resultar, o no, ajustado a la legalidad constitucional, pues en cualquier caso no se habría vulnerado aquí el régimen general sobre el período de prueba previsto en el artículo 14 ET y en el convenio colectivo de aplicación, que establece, para la categoría profesional del actor, un período de prueba de 45 días. Por lo que no puede sostenerse que el libre desistimiento del contrato por el empresario carezca de amparo legal y convencional, ni que la decisión empresarial extintiva entrañe abuso de derecho, pues se ejercita antes incluso de transcurrir el plazo máximo de duración del período de prueba previsto en el convenio colectivo del sector”.

**LA CONDICIÓN DE RESIDENCIA COMO CAUSA DE
SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LA PROTECCIÓN
POR DESEMPLEO: LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA
JUDICIAL EN EL LEGISLADOR**

*Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2013,
17 de septiembre de 2013 y 23 de octubre de 2013*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*

SUPUESTO DE HECHO: En las sentencias que se comentan los supuestos de hecho son idénticos, beneficiarios de la protección por desempleo, bien prestación o bien subsidio, que salen al extranjero sin haberlo comunicado de forma previa al Servicio Público de Empleo Estatal. Tras el conocimiento de estos hechos, dicha entidad gestora acuerda, tras el procedimiento correspondiente, extinguir el derecho y declarar como indebida la percepción de prestaciones, solicitando la devolución de las mismas con fecha en el momento que se salió al extranjero.

RESUMEN: El Tribunal Supremo consolida en estas sentencias la doctrina emanada de la STS 18 de octubre de 2012 (rcud. 4325/2011), que matiza la mantenida en las precedentes SSTS/IV de 20 de noviembre de 2011 (rcud. 4065/2010) y 17 de enero de 2012 (rcud. 2446/2011), flexibilizando el período de 15 días que establece la norma para entender como perdida la residencia y, por ende, la protección del sistema en casos en los que las circunstancias personales o familiares del beneficiario de la prestación de desempleo puedan tener influencia en la determinación del momento de cumplimiento de los deberes de información y documentación a cargo de los beneficiarios.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: EL “QUERER” TRABAJAR COMO CONDICIONANTE DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y COMO BASE DE LA PROHIBICIÓN DE SALIR AL EXTRANJERO
2. LA RESIDENCIA COMO CAUSA DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LAS PRESTACIONES Y SUBSIDIOS POR DESEMPLEO
3. LA CONSERVACIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL
4. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA A EFECTOS DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO
 - 4.1. La precisión del concepto de “traslado de residencia” al extranjero del artículo 213.1.g) LGSS, como causa de extinción de la prestación de desempleo.
 - 4.2. Las obligaciones de información o comunicación del desempleado respecto de las ausencias del territorio nacional.
 - 4.3. Sobre el mantenimiento del período de 15 días de “estancia” previsto en el artículo 6.3 del RD 625/1985 la protección del desempleo.
 - 4.4. Circunstancias sobrevenidas sobre el incumplimiento de obligaciones de información y comunicación y sobre la presencia del beneficiario en el territorio y mercado de trabajo español.
5. LA REGULACIÓN ACTUAL TRAS EL RDL 11/2013, DE 2 DE AGOSTO

1. INTRODUCCIÓN: EL “QUERER” TRABAJAR COMO CONDICIONANTE DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y COMO BASE DE LA PROHIBICIÓN DE SALIR AL EXTRANJERO

De todos es conocido que el objeto de la protección por desempleo que otorga el sistema de Seguridad Social va a cubrir a las personas que, pudiendo y “queriendo” trabajar, hayan perdido su empleo (o, en determinadas condiciones, cuando vean reducida su jornada de trabajo).

El “querer” trabajar se ha convertido en un elemento fundamental tanto en el nivel contributivo como en el asistencial de la protección por desempleo.

Ello se refleja de muchas formas en la normativa vigente. De hecho, la acción protectora no sólo supone la obtención de una prestación económica o incluso el abono de cotizaciones a la Seguridad Social, sino también comprende acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional ya que las mismas ahondan en las posibilidades reales de empleabilidad, que pueda tener un desempleado.

Inicialmente se estableció como requisito para acceder a la protección por desempleo el “inscribirse como demandante de empleo” y, por supuesto, el mantenimiento de dicha inscripción durante la percepción de las prestaciones económicas. Pero, a pesar de ser un requisito que actualmente se mantiene (ex art. 207 1 e) de la LGSS) ya no es lo más importante puesto que al haberse entendido como un requisito puramente formal, se ha buscado algo más: la demostración de una actitud real de “querer trabajar”.

Por ello, desde el 2002, con el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo

y mejora de la ocupabilidad, para el acceso a las prestaciones contributivas por desempleo se contempla como requisito adicional, el acreditar la disponibilidad para buscar activamente empleo y aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del llamado “compromiso de actividad”¹. Se trata de un nuevo requisito que exige un plus de actividad en el desempleado, que lo condiciona a tener una actitud determinada y activa en la búsqueda de empleo.

Una declaración de voluntad, de “querer” trabajar, que ha de manifestarse por el solicitante o beneficiario de las prestaciones por desempleo “de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad”

Ese “querer trabajar” supone buscar de forma activa empleo, como una parte más de un itinerario de inserción o “re-inserción” en el mercado de trabajo y ha de acreditarse ante los Servicios Públicos de Empleo ya que de no se así, se entenderá como incumplido el “compromiso de actividad”.

Más aún, se vincula la existencia de la situación legal de desempleo (requisito, causa o condición determinante de acceso a las prestaciones por desempleo contributivas) al hecho de que el desempleado acredite sus disponibilidad para buscar activamente y para aceptar colocación adecuada.

Junto a ello, la situación de desempleo o paro de personas con capacidad y disponibilidad para el trabajo está referida a un determinado ámbito geográfico: el mercado de trabajo español. Es en este ámbito en el que se mueven los Servicios Públicos de Empleo, nacionales y autonómicos, que controlan la subsistencia de los requisitos para el acceso o mantenimiento de tales prestaciones, fuera de nuestro Estado resulta imposible ese control, salvo que existan normas de Derecho Internacional coordinador específicas, suscritas con el Estado en el que el desempleado beneficiario de prestaciones haya querido establecer su nueva residencia.

2. LA RESIDENCIA COMO CAUSA DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LAS PRESTACIONES Y SUBSIDIOS POR DESEMPLEO²

De conformidad con lo dicho anteriormente, es fundamental para la obtención y mantenimiento de las prestaciones y subsidios por desempleo residir en el territorio español.

¹ Al respecto, véanse Mercader Uguina, J. R., “El compromiso de actividad: significado, contenido y alcance”, RL nº 19, 2003, págs. 109 y sigs o Mella Méndez, L., *El compromiso de actividad del desempleado*, CEF, Madrid, 2005.

² Las causas establecidas para la suspensión y extinción de las prestaciones por desempleo en los arts. 212 y 213 de la LGSS, son también de aplicación, ex art. 219.2 de la LGSS a los subsidios por desempleo.

La legislación vigente aplicable a los supuestos de hecho a los que se refieren las sentencias que se comentan era la siguiente: de un lado, el art. 212 de la LGSS no hacía ninguna referencia a la suspensión de las prestaciones en los casos que el beneficiario de las prestaciones económicas saliera al extranjero y, de otro lado, el art. 213 g) de la LGSS señalaba como causa de extinción de las prestaciones por desempleo el traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinaran.

Fue el RD 200/2006, de 17 de febrero, por el que se modificaba el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, el que vino a establecer las reglas de aplicación a los supuestos de salida al extranjero por parte de los beneficiarios de la protección por desempleo.

Así, en la regulación establecida por esta norma, se producía una norma como regla general: el traslado de residencia al extranjero supone la extinción del derecho a las prestaciones económicas.

Y dos excepciones:

a) No tiene consideración de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1 de la LGSS³.

b) Se suspende el recibo de prestaciones o subsidios por desempleo en los casos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en los Convenios o normas comunitarias.

Una norma imperfecta puesto que no define cuál es el tiempo que ha de entenderse para que una salida al extranjero de un beneficiario de prestaciones por desempleo se convierta en “traslado de residencia”.

Vacío normativo que ha sido cubierto con la doctrina de las sentencias que se comentan.

³ En dicho artículo se establece como obligaciones de los trabajadores, entre otras, el proporcionar la documentación e información a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones (apartado b) y también el beneficiario ha de solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones (apartado e).

3. LA CONSERVACIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Desde la perspectiva internacional, uno de los principios que han fundado históricamente el Derecho Internacional coordinador de la Seguridad Social para la protección de los trabajadores migrantes ha sido el principio de conservación de derechos adquiridos⁴.

En las normas de coordinación internacional se suele prever que las personas incluidas en el campo de protección de la Seguridad Social de un Estado puedan beneficiarse de los derechos adquiridos en materia de prestaciones siempre que residan en el territorio de uno de los Estados miembros del convenio o acuerdo internacional en cuestión.

Una vez adquirido el derecho a prestaciones de la Seguridad Social, el trabajador migrante puede querer volver, temporal o definitivamente a su país de origen. La consecuencia lógica derivada del principio de conservación de derechos adquiridos es la posibilidad de que el beneficiario reciba prestaciones en un país distinto al que las abona, esto es, el derecho a la exportación de prestaciones.

En principio, en Derecho Internacional coordinador, las prestaciones no contributivas o asistenciales, financiadas a cargo de fondos públicos (impuestos generales), y que son muestra de la solidaridad de los ciudadanos miembros de una misma sociedad, sólo son abonadas cuando el beneficiario se encuentra residiendo en el país que la concede, aunque hay convenios internacionales que permiten la exportación de las mismas. Lo normal es que sólo se consideren, exportables las prestaciones económicas contributivas, aunque alguna de estas prestaciones, las que no son vitalicias o de larga duración, esto es, los subsidios o prestaciones temporales suelen plantear problemas para su exportación a causa de que suelen exigirse determinados controles en la situación del trabajador para poder ser beneficiarios de las mismas.

En el ámbito comunitario, se permite la exportación temporal de las prestaciones por desempleo. Como indica la sentencia que se comenta, el artículo 64 del Reglamento comunitario 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, proporciona determinadas reglas (para desplazamientos en el ámbito de la Unión Europea) o pautas normativas (para otros desplazamientos) con arreglo a las cuales se ha de medir (o se puede medir), en los casos de salida al extranjero.

En el fondo de dicha regulación se encuentra el control del cumplimiento de los deberes del beneficiario de permanecer a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro que abona la prestación. Dicho control, supone el

⁴ Sobre el tema, in extenso, vid Álvarez Cortés, J.C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid 2001, págs. 78 y sigs.

poder conocer por la entidad pagadora de la prestación el que se cumplan, por parte del beneficiario, los requisitos necesarios para disfrutar dicha prestación. En tales supuestos se permite el mantenimiento, y exportación de las prestaciones por desempleo, ex art. 64.1. b, durante un período de tres meses a partir de la fecha en que se abandonó el Estado que las abonaba.

Con respecto a las prestaciones y subsidios por desempleo, como se vio anteriormente, el art. 213 g) y 219.2 de la LGSS, que se remite al anterior, y el artículo 6.3 del RD 625/1985 establecen como causa de suspensión o extinción de las prestaciones el traslado de residencia al extranjero. Consecuencia lógica de la necesidad de control que las entidades que gestionan los sistemas de protección del desempleo han de ejercer sobre la situación y disponibilidad del desempleado para su reincorporación al mercado de trabajo. Se producirá suspensión cuando el traslado al extranjero lo sea para la realización de trabajo o perfeccionamiento profesional; en cualquier otro caso, el traslado de residencia al extranjero supondrá la extinción del derecho⁵.

Finalmente, ha de recordarse que aunque han habido diversos planes de retorno voluntario de extranjeros a sus países de origen, ha sido el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre el abono acumulado y anticipado de la prestación por desempleo, el que ha permitido el establecimiento de una modalidad de pago anticipado y acumulado de la prestación por desempleo, en favor de trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen⁶. Dicha capitalización de las prestaciones ha supuesto que en el período 2008-2013 se hayan acogido a dicho programa 12.689 beneficiarios, siendo América Central y Sudamérica las zonas geográficas de mayor repatriación⁷.

4. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA A EFECTOS DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

En todas las sentencias que se analizan, y que consolidan la doctrina de la STS de 18 de octubre de 2012, el supuesto de hecho es el mismo: trabajador de nacionalidad extranjera que regresa durante un corto período de tiempo a su

⁵ Uno de los objetivos de las políticas de empleo es establecer un sistema eficaz de protección en las situaciones de desempleo. Esto es, las políticas activas y pasivas de desempleo se anudan por lo que es claro que la protección por desempleo que dispense el sistema ha de insertarse en la política general del mercado de trabajo. En sentido parecido, Monereo Pérez, J.L. en *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant monografías, Valencia, 1997, pág. 45.

⁶ Sobre esta cuestión véase, Sánchez Trigueros, C. y Fernández Collados, B., en “Retorno voluntario de inmigrantes”, *Revista de Trabajo* nº 23, 2010, págs. 137 y sigs.

⁷ http://extranjeros.empleo.gob.es/es/IntegracionRetorno/Retorno_voluntario/datos/2._Retorno_voluntario_atencion_social_2009-2013._Anualidades_y_paises.pdf

país de origen normalmente por cuestiones familiares.

Frente a todas estas situaciones, el Servicio Público de Empleo Estatal dicta resoluciones por las que se declaran la extinción del derecho reconocido y se solicita la devolución de las prestaciones percibidas indebidamente desde la fecha de la salida del territorio nacional.

En definitiva, el Tribunal Supremo en estas sentencias lo que viene a cuestionar o examinar es la incidencia que en la protección del desempleo tiene la ausencia del territorio nacional de los beneficiarios de prestaciones (del “nivel contributivo” o del “nivel asistencial”) establecidas en este ámbito de la Seguridad Social.

Al final, el grueso de la argumentación jurídica que viene a realizar el Tribunal Supremo, en estas tres sentencias que se comentan, proviene, por motivos de seguridad jurídica, de los razonamientos de la STS de 18 de octubre de 2012.

Teniendo en cuenta como premisa, de un lado, que la redacción vigente de la legislación en el momento en los que se producen los supuestos de hecho de tales sentencias indicaba que era causa de extinción de la protección por desempleo el “traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen”, ex artículo 213.g) LGSS. Y, de otro lado, que el desarrollo reglamentario se produjo en el art. 6.3 del RD 625/1985, en su redacción dada por el RD 200/2006, en los términos que más arriba se apuntaron.

El Tribunal Supremo con dicho marco regulador se plantea la interpretación de cuatro cuestiones controvertidas.

4.1. La precisión del concepto de “traslado de residencia” al extranjero del artículo 213.1.g) LGSS, como causa de extinción de la prestación de desempleo

Respecto del concepto jurídico de “residencia” a los efectos de la extinción de las prestaciones por desempleo, tras una serie de apreciaciones resalta la “elasticidad” de dicho concepto “mediante la aplicación de umbrales o criterios, que no son exactamente los mismos en las distintas ramas o sectores del ordenamiento”. Aunque, a pesar de ello, en todos estos sectores o ramas del derecho puede detectarse una nota común en las distintas concreciones del concepto que, según el Tribunal Supremo, supone que “la residencia implica un asentamiento físico en un mismo lugar y por un tiempo mínimo, superior en cualquier caso a los quince días que dice el RD 625/1985”. Es decir, la residencia comporta una “cierta prolongación temporal”, es algo más que una “estancia”. Lo cierto es que en el ámbito de la protección por desempleo en el que nos movemos, ni la Ley ni el Reglamento, han sabido establecer dónde situar la línea divisoria entre la estancia y la residencia⁸.

⁸ Especialmente cuando, desde antiguo, ni la doctrina científica ni la doctrina de los tribunales se han puesto de acuerdo en esta cuestión, vid, Cabeza Pereiro, J., en *La extinción del desempleo*, Comares, Granada, 1997, págs. 120 y sigs.

Es necesario cubrir dicho vacío normativo y así lo hace el Tribunal Supremo. Por ello, en aplicación de criterios de interpretación sistemática, para cubrir la laguna de regulación utiliza la legislación de extranjería, que distingue la residencia temporal de la estancia, empezando a partir de los 90 días de permanencia, ex artículo 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería⁹.

4.2. Las obligaciones de información o comunicación del desempleado respecto de las ausencias del territorio nacional

La segunda cuestión en la que se entretiene el Tribunal Supremo es respecto de la determinación del alcance, del momento y del modo de cumplimiento de las obligaciones de información o comunicación a cargo del desempleado extranjero (o nacional) de las ausencias del territorio español.

Según el artículo 231.1 LGSS, la entidad gestora o los servicios de empleo han de recibir la comunicación, previa a la salida del extranjero o “en el momento de la producción de dichas situaciones”, del beneficiario de prestaciones de desempleo. Y ello porque dicha situación puede afectar a su disponibilidad efectiva para actividades formativas o para ocupaciones en el mercado de trabajo español. La comunicación podrá serlo, evidentemente, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido los telemáticos, informáticos o electrónicos previstos por la legislación nacional.

Este deber de comunicación previa, no sólo es para la estancia con un máximo de quince días de duración al año prevista en el artículo 6.3 del RD 625/1985, sino para cualquier salida del territorio nacional. Entiende el Tribunal Supremo que de no comunicarse con antelación por causa de imposibilidad o excesiva onerosidad, la información sobre la circunstancia del desplazamiento se ha de producir desde el lugar de destino a la mayor brevedad posible.

La finalidad de la comunicación o información por anticipado o “inmediata” a los Servicios Públicos de Empleo es que, a causa de la existencia de un programa de viaje que coloca al beneficiario fuera de la órbita de actuación de tal entidad gestora, no hay modo de controlar el cumplimiento de los requisitos del derecho a la prestación: especialmente, la voluntad de aceptar una oferta adecuada de trabajo o de formación en el territorio español. Esto es, la demostración del “querer” trabajar que ha de tener cualquier desempleado beneficiario de la protección por desempleo, contributiva o asistencial.

⁹ Con esta interpretación se viene a rectificar la posición de otras sentencias anteriores de la misma sala del TS de 22 de noviembre de 2011 y 17 de enero de 2012, en las que se indicaba que sí existía traslado de residencia por período de residencia superiores a 15 días naturales, aunque en su excusa el propio Tribunal indica que el signo de las decisiones de fondo en los asuntos ya resueltos en las referidas no variaría, al ser casos de extinción de la prestación por ausencia efectiva del mercado de trabajo español por tiempo superior a 90 días.

Inciendo en ello, y abundando en el art. 231.1 de la LGSS, también interpreta el Tribunal Supremo que las circunstancias sobrevenidas de cualquier clase (personales, familiares, de incidencias en los medios de transporte, etcétera) que puedan determinar o justificar una prolongación de la estancia en el extranjero más allá de lo inicialmente previsto deben también ser comunicadas de manera inmediata a la entidad gestora (y posteriormente justificadas documentalmente), ya que al igual que en la situación anterior, esta prolongación sustrae al beneficiario de sus obligaciones que muestren su interés por insertarse o “re-insertarse” en el mercado de trabajo español.

Por ello, el Tribunal Supremo entiende que el incumplimiento de las obligaciones de comunicar “*ex ante* (para la salida programada) o inmediatamente *ex post* (para una eventual circunstancia sobrevenida) genera automáticamente la suspensión o pérdida temporal (baja) de la prestación de desempleo que corresponde a los días de estancia en el extranjero no comunicada”. Ello lleva consigo la devolución, por indebidas, de las prestaciones por desempleo que se correspondieran con todos los días de estancia no comunicada en el extranjero si hubo incumplimiento de la obligación de comunicar dicha salida del territorio nacional. Y en caso de que se hubiera dicha comunicación pero se produjera una retorno tardío habrán de devolverse, por cobro indebido, el exceso de días de estancia no comunicada o no debidamente justificada.

Evidentemente, con la legislación aplicable a los supuestos de hecho (que no, repetimos, en el momento actual), esta causa de suspensión de la prestación de desempleo no se mencionaba expresamente en el artículo 212 LGSS. Otra vez más, con su interpretación nuestro Tribunal Supremo crea Derecho, ya que cubre un clamoroso vacío normativo. Suspensión “ad hoc” que responde a una situación temporal no prolongada “en las que el beneficiario no está a disposición de los servicios de empleo españoles para actividades formativas o de trabajo, pero que no alcanzan la entidad o la gravedad de las causas de extinción de la prestación establecidas en el artículo 213 LGSS”.

4.3. Sobre el mantenimiento del período de 15 días de “estancia” previsto en el artículo 6.3 del RD 625/1985 la protección del desempleo

El art. 6.3 del RD 625/1985 establece que “no tendrá consideración de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año”. Por lo que la estancia de 15 días al año como máximo en el extranjero, siempre que haya sido puntualmente informada o comunicada a la Administración española, no supone en principio ni suspensión ni extinción de la prestación de desempleo.

El Tribunal Supremo entiende esta excepción como “una libranza temporal de la presencia del perceptor de la prestación de desempleo en el mercado

de trabajo español, distinta pero semejante en algunos aspectos a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador ocupado. El principio que inspira este período de libranza es el de conciliación de la vida personal y la vida profesional del beneficiario de la prestación de desempleo”.

En la aplicación de este precepto el Tribunal Supremo ha utilizado un criterio humano o interpretación sociológica ya que han de tenerse en cuenta tanto las circunstancias personales o familiares del beneficiario de la prestación de desempleo, como los casos de fuerza mayor o equivalentes, “situaciones pueden tener influencia en la determinación del momento de cumplimiento de los deberes de información y documentación a cargo de los beneficiarios”. De hecho, tales circunstancias que influyen en la aplicación de la norma respecto de la salida del territorio nacional, también han de ser aplicables respecto de las sanciones administrativas que dichas situaciones conlleven porque “a ello obliga uno de los principios generales del derecho punitivo o sancionador, que es la proporcionalidad de las sanciones a las faltas o infracciones cometidas”.

Es curioso que la norma que determina a modo de sanción la extinción de una prestación por falta de comunicación de una salida al extranjero o por haber salido al extranjero por un período superior a 15 días se encontraba en vez de una Ley (la LGSS o la LISOS), en una norma reglamentaria, pero en esta cuestión no se entretuvo el Tribunal Supremo.

4.4. Circunstancias sobrevenidas sobre el incumplimiento de obligaciones de información y comunicación y sobre la presencia del beneficiario en el territorio y mercado de trabajo español

Nos indica el Tribunal Supremo que la diversidad de supuestos litigiosos y la complejidad de la normativa aplicable aconsejan una exposición lo más clara posible de las distintas soluciones jurisprudenciales que corresponde en derecho a tales supuestos.

Por ello distingue tres grupos de situaciones de la protección del desempleo: prestación “extinguida”, una prestación “mantenida” y una prestación “suspendida”.

a) Una prestación “extinguida”: se produce en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte “traslado de residencia”. Es decir, por más de los 90 días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal.

b) Una prestación “mantenida”: se produce en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno. Es la situación que anteriormente se asimilaba a “vacaciones” o período de conciliación de la vida personal y familiar.

- c) Una prestación “suspendida”, se produce en dos supuestos:
- en las salidas al extranjero por tiempo inferior a 12 meses, para la “búsqueda o realización de trabajo” o “perfeccionamiento profesional”;
 - en las salidas al extranjero cuando se haya producido un desplazamiento que no conlleve traslado de residencia, esto es, por tiempo inferior a noventa días.

Este último supuesto, en el que se entiende por traslado de residencia al extranjero aquellas ausencias superiores a 90 días, de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica de Extranjería, es la interpretación que cubre el vacío normativo al que anteriormente hicimos referencia y la que finalmente da lugar a que se determine en los fallos de las distintas sentencias que se comentan el que no tenga que devolverse la totalidad de las prestaciones o subsidios por desempleo por haberse entendido la prestación como extinguida, sino sólo la devolución parcial de las mismas durante el tiempo, inferior en cualquier caso a 90 días, en el que se ausentaron del territorio nacional y no lo comunicaron formalmente al Servicio Público de Empleo Estatal. Y ello porque se entiende con esta doctrina que no nos encontramos ante supuestos de prestaciones extinguidas, sino suspensas.

5. LA REGULACIÓN ACTUAL TRAS EL RDL 11/2013, DE 2 DE AGOSTO

Como se dijo anteriormente, resultaba curioso que fuese una norma reglamentaria y no una Ley la que determinara “a modo de sanción” la extinción de una prestación por falta de comunicación de una salida al extranjero o por haber salido al extranjero por un período superior a 15 días.

A pesar de que en ello no se entretuvo el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de octubre de 2012, origen de esta doctrina judicial, sí ha tomado buena cuenta el legislador.

Y es que, el que en la redacción anterior se estableciera que el traslado de residencia al extranjero suponía la extinción de las prestaciones por desempleo “salvo en los casos que reglamentariamente se determinen”, es en mi opinión un exceso hacia el poder reglamentario regulador.

Como es conocido, el art. 25 de la CE establece que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa, según la legislación vigente en dicho momento. En dicho precepto se anudan el principio de legalidad con el de tipicidad de las infracciones. La tipicidad en materia sancionadora constituye, pues, un derecho fundamental. De este modo, sólo constituyen sanciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley y únicamente por la comisión de infracciones administrativas

podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley. Así se desprende de lo establecido en el art. 53.1 CE, conforme al cuál sólo por Ley podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales, como son las garantías contenidas en el art. 25 CE.

No obstante lo anterior, la reserva de ley formal en materia sancionadora no impide que las disposiciones reglamentarias introduzcan modificaciones o graduaciones en el cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente, siempre que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes¹⁰. Pero el RD 200/2006, modificador del art. 6.3 del RD 625/1985 vino a incluir tipos sancionadores dónde no estaban previstos, ya que no sólo desarrolló los supuestos en los que no se producía extinción, sino también otros que establecían “suspensiones” de las prestaciones por desempleo.

A mayor abundamiento, como ha expresado en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional¹¹, en sentido amplio, el principio de legalidad entraña una doble garantía material y formal, fundadas en el principio de seguridad jurídica y que suponen, de un lado, la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con suficiente grado de certeza aquellas conductas infractoras y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción y, de otro lado, la exigencia de que exista una norma del suficiente rango que se identifica con el rango legal. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera sancionable, siendo, en definitiva, medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica¹².

En coherencia con ello, el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto y, ahora, la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, vinie-

¹⁰ Ello quizás sea fruto de la doctrina emanada de la STC 42/1987 que matiza la interpretación rigurosa del principio de legalidad en el ámbito administrativo, al indicar que “en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas, el alcance de la reserva de Ley no puede ser tan riguroso como en los tipos y sanciones penales en sentido estricto; y ello, tanto por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, como por el carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en determinadas materias, o bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad”.

¹¹ SSTC 61/1990, 133/1999, 60/2000, 120/2000, 25/2002, 75/2002, 113/2002, 50/2003, 52/2003, 129/2003, entre muchas otras)

¹² Sobre el tema, Cordero Lobato, E., en *Tipificación y competencia en el Derecho Sancionador. Un estudio de la jurisprudencia contencioso-administrativa*. UCLM, 2008, págs. 13 a 17, <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/18/2008/18-2008-1.pdf>

ron en su artículo 6 a modificar los artículos 212 y 213 de la LGSS, cumpliendo con el principio de legalidad que exigen los tipos o tipificación sancionadora.

Así pues, se añadieron dos letras, la f) y la g) al apartado 1 del art. 212 de la LGSS en las que se indica:

“f) En los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea.

g) En los supuestos de estancia en el extranjero por un período, continuado o no, de hasta 90 días como máximo durante cada año natural, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora.

No tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1.”

La letra f) no es sino una transcripción, algo más elaborada, del art. 6.3 del RD 625/1985, ya que añade la necesidad de comunicación y autorización previa por la entidad gestora y al que eleva a rango legal, por aquello del respeto al principio constitucional de tipicidad de las infracciones. Siendo también realista desde el punto de vista del Derecho Internacional coordinador puesto que todo ello es “sin perjuicio” de lo establecido en las normas para exportación de prestaciones por desempleo en la Unión Europea. Como se recuerda, el Reglamento 883/2004 de coordinación de la seguridad social de los trabajadores migrantes, en su art. 64, permite la exportación de estas prestaciones “durante un período de tres meses a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda”.

La letra g) en cambio, en su segundo apartado, también es una elevación a rango legal del art. 6.3 del RD 625/1985, pero lo verdaderamente importante es su apartado primero donde viene a recoger la doctrina emanada por el Tribunal Supremo desde la sentencia de 18 de octubre de 2012, origen de las que ahora se comentan. Por ello, las salidas al extranjero, previamente comunicadas a los servicios públicos de empleo, con duración inferior a 15 días naturales, no suspenden el derecho a las percepciones económicas. Y las salidas al extranjero, comunicadas y autorizadas por la entidad gestora, en periodos inferiores a 90 días, consecutivos o no al año, llevan consigo aparejada la suspensión de las percepciones económicas por desempleo.

Además, ha de indicarse que la comunicación y autorización lo será por la “entidad gestora”, esto supone que las comunicaciones y autorizaciones solo podrán realizarse y provenir del Servicio Público de Empleo Estatal, sin que los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas sean competentes en

esta materia. Evidentemente, la falta de comunicación y autorización podría entenderse como una falta muy grave recogida en el art. 25.4 b) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social ya que equivaldría a una negativa a participar en los programas de empleo, inserción profesional, promoción, formación o reconversión profesional “salvo causa justificada” y que llevaría aparejada de conformidad con el art. 47 1 b) de dicha norma una pérdida de 3 meses de prestaciones por desempleo (si se reincide, 6 meses o la extinción de las prestaciones).

Finalmente, se modificó el art. 213 de la LGSS se recoge como causa de extinción de las prestaciones (también es aplicable a los subsidios por desempleo) el “traslado de residencia o estancia en el extranjero, salvo los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en las letras f) y g) del artículo 212.1”. Como puede verse, la modificación se produce en un doble sentido: el que supone la referencia a los supuestos de suspensión recogidos en el artículo anterior al que acabamos de hacer referencia y la introducción de la distinción entre “residencia” y “estancia” fiel reflejo de la asunción de la doctrina del Tribunal Supremo.

Como remate de esta cuestión de exigencia de residencia para la obtención y mantenimiento de prestaciones, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014 incorporó una nueva Disposición Adicional, la sexagésima quinta, a la Ley General de la Seguridad Social, concretando los requisitos a considerar a los efectos de que pueda producirse la pérdida de residencia a efectos de prestaciones de la Seguridad Social. En este sentido:

- Respecto a las prestaciones económicas en las que se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones tiene su residencia habitual en España aún cuando haya tenido estancias en el extranjero siempre que éstas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural, o cuando la ausencia de territorio español esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas. Puede que no sea muy problemático, con las exiguas pensiones dónde van a ir más de 90 días.

- A efectos de las prestaciones y subsidios por desempleo, será de aplicación lo que determine su normativa específica. Evidentemente, por coherencia con la normativa adoptada, se respeta la reciente regulación del RD-Ley 11/2013 que es la que adopta la doctrina del Tribunal Supremo que acaba de comentarse.

- A efectos del mantenimiento del derecho de las prestaciones sanitarias en las que se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones tiene su residencia habitual en España aún cuando haya tenido estancias en el extranjero siempre que éstas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural.

En definitiva, podría decirse que el efecto de entender como traslado de residencia tras más de 90 días fuera del territorio nacional, emanado de esta jurisprudencia, ha calado hondo en el legislador.

**LA CONVULSA UBICACIÓN DE COMPETENCIAS EN
MATERIA DE PRESTACIONES POR DEPENDENCIA
EN EL PERIODO DE ENTRE LEYES: LEY 39/2006,
DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL
Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE
DEPENDENCIA, LEY 36/2011, REGULADORA DE LA
JURISDICCION SOCIAL; Y LA LEY POR NACER**

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de enero de 2014

JOSÉ MARIA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Por el beneficiario, en fecha 13.06.2007 se solicita el reconocimiento de la situación de dependencia ante los servicios sociales de Aragón y posteriormente por pasar a residir a Barcelona, solicita el traslado del expediente a Barcelona. En fecha 29.09.2009 el Departament de Benestar Social i Família reconoció al solicitante un grado de dependencia III y nivel 2, si bien el interesado había fallecido el 21.12.2008. Su causahabiente solicitó ante el ICASS las prestaciones devengadas y no percibidas correspondientes al causante, que fueron de nuevo solicitadas el 1.10.2010 ante el Departament d'Acció Social i Ciutadania. Al no ser atendida la petición, interpuso escrito de reclamación previa el 25.01.2011. El causante falleció antes de que se elaborase el programa individual de atención (PIA).

El 6 de octubre de 2011 el Juzgado de lo social nº 2 de Barcelona dicta sentencia por la que desestima la demanda. Contra la referida sentencia se interpuso recurso de Suplicación, resuelto por STSJ de Cataluña, de 19.9.2012, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados se declara la incompetencia de este orden jurisdiccional social. Contra tan sorprendente pronunciamiento tanto el ICASS, como los herederos del beneficiario fallecido prepararon recurso de casación para unificación de doctrina, invocando el primero como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de 29 de mayo de 2012, recurso nº 3949/11, y el segundo la

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado en ejercicio

dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de fecha 22 de junio de 2012, (recurso n.º 3988/11), esperando ambos recursos que la jurisdicción social continuara conociendo de la reclamación, si bien con distintas posiciones en cuanto al fondo.

RESUMEN: La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña rectifica su anterior posición y proclama ahora la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de dependencia. El TS desestima el recurso (n.º 1115/2013) amparándose en la defectuosa invocación del art. 2. o) de la LRJS y en el contenido de su disposición final 7ª, que pospone la entrada en vigor de dicho apartado hasta el desarrollo legislativo posterior, para lo cual se ofrece un periodo de tres años, entendiéndose tácitamente que el orden competente hasta la entrada en vigor de dicho apartado o) sería sin ningún género de dudas la jurisdicción contencioso administrativa. La base argumental de esta sentencia se encuentra por remisión en la invocada Sentencia de la misma Sala de fecha 17 de Septiembre de 2013, en la que podremos encontrar los argumentos normativos que justifican la decisión tomada por la Sala y que se resumen básicamente en la expresa regulación competencial de la nueva ley rituarial del proceso laboral junto a los contenidos de la referida disposición final.

ÍNDICE:

1. PUNTO DE PARTIDA
2. LA NORMA QUE ASIGNA Y POSPONE COMPETENCIAS
3. CONFIRMANDO CRITERIOS PRECEDENTES
4. VALORACIÓN FINAL

1. PUNTO DE PARTIDA

Ya en el número 104 de esta misma publicación¹ tuvimos la oportunidad de reflexionar sobre estas cuestiones competenciales al hilo del auto dictado por el Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona en el año 2009. Era la oportunidad de adentrarnos en la materia no resuelta por la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (en adelante LAAD), en la que no encontrábamos asignación competencial alguna que fuera la encargada de conocer en materias tales como el reconocimiento de la dependencia, grado o nivel, reclamación de prestaciones, etc.

¹ “La Impugnación del Grado de Dependencia y su inclusión entre las competencias de la jurisdicción social”, TL 104/2010, Comentario al Auto de fecha 6 de noviembre de 2009 del Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona. Un análisis sobre estas cuestiones litigiosas en De Soto Rioja, S., “Reclamaciones administrativas y judiciales en materia de dependencia”, en VV.AA. (S. González Ortega, Dir.), *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, CES, Madrid, 2013, págs. 493 y ss.

El marco normativo surgido desde la Ley 39/2006, ha tratado de garantizar a los ciudadanos y a las propias Comunidades Autónomas, como indica la propia exposición de motivos, un modelo estable de recursos y servicios para la atención a la dependencia que la configuraban como una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social. Hasta ese momento el sistema de Seguridad Social había venido asumiendo algunos elementos de atención, tanto en la asistencia a personas mayores como en situaciones vinculadas a la discapacidad. La gran invalidez, complementos de ayuda a tercera persona en la pensión no contributiva de invalidez y de la prestación familiar por hijo a cargo con discapacidad, asimismo, las prestaciones de servicios sociales en materia de reeducación y rehabilitación a personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores, formaban parte y aun lo hacen, del conjunto de previsiones de nuestro sistema.

El carácter público de los órganos encargados de pronunciarse sobre el grado de dependencia, unificados en criterios comunes de composición y actuación, es consagrado de forma expresa por la ley que si bien tiene una evidente vocación pública, no es menos cierto que sobrevuela el ámbito prestacional, eso sí, desde los servicios sociales. Por ello no cabe duda que el punto de partida en la fijación de estos criterios introduce el elemento público necesario para abrir la controversia entre jurisdicciones que podría estar llamadas a resolver la impugnación en materia de dependencia. Dicho elemento junto al hecho de no tratarse de prestaciones integrantes del sistema de Seguridad Social, han permitido posiciones contradictorias, atribuyendo la competencia tanto al orden jurisdiccional contencioso administrativo como al social.

La mayoría de las posiciones jurisprudenciales mantenidas hasta el momento han destacado de la dependencia o bien el principio de supletoriedad del orden contencioso administrativo para todos aquellos casos que no tengan atribución expresa al orden jurisdiccional social o bien la dimensión que la dependencia presenta como integradora de nuestro sistema de protección social, así como el valor que la misma tiene en su vinculación con el sistema de Seguridad Social. El aplicador del derecho ha realizado una labor integradora, respondiendo ante la falta de adscripción de la materia a un orden jurisdiccional concreto, competente para resolver las determinaciones de grado que se han de producir en el desarrollo y aplicación de la ley de dependencia.

Con el precedente en el comentario referenciado en el número 104 de *Temas Laborales*, desde el que nos adentramos en la posición más laboralista que cabía esperar del ámbito de las prestaciones por ley de Dependencia, hemos considerado útil dar noticia de la segunda sentencia en la que el Tribunal Supremo, mantiene la delimitación del marco competencial, en el momento actual, dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa en lo que sin duda se adivina como una consolidación de la jurisprudencia, en tanto no se cumplan las previsiones de la Disposición Adicional 7^ª. Ciertamente que nuestro crite-

rio se ha adaptado como la jurisprudencia a una interpretación que no puede ser contraria al criterio normativo ni a la voluntad expresa del legislador.

En este sentido y a modo ilustrativo llama poderosamente la atención conocer el repentino cambio de criterio producido en el TSJ de Cataluña, que mediante la sentencia dictada en suplicación en el caso analizado rectifica un posición consolidada y proclama a favor de la competencia de la jurisdicción social. Tal voluntad se resume en su Sentencia núm. 2.283 de 25 de Marzo de 2013 cuando dice:

«La cuestión, pues, radica en si se mantiene la competencia del orden social para las demandas interpuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 36/11.

Para ello hay que tener en cuenta la DT 2ª LRJS, que dispone que “2. Los procesos iniciados con anterioridad a la vigencia de esta Ley cuya tramitación en instancia no haya concluido por sentencia o resolución que ponga fin a la misma, continuarán sustanciándose por la normativa procesal anterior hasta que recaiga dicha sentencia o resolución, si bien en cuanto a los recursos contra resoluciones interlocutorias o no definitivas se aplicará lo dispuesto en esta Ley.”

Por tanto, la suspensión de la atribución competencial prevista en la DF 7ª LRJS no puede aplicarse a los procesos iniciados antes de la entrada en vigor de la LRJS (11/12/11), a los que se aplica la normativa procesal anterior y conforme a la cual el Orden Social era competente hasta el momento en que entra en vigor la LRJS, momento a partir del que las demandas en materia de dependencia que se interpongan son competencia del Orden contencioso, puesto que lo contrario sería atribuir un carácter retroactivo a la DF 7ª del que carece, pues no se proclama de forma expresa en las normas de derecho temporal, requisito éste que exige el art.2.3 CC , no siendo las disposiciones finales normas dirigidas a regular los conflictos temporales de norma aplicable, por lo que debe regir la DT 2ª y aplicarse la DF 7ª sólo a los procesos iniciados en la instancia una vez vigente la LRJS».

2. LA NORMA QUE ASIGNA Y POSPONE COMPETENCIAS

La Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) nace con una afirmación competencial importante en el artículo 2 cuando establece: *“Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan.....o) igualmente las cuestiones litigiosas relativas a la valoración... así como sobre las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 1 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia., teniendo a todos los efectos de esta ley la misma consideración que las relativas a las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social”*.

A mayor abundamiento el apartado f) del artículo 3 de la Ley hace nuevamente una excepción, pues si bien se asigna a la jurisdicción contencioso-administrativa los actos administrativos en materia de asistencia y protección social pública, salva en todo caso las materias comprendidas en el apartado o) y s) del artículo 2.

Sin embargo cuando parecía que estábamos a punto de superar las dificultades en materia asignación de competencias jurisdiccionales derivadas de la LAAD, con la atribución competencial efectuada por la ley, el legislador, sea por prudencia o por falta total de compromiso con su afirmación, lejos de zanjar la controversia, difiere la entrada en vigor de la norma incluyendo la Disposición Final Séptima, apartado 2, que establece: *“Se exceptúa del plazo previsto en el apartado anterior la atribución competencial contenida en las letras o) y s) del artículo 2 en materia de prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia , cuya fecha de entrada en vigor se fijará en una ulterior ley, cuyo Proyecto deberá remitir el Gobierno a las Cortes Generales en la plazo de tres años, teniendo en cuenta la incidencia de las distintas fases de aplicación de la Ley de Dependencia, así como la determinación de las medidas y medios adecuados para lograr una ágil respuesta judicial en estas materias”*.

La norma nos ofrece definitivamente una asignación competencial expresa de la que habíamos carecido hasta el momento, y lo hace afirmando el argumento principal de cuantas resoluciones se habían dictado hasta el momento en las numerosas incursiones competenciales de la jurisdicción social dentro del

ámbito de la dependencia². Se equipara en la norma la valoración y las prestaciones en materia de dependencia, *teniendo a todos los efectos de esta ley la misma consideración que las relativas a las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social.*

Es por tanto clara la voluntad del legislador, quien superando de una vez por todas los criterios jurisdiccionales contradictorios al respecto, hace la expresa atribución al ámbito del orden jurisdiccional social el conocimiento de las cuestiones litigiosas relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, así como sobre las prestaciones derivadas de la LAAD 39/2006. Tan clara es la voluntad del legislador como ilógica y sorprendente su voluntad de posponer la entrada en vigor de esta asignación competencial. Debemos preguntarnos si es realmente necesario *teniendo en cuenta la incidencia de las distintas fases de aplicación de la Ley de Depen-*

² Para ilustrar la disparidad de criterios habidos incluso en el seno de una misma Sala de lo Social de los TSJ, sirva la ya nombrada Sentencia TSJ de Catalunya, Sala de lo Social, Sentencia núm. 2.283 de 25 de Marzo de 2013 en la que se recogen los divergentes criterios mantenidos y la posición adoptada finalmente al Pleno Jurisdiccional: *“Sentadas tales premisas, hay que partir de que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 36/11 (11/12/11) algunas resoluciones es dictadas en instancia habían atribuido, con buen criterio, la jurisdicción al Orden social para conocer de las pretensiones de reconocimiento de grado de dependencia, como por ejemplo el Auto Juzgado nº 6 de Barcelona de 6 noviembre 2009 AS2009027. Lo propio ocurrió con resoluciones de esta Sala posteriores a la entrada en vigor de la LRJS, por demandas interpuestas con anterioridad a dicha entrada en vigor. Como ejemplos se pueden citar las que siguen:*

-STSJ Catalunya núm. 4019/2012 de 29 mayo JUR 201 271568, por una demanda interpuesta el 24/01/11 en que dijimos que “...ha sido pacífico, al menos, dentro del ámbito de este Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, la competencia del orden jurisdiccional social que la hacía derivar, dada la omisión contenida al respecto por la Ley 36/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención de las personas en situación de Dependencia, a su carácter próximo a las prestaciones de Seguridad Social, excluidas del conocimiento de la Ley 29/19 98, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.

En parecido sentido: STSJ, 05 de septiembre del 2012 (ROJ: STSJ CAT 9175/2012) Recurso: 3827/2011; por una demanda interpuesta el 9/11/10 y STSJ, 29 de noviembre del 2012 (ROJ: STSJ CAT 12683/2012); por demanda interpuesta el 10 /12/2010.

Sin embargo, otras sentencias dictadas por esta Sala, vigente la Ley 36/11 de 10 de octubre, en casos demandas interpuestas antes de la entrada en vigor de la Ley 36/11 no se ajustan al criterio mantenido por esta Sala en las primeras sentencias antes citadas.

En concreto:

-STSJ Catalunya núm. 2347/2012 de 23 marzo JUR 201269378; que se siguió por una demanda interpuesta ante el Juzgado de lo Social en fecha 29 /06/2010.

-SSTSJ Catalunya núm. 4278/2012 de 7 junio JUR 201257335; que se siguió por una demanda interpuesta ante el Juzgado de lo Social en 2/12/09.

-STSJ Catalunya núm. 6104/2012 de 19 septiembre JUR 201255714; que se siguió por una demanda interpuesta ante el Juzgado de lo Social en fecha 09/06/11.

Ante tal disparidad de criterios la cuestión ha sido sometida al Pleno jurisdiccional de la Sala Social, resolviéndose mantener el criterio de atribuir la competencia del Orden social para conocer de los procesos como el presente, en que se solicita la declaración de grado y nivel de dependencia cuando la demanda se interpuso con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 36/11.”

denia, así como la determinación de las medidas y medios adecuados para lograr una ágil respuesta judicial en estas materias. Lo más sorprendente del razonamiento del legislador sea exigir un desarrollo legislativo para dotar a la jurisdicción social de las “medidas y medios adecuados” que favorezcan una ágil respuesta por parte de la jurisdicción social. Por más que lo intentamos, no alcanzamos a ver la dificultad³ que puede entrañar a la jurisdicción social el hecho de asumir esta nueva competencia de forma plena, salvo un incremento de la carga de trabajo materia en la que sí deberá contar con un necesario refuerzo, toda vez que la actual situación de crisis económica en el mercado laboral y su consiguiente incremento del volumen de conflictos laborales, ha supuesto una situación desestabilizadora de la respuesta judicial que está dañando gravemente la constitucionalidad del servicio.

El trabajo de Investigación llevado a cabo bajo la responsabilidad del profesor Santiago González Ortega, relativo a la aplicación de la Ley de Dependencia en España, premiado y publicado por el Consejo Económico y Social de España en 2013, si bien cerrado a efectos del estudio en abril de 2012, ya dejaba entrever buena parte de las dificultades negativas que presentaba el orden contencioso a este respecto⁴, postulación con abogado y procurador, principios procesales mas rígidos y formales, etc.

³ Alvarez Moreno, A, *Análisis de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*. AAVV. Tiran lo Blanch. Valencia 2014. Capítulo I. Pág. 32 y 33.

⁴ De Soto Rioja, S., “Reclamaciones administrativas y judiciales en materia de dependencia”, cit., pp. 525-529, en cuyas conclusiones se lee: “Sin embargo, y mientras ello no se materialice, lo cierto es que la adscripción de estos conflictos en el orden contencioso-administrativo está provocando consecuencias nada positivas, por muy natural que parezca el modo en que se proyectan. No puede olvidarse así que en esta sede es preceptiva la postulación mediante abogado ante los juzgados unipersonales de instancia, salvo en cuestiones o en materia de personal (lo que no parece evidentemente el caso); y con representación mediante procurador, si se accede a una de sus salas u órganos colegiados. Tampoco es una consecuencia satisfactoria su ritmo de trabajo y los promedios temporales de resolución, entre otras razones, por el gran cúmulo de asuntos pendientes. En cuanto a sus principios generales e informadores se muestran también más rígidos y formales, en cuanto que sigue latente su consideración tradicional de jurisdicción de revisión y mera calificación de lo ya actuado por la Administración, por tanto, con un menor margen de maniobra para poder dispensar soluciones alternativas en cada caso.

⁵ Si a lo anterior se une la constatación empírica de cómo en función del modo en que se articule la pretensión, a veces los procedimientos se tramitan conforme a los cauces del procedimiento ordinario, mientras que en otras se ventilan por los del proceso abreviado, accediendo casi indistintamente en instancia, tanto a juzgados como a salas de los distintos tribunales de justicia, se convendrá que es necesaria una mejor unificación de criterios y, como mínimo, la mayor simplificación posible de trámites, pues en no pocas ocasiones están resultando completamente ineficaces al ganar estado definitivo las resoluciones, que no firmeza, cuando ya ha fallecido el litigante”.

3. CONFIRMANDO CRITERIOS PRECEDENTES

Las dudas competenciales que al respecto pudieran haber plateado las distintas jurisdicciones y la existencia de criterios jurisdiccionales contradictorios al respecto- hay que entenderlas superadas por la vigente LRJS que expresa-mente atribuye al ámbito del orden jurisdiccional social el conocimiento de *“las cuestiones litigiosas relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, así como sobre las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”*. Sin embargo la afirmación de la competencia contenida en la ley y el hecho de que se difiera en el tiempo la entrada en vigor de dicha competencia hasta tanto que no se promulgue una norma que desarrolle su contenido, ha permitido que los tribunales comiencen a consolidar una interpretación derivada del carácter diferido de la entrada en vigor. Afirmar la competencia de la jurisdicción social como hace el artículo 2 apartado o) ha permitido ver con claridad que la situación transitoria generada en este periodo de entre leyes corresponde claramente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así lo hace la sentencia comentada como lo hace también su precedente argumental la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2013. La Sala considera que, si bien las prestaciones reconocidas en la Ley 39/2006 pueden ser consideradas como prestaciones de seguridad social, siguiendo la línea interpretativa efectuada por el Tribunal Constitucional -STC 239/02, de 11 de diciembre de 2002-: *“El artículo 41 CE, como antes recordábamos, consagra un sistema de protección social encomendado a los poderes públicos que tiene como eje fundamental, aunque no único, al sistema de seguridad social de carácter imperativo, el cual coexiste con otros complementarios”*, de donde se concluye que el nivel no contributivo de la seguridad social puede complementarse y concurrir con las prestaciones reguladas en la LAAD hasta tanto se cumplan las previsiones de la Disposición Final Séptima, apartado 2 de la LRJS, la competencia para conocer de las reclamaciones relativas a dicha ley es competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Y es ahí donde radica el valor de la Sentencia de fecha 14 de enero de 2014, en tanto que consolida un criterio que vendrá a dar luz y claridad a este periodo de entre leyes no pudiendo los órganos de la jurisdicción social seguir asumiendo una competencia sobre la normativa en materia de dependencia que hasta ahora se sostenía por la lectura entre líneas de los tribunales y en el reforzamiento de la figura del juez social. Es cierto que hasta ahora la jurisprudencia social ha entrado en el fondo del asunto resolviendo demandas por prestaciones del sistema de dependencia, o lo que es lo mismo, aportando soluciones a la aplicación de la LAAD y completando así la labor del legislador

que no hizo bien su labor normativa al dejar sin asignar la competencia para conocer de las impugnaciones que se habrían de producir ante una resolución administrativa que viene a fijar consecuencias dentro de la protección social, que es objeto de la ley.

4. VALORACIÓN FINAL

Ciertamente que la clave de todo este proceso de asignación de competencias a uno u otro orden jurisdiccional no está en el carácter retroactivo o no que se le pueda otorgar a la DF 7^a, carácter del que por otro lado carece la norma. La cuestión radica en la falta de previsión de la norma antes de la entrada en vigor de la LRJS, lo que ha dado lugar a un amplio abanico de criterios jurisprudenciales, como ha quedado acreditado. Así es forzoso concluir que la competencia para conocer de las cuestiones litigiosas que se susciten en relación con la L 39/2006, con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS, corresponde al orden contencioso-administrativo. Respecto a las reclamaciones posteriores al 11 de diciembre de 2011, se establece la competencia del orden social, en relación con las prestaciones derivadas de la L 39/2006, según lo dispuesto en el art. 2 o), y, asimismo, se excluye del conocimiento del orden social los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas, excepto los contemplados en la L 39/2006 según determina el art. 3 f). Si bien, se dispone que en materia de prestaciones derivadas de la L 39/2006, su fecha de entrada en vigor se fijará en una ulterior ley, cuyo Proyecto el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales en el plazo máximo de 3 años.

En definitiva la afirmación social de la competencia en la ley ha servido, contradictoriamente, para afirmar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa hasta que se cumpla una anunciada previsión legal que corre el riesgo de eternizarse dado que a ocho meses de que extinga el mandato, no tiene previsión alguna en la agenda legislativa del Gobierno.

Este posicionamiento definitivo del Tribunal Supremo tiene justificación en el estricto respeto al marco normativo y cierra la puerta a las, hasta ahora, habituales incursiones de la jurisdicción social, lo que como afirma la profesora Sofía Olarte Encabo⁵ influirá de forma negativa sobre los destinatarios de las prestaciones del Sistema de Autonomía Personal y Dependencia, si atendemos al menor conocimiento, especialización y sensibilidad social del orden contencioso-administrativo, de la misma forma que afectará desde el punto de vista de la agilidad procesal.

⁵ Olarte Encabo, S, “*El peregrinaje de los dependientes o la diferida ampliación competencial del orden social en materia de prestaciones de dependencia*”. Pág. 167 y 170. CEF.- Trabajo y Seguridad Social. Revista Mensual núm. 372 Marzo 2014.

Son los medios y las medidas de agilización los únicos motivos por los que se precisa un desarrollo legislativo específico. Pensaba el legislador realmente en los medios de la justicia. Puede que sí, la jurisdicción contencioso-administrativa no cabe duda que se presenta como disuasoria respecto a los derechos reconocidos en la Ley de dependencia y una competencia en la jurisdicción social podría servir para animar a muchos beneficiarios al uso de la vía judicial, esta vez sí en una jurisdicción mucho más sensible a estas materias. La jurisdicción social, con la situación en la que vive en la actualidad fruto de la conflictividad laboral no podría sostener una masiva incursión de procedimientos judiciales derivados de estas materias. Pero quizás teme el legislador mucho más las consecuencias económicas y presupuestarias derivadas de la presencia de estas materias en la jurisdicción social. La redacción de la LRJS, por el anterior gobierno, se efectúa desde la previsión de fijar recortes en este ámbito asistencial, motivo por el que la entrada de la jurisdicción social en tiempo de recortes podría suponer un efecto expansivo de las obligaciones públicas en el pago de las prestaciones. Por ello era necesario posponer el efecto judicial social en materia de dependencia, como efecto más beneficioso, a un momento más óptimo para asumir las obligaciones que claramente se derivan de la LAAD.

Realmente lo conseguido es un una afirmación de justo lo contrario a lo que pretendía el legislador, o más bien una muestra de ingeniería legislativa. Antes se le criticó por su falta de previsión y ahora se le puede criticar por dar y posponer al mismo tiempo que en todo caso es una forma de no afrontar el problema y al mismo tiempo mantener la valoración competencial basándose para ello en la nueva modalidad de protección social, donde prevalece la dimensión social sobre el carácter administrativo de la resolución, aunque para que este reconocimiento sea pleno debemos esperar a un proyecto de ley que de momento no se adivina en el horizonte. No dudamos del alcance del mandato legal, pero permítasenos dudar de la voluntad y eficiencia del Gobierno que en este ámbito sigue aun muy condicionado por el control del déficit público.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ENERO A MARZO DE 2014

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

DECRETO-LEY 1/2014, DE 18 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA EL PROGRAMA DE IMPULSO A LA CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE EN ANDALUCÍA Y SE EFECTÚA LA CONVOCATORIA DE INCENTIVOS PARA 2014 Y 2015 (BOJA NÚM. 58, 26 DE MARZO DE 2014)

El objetivo perseguido con la aprobación de esta norma es doble:

1. En primer lugar, aprueba el Programa de Impulso a la Construcción Sostenible en Andalucía, para potenciar las inversiones de ahorro y eficiencia energética y energías renovables en los edificios ubicados en la Comunidad Autónoma de Andalucía, lo que realiza mediante la regulación de:

- a) Incentivos dirigidos a promover actuaciones que favorezcan el ahorro energético, la mejora de la eficiencia energética y el aprovechamiento de las energías renovables en edificios ubicados en Andalucía, a través de la realización de obras de rehabilitación, reforma, adecuación al uso e instalaciones eficientes, los cuales se regulan en el Capítulo I del Título I –arts. 2 al 24 del Decreto-ley 1/2014–.

Los incentivos podrán ser solicitados tanto por personas físicas, jurídicas y entidades sin personalidad jurídica a las que se refiere el art.11.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre. Se excluyen expresamente:

- A «los organismos o entidades públicas «que tengan la consideración de poder adjudicador conforme a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional novena» –art. 4.1–.

- A las personas o entidades en las que «concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 13.2 y 3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y demás normativa de aplicación» –art. 4.2–.

Las ayudas son para realizar actuaciones en edificios situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía que favorezcan

el ahorro energético, la mejora de la eficiencia energética y el aprovechamiento de las energías renovables que reúnan los requisitos y finalidades que se exponen en los Anexos I y II del Decreto-ley 1/2014.

- b) Instrumentos para facilitar el acceso a la financiación de las pymes basadas un modelo de construcción sostenible, incluidas las empresas de economía social, que se regulan en el Capítulo II del Título I del Decreto-ley 1/20014 –art. 25 del Decreto-ley 1/2014–.

Se financian a cargo del apartado «Joint European Resources for Micro to Medium Enterprises» (JERE MIE) previsto en el programa operativo FEDER de Andalucía 2007-2013, de acuerdo con el artículo 44 del Reglamento CE 1083/2006, del Consejo de 11 de julio, que está dotado con 50 millones de euros procedentes de la Subvención Global de Andalucía Innovación, Tecnología, Empresa 2007-2013.

- c) La constitución de la Mesa de la Construcción y Rehabilitación Sostenible de Andalucía, como un espacio de participación especializado en construcción sostenible que defina e impulse un Plan Integral para la Construcción y Rehabilitación Sostenible de Andalucía en el periodo 2014-2020, que se regula en el Título II –arts. 26 a 30 del Decreto-ley 1/2014–.

2. En segundo lugar, se procede a convocar las ayudas para los años 2014 y 2015.

Conforme al artículo 14 del Decreto-ley 1/2014, el plazo de presentación de solicitudes de adhesión de empresas colaboradoras y de solicitud de incentivos comenzará el 1 de abril de 2014; y éste permanecerá abierto hasta que su cierre, lo que se producirá cuando ocurra la circunstancia prevista en el art. 7.2 del Decreto-ley 1/2014 –es decir, cuando se cumpla el límite presupuestario establecido- mediante Resolución de la persona titular de la Dirección Gerencia de la Agencia Andaluza de la Energía, la cual será publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

ORDEN DE 20 DE DICIEMBRE DE 2013, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA DEL PROGRAMA BECAS TALENTIA PARA LA REALIZACIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO EN UNIVERSIDADES Y CENTROS DE ENSEÑANZA SUPERIOR EN EL EXTRANJERO (BOJA NÚM. 6, 10 DE ENERO DE 2014).

La Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo con la finalidad de impulsar y desarrollar el talento a escala internacional sobre los principios del mérito, la capacidad y la igualdad de oportunidades, aprueba las bases

por las que se regulará el «Programa Becas Talentia», que tiene como objetivo ayudar la realización de los estudios postgrado que se realicen el extranjero. En este contexto, concreta las bases por las que se regirá este programa, regulación que implica la derogación de la normativa anteriormente existente, en concreto:

- a) Orden de 23 de noviembre de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de concesión de incentivos para la realización de programas de postgrado en universidades extranjeras, y se efectúa su convocatoria para el año 2007.
- b) Orden de 14 de noviembre de 2007, por la que se modifica la de 23 de noviembre de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de concesión de incentivos para la realización de programas de postgrados en universidades o centros de enseñanza superior en el extranjero, y se efectúa su convocatoria para el año 2008.
- c) Orden de 29 de junio de 2009, por la que se aprueban las bases reguladoras de concesión de Becas Talentia para la realización de estudios de postgrado en universidades y centros de enseñanza superior en el extranjero, y se efectúa su convocatoria para el 2009.
- d) Orden de 30 de abril de 2010, de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, por la que se aprueban las normas reguladoras de la concesión de Becas Talentia, para la realización de estudios de postgrado en universidades y centros de enseñanza superior en el extranjero.

La Orden 20 de diciembre de 2013 se articula en: a) Un texto articulado, que recoge los aspectos generales de las bases reguladoras. b) Un cuadro resumen, que incorpora las particularidades, especificaciones y concreciones propias de estas bases. c) Los formularios correspondientes que se incluyen mediante anexos –Anexo I: Formulario de Solicitud, Anexo II: Formulario de Alegaciones, Aceptación, Reformulación y Presentación de Documentos; Anexo III: Universidades; Anexo IV: Bolsa de Estancia; Anexo V: Bolsa de Viaje–.

La competencia para gestionar los programas de estas becas, se articula mediante la delegación de competencias: a) En la persona titular de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, las competencias relativas a la resolución de las solicitudes, su modificación y, en su caso, el reintegro de las subvenciones concedidas al amparo de lo establecido en estas bases reguladoras, así como en las previstas en las Órdenes de 23 de noviembre de 2006, 14 de noviembre de 2007, 29 de junio de 2009 y 30 de abril de 2010, por las que se aprueban las normas reguladoras de la concesión de Becas Talentia para la realización de estudios de postgrado en universidades y centros de enseñanza superior en el extranjero, así como el régimen sancionador de las mismas. b) En la persona titular de la Secretaría General de Universidades,

Investigación y Tecnología, la competencia para efectuar las convocatorias de becas; así como para desarrollar las actuaciones necesarias para el cumplimiento, desarrollo, interpretación y aplicación de la Orden.

Cada convocatoria de ayudas del Programa «Programa Becas Talentia» establecerá su plazo de solicitudes, por lo que habrá que estarse a las convocatorias específicas que se aprueben en el futuro en aplicación de esta Orden para proceder a su solicitud.

ORDEN DE 26 DE FEBRERO DE 2014, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES DEL PROGRAMA TALENTIA POSTDOC PARA LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DEL PERSONAL INVESTIGADOR Y SE EFECTÚA SU CONVOCATORIA (BOJA NÚM. 41, 3 DE MARZO DE 2014).

Esta disposición tiene el doble objetivo de:

- 1) Aprobar de las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del programa «Talentia Postdoc» para la movilidad internacional de investigadores y correspondiente convocatoria; mediante la aprobación un texto articulado y un cuadro resumen; que finaliza con los anexos que sirven de petición a las ayudas, siendo los siguientes: a) Anexo I: Formulario de solicitud. b) Anexo II: Formulario de alegaciones, aceptación, reformulación y presentación de documentos. c) Anexo III: Declaración de la entidad anfitriona que acompañará a la solicitud: acuerdo de incorporación. d) Anexo IV: Declaración de la entidad contratante que acompañará a la solicitud: acuerdo de incorporación al agente del Sistema Andaluz del Conocimiento que actuará como entidad colaboradora. e) Anexo V: Convenio marco a suscribir entre la Agencia Andaluza del Conocimiento como órgano concedente y el agente del Sistema Andaluz del Conocimiento que actuará como entidad colaboradora.
- 2) Realizar la convocatoria para conceder 16 subvenciones con una cuantía máxima total de 2.566.354 euros; estableciéndose un plazo de dos meses para presentar las solicitudes a partir de los dos meses siguientes a la publicación en el BOJA de esta orden. El plazo para resolver la convocatoria es de tres meses, como máximo, a computar desde la fecha de finalización del plazo de presentación de las solicitudes.

ORDEN DE 18 DE FEBRERO DE 2014, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PÚBLICAS EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA, PARA LA INTEGRACIÓN SOCIOLABORAL DE LAS PERSONAS PERTENECIENTES A COLECTIVOS EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN SOCIAL A TRAVÉS DE EMPRESAS DE INSERCIÓN, Y SE EFECTÚA SU CONVOCATORIA PARA EL AÑO 2014 (BOJA NÚM. 42, 4 DE MARZO DE 2014).

1. La finalidad de la norma es la aprobación de las bases reguladoras de determinadas ayudas destinadas a la inserción sociolaboral de los colectivos en situación de exclusión social que se describen en el artículo 5 del Decreto 193/2010, de 20 de abril, por el que se regula la calificación y se crea el Registro de Empresas de Inserción de Andalucía. Las ayudas que se regula son:

- a) Subvenciones destinadas a financiar la inversión en inmovilizado realizada para la creación de puestos de trabajo por la contratación de personas en situación de exclusión social en empresas de inserción o por la creación de empresas de inserción.
- b) Subvenciones destinadas al mantenimiento de nuevas contrataciones de personas en situación de exclusión social.
- c) Subvenciones para la contratación o mantenimiento de personal técnico en acciones de tutoría y acompañamiento a la inserción sociolaboral.
- d) Subvenciones destinadas a sufragar la realización de auditorías anuales por las empresas de inserción.

Con la aprobación de la Orden de 18 de febrero de 2014 se pretende, al mismo tiempo, racionalizar el panorama legislativo que regula las convocatorias de las subvenciones, al derogar no sólo las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la misma, sino también, expresamente:

- La Orden de 21 de noviembre de 2003, por la que se desarrolla el programa de inserción a través del empleo regulado en el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas de inserción laboral de la Junta de Andalucía.
- La Orden de 14 de enero de 2004, por la que establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas, por el Servicio Andaluz de Empleo, en el ámbito de la colaboración con entidades sin ánimo de lucro que contraten trabajadores/as desempleados/as para la realización de proyectos y servicios de interés general y social.
- La Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, y empresas calificadas como I+E dirigidas al fomento del desarrollo local.

- La Orden de 21 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de incentivos a la contratación con carácter indefinido reguladas en el Decreto 149/2005, de 14 de junio.
- La Orden de 11 de mayo de 2007, por la que se regulan los programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de la calidad en el empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas.
- El Capítulo IV de la Orden de 26 de diciembre de 2007, por la que se desarrollan los Programas de Orientación Profesional, Itinerarios de Inserción, Acciones Experimentales, Estudios y Difusión sobre el Mercado de Trabajo, Experiencias Profesionales para el Empleo y Acompañamiento a la Inserción, establecidos por el Decreto 85/2003, de 1 de abril, y se determinan las bases reguladoras de concesión de ayudas para su ejecución.
- La Orden 31 de octubre de 2008, por el que se aprueba el plan extraordinario para la mejora de la empleabilidad de las personas demandantes de empleo y se regulan y convocan las ayudas para la ejecución del mismo.
- La Orden de 6 de abril de 2009, por la que se establecen las bases reguladoras del programa para impulsar proyectos promovidos por las Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo.
- El Capítulo III de la Orden de 20 de octubre de 2010, por la que se regula el procedimiento de calificación e inscripción de los Centros Especiales de Empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de incentivos para Centros Especiales de Empleo regulados en el Decreto 149/2005, de 14 de junio.

2. Las convocatorias de las ayudas anuales corresponde realizarlas a la persona titular de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo (SAE), en función de las disponibilidades presupuestarias y mediante Resolución que se publicará en BOJA.

3. En lo que se refiere a los preceptos generales de la orden que concede las subvenciones, esta se encarga de: a) Concretar los requisitos de las personas o entidades solicitantes para obtener la subvención –art. 3–. b) Determinar la cuantía de la subvención, así como los gastos que entran en la subvención –art. 4–. c) Establecer las limitaciones presupuestarias, los mecanismos de control, así como la determinación de su compatibilidad con otras las subvenciones, por regla general –arts. 5 y 6–. d) Determinar los requisitos que deberán reunir las entidades colaboradoras y las reglas para realizar subcontrataciones de la ejecución de la actividad subvencionada –arts. 7 y 8–. e) Regular el mecanismo de concesión de las ayudas, precisando, entre otras particularidades, las disposiciones acerca de las solicitudes, lugares de presentación, plazo, proce-

dimiento para subsanar las deficiencias observadas; competencia resolutoria, obligaciones de las partes beneficiarias de las ayudas, forma de justificar la subvención y de reintegrarla, en su caso, y régimen sancionador –arts. 9 a 29–.

Todo lo expuesto anteriormente se complementa con: a) Un cuadro resumen de las subvenciones destinadas a financiar la inversión en inmovilizado realizada para la creación de puestos de trabajo por la contratación de personas en situación de exclusión social en empresas de inserción ya creadas o por la creación de empresas de inserción. b) Un cuadro resumen de las subvenciones destinadas a la contratación o mantenimiento de personal técnico en acciones de tutoría y acompañamiento a la inserción sociolaboral. d) Un cuadro resumen de las subvenciones destinadas a sufragar la realización de auditorias anuales por empresas de inserción. e) Los correspondientes anexos reproduciendo las solicitudes oficiales.

4. De manera concreta, se abre el plazo para la convocatoria de las ayudas en el año 2014, estableciéndose las peculiaridades de su concesión. El plazo de presentación de solicitudes –un mes a partir de la entrada en vigor de la disposición, que fue el 5 de marzo de 2014– habrá finalizado a la fecha de publicación de este resumen, razón por la que no se realiza un análisis exhaustivo de su contenido.

RESOLUCIÓN DE 29 DE ENERO DE 2014, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES LABORALES, POR LA QUE SE COMPLETA EL CONTENIDO DE LA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2013, POR LA QUE SE PUBLICAN LAS FIESTAS LOCALES DE LOS MUNICIPIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2014 (BOJA NÚM. 60, 28 DE MARZO DE 2014).

Mediante un Anexo se relacionan las fiestas locales en Municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía que no se encontraban incluidas en la Resolución de 4 de diciembre de 2013 (BOJA 13 de diciembre de 2013); así como modificaciones producidas posteriormente en municipios que si se encontraban incluidos en la resolución anteriormente publicada.

RESOLUCIÓN DE 21 DE MARZO DE 2014, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE UNIVERSIDADES, POR LA QUE SE PUBLICA EL PROTOCOLO MARCO CON LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DE ANDALUCÍA, PARA EL FOMENTO DE LA CULTURA EMPRENDEDORA (BOJA NÚM. 60, 28 DE MARZO DE 2014).

Mediante esta disposición se procede a la publicación del Protocolo Marco entre la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de

Andalucía y las Universidades de Sevilla, Granada, Córdoba, Málaga, Cádiz, Almería, Huelva, Jaén, Internacional de Andalucía y Pablo de Olavide, para el Fomento de la Cultura Emprendedora en las Universidades Públicas de Andalucía, para lo cual se identifican seis líneas emprendedoras:

1. Línea estratégica de Creatividad e Innovación, para promover la creatividad y la innovación a lo largo de todas las etapas y niveles del sistema educativo.

2. Línea estratégica de Concienciación, con objeto de impulsar las funciones de información, sensibilización y motivación del espíritu emprendedor, la innovación y la creatividad.

3. Línea estratégica de Capacitación, para desarrollar los conocimientos y las capacidades para emprender e innovar.

4. Línea estratégica de Experimentación, desde la que ejercitar la aplicación práctica de los conocimientos y habilidades adquiridos en emprendimiento, innovación y creatividad.

5. Línea estratégica de Aplicación y Creación de Empresas, dirigida a la materialización de las experiencias de emprendimiento en la efectiva creación de empresas reales y el fomento del autoempleo.

6. Línea estratégica del Ecosistema, que pretende incorporar al entorno del Sistema Educativo a todos los agentes complementarios y externos del mismo, en un marco dinámico e interrelacional que contribuya al emprendimiento, aprovechando sinergias y produciendo valor añadido en el fomento de la cultura emprendedora en Andalucía.

En el Anexo de la Resolución se recogen de forma más detallada las líneas estratégicas, objetivos y acciones específicas contempladas en el Plan para el Fomento de la Cultura Emprendedora en el Sistema Educativo Público de Andalucía, aprobado en el Decreto 219/2011, de 28 de junio (BOJA núm. 137, de 14 de julio).

RESOLUCIÓN DE 24 DE MARZO DE 2014, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA AGENCIA DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO DE ANDALUCÍA, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS INSTRUCCIONES PÚBLICAS RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LAS AYUDAS FINANCIERAS A LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS INDUSTRIALES DE ANDALUCÍA PREVISTAS EN EL DECRETO-LEY 10/2013, DE 17 DE DICIEMBRE (BOJA NÚM. 61, DE 31 DE MARZO DE 2014).

Esta disposición regula la «concesión de préstamos blandos de recapitalización sometidos a derecho privado en condiciones preferenciales o más favorables que las de mercado por el tipo de interés, el plazo de amortización, la no

aplicación de comisiones y por las características de las garantías que deberán aportarse para acceder a los mismos», tal como se establece en su art. 1. Estas ayudas se facilitarán a la empresas que cumpliendo lo requisitos indicados en el art. 3 del Decreto-ley 10/2013, de 17 de diciembre, cuenten con un Plan de Negocio, acorde con su actividad y su capacidad empresarial, financiera, comercial y tecnológica, tal como se establece en el art. 4 del mismo Decreto-ley.