



TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

74

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
www.juntadeandalucia.es/empleo/carl
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 3.ª planta
41011 Sevilla



CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

VOCALES

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

COMITÉ DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

SECRETARIO

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

Suscripciones y distribución:

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

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES
CONSEJERÍA DE EMPLEO Y DESARROLLO TECNOLÓGICO
JUNTA DE ANDALUCÍA

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



TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
N.º 74/2004

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- Nuevas normas sobre los becarios y el personal sanitario residente: otra ocasión para la reflexión sobre el «trabajo formativo» 11
ÓSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ
- Fomento de empleo y colocación de los beneficiarios de la renta activa de inserción: un estudio de su evolución 43
RICARDO ESTEBAN LEGARRETA
- Las cooperativas de trabajo asociado bajo la normativa de prevención de riesgos laborales: «operaciones de ajuste» en las figuras de empresario y trabajador 77
ANA ISABEL GARCÍA SALAS
- El subsidio para emigrantes retornados: cuestiones para un debate ... 109
CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO
- Nuevos caminos y asignaturas pendientes para la igualdad de oportunidades y de trato en la Argentina 123
SUSANA CORRADETTI

2. MERCADO DE TRABAJO

- Déficit externo de cualificaciones en la hostelería andaluza 137
ANDRÉS J. MARCHANTE, BIENVENIDO ORTEGA Y RICARDO PAGÁN
- Informe trimestral sobre el Mercado de Trabajo en España y Andalucía (cuarto trimestre) 165
SANTOS M. RUESGA BENITO, JOSÉ L. MARTÍN NAVARRO Y CARLOS RESA NESTARES



3. **COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

Profesores de religión, negociación colectiva y nuevas relaciones laborales 191

MARÍA DEL MAR RUIZ CASTILLO

PODERES EMPRESARIALES

Universidad de Córdoba

Trabajo durante la excedencia por cuidado de hijos y poder disciplinario 213

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

¿Autismo entre jurisdicción social y civil?: efectos de sentencia anulatoria de separación sobre la cuantía de las pensiones de viudedad 225

SOFÍA OLARTE ENCABO

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

El alterne y la prostitución. La legítima asociación de sus protagonistas y los efectos de su consideración laboral 235

ROBERTO FERNÁNDEZ VILLARINO

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

Transgresión de la buena fe contractual y derechos del trabajador 249

ESTHER CARRIZOSA PRIETO

4. **INFORMES Y DOCUMENTOS**

Informe de Resultados del Sistema Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía (SERCLA) durante 2003 267

5. **RESEÑA DE LEGISLACIÓN**

DECRETO 7/2004, de 20 de enero, de ampliación de las medidas de apoyo a las familias andaluzas

BOJA núm. 15, de 23 de enero de 2004 297

DECRETO 313/2003, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía

BOJA núm. 22, de 3 de febrero de 2004 299



ORDEN de 20 de noviembre de 2003, por la que se modifica la de 24 de junio de 2002, que desarrolla los incentivos al empleo estable regulados por el Decreto 141/2002, de 7 de mayo BOJA núm.2, de 5 de enero de 2004	327
ORDEN de 17 de diciembre de 2003, por la que se establece para el año 2004, la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el Decreto que se cita BOJA núm. 4, de 8 de enero de 2004	328
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 para la inserción laboral de la Junta de Andalucía BOJA núm. 8, de 14 de enero de 2004	329
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 BOJA núm. 19, de 29 de enero de 2004	334
ORDEN de 21 de enero de 2004, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social BOJA núm. 21, de 2 de febrero de 2004	341
ORDEN de 2 de febrero de 2004, por la que se regula el programa de Experiencias Profesionales para el Empleo, de Acompañamiento a la Inserción y se convocan ayudas para su ejecución BOJA núm. 30, de 13 de febrero de 2004	348

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





1

Estudios







NUEVAS NORMAS SOBRE LOS BECARIOS Y EL PERSONAL SANITARIO RESIDENTE: OTRA OCASIÓN PARA LA REFLEXIÓN SOBRE EL «TRABAJO FORMATIVO»

ÓSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

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

EXTRACTO

Puede decirse sin temor a equivocarse que el trabajo y la formación son hoy actividades claramente distintas, exactamente de la misma manera que no cabe negar la existencia de conexiones evidentes entre las mismas. En una sociedad eminentemente «productora», como es la sociedad capitalista, no cabe ninguna duda que la educación y la formación en modo alguno se diseñan al margen de la consideración de la rentabilidad productiva que pueda obtenerse a partir de ellas, del mismo modo que también se admite que el desenvolvimiento de la actividad productiva puede convertirse en una ocasión para el aprendizaje que no puede ser desaprovechada. Llegada la evolución de la sociedad productiva a un punto en el que la aceleración vertiginosa de los cambios tecnológicos, principalmente, ha determinado un ritmo no menos rápido de obsolescencia de los conocimientos que se aplican en la elaboración de los bienes y los servicios, es claro que el trabajo ha dejado de ser pensable al margen de la asociación al mismo de la idea de formación y aprendizaje permanente. Actividad productiva y actividad formativa han dejado progresivamente de constituir mundos inconexos. Los puntos de conexión entre ambas esferas se han intensificado en las últimas décadas y se han vuelto más evidentes, y una de las manifestaciones de esa nueva situación —desde luego, no la única— viene dada sin duda por la recuperación de la idea de que el mero trabajar, es decir, el simple hecho del desenvolvimiento de operaciones productivas sin más, puede determinar inercias o réditos formativos no despreciables. Es precisamente este fenómeno, que hemos dado en llamar «trabajo formativo», el que ocupa las reflexiones que se ofrece en las líneas que sigue. En efecto, a continuación nos encargaremos de examinar algunos de los problemas jurídicos que suscita la utilización del trabajo como instrumento formativo (*vgr.*, la dificultad de integrar bloques normativos claramente disímiles como son las reglas sobre el trabajo y las reglas sobre la formación, o de decidir si un caso de trabajo formativo debe ser regulado por la normativa laboral o por otro tipo de normas jurídicas de muy diferente naturaleza), bien entendido que no con carácter general, sino sólo en dos ámbitos específicos, precisamente por tratarse en ambos casos de supuestos sobre los que han venido a incidir los últimos cambios legislativos. Se trata, como podrá adivinarse, de los becarios y del personal sanitario en formación de especialidad mediante residencia.

ÍNDICE:

1. PLANTEAMIENTO
2. LA DIFERENTE NATURALEZA DEL TRABAJO Y DE LA FORMACIÓN
3. INSTITUCIONES DEL TRABAJO E INSTITUCIONES DE LA FORMACIÓN
4. EL TRABAJO Y LA FORMACIÓN: SIMILITUDES Y PUNTOS DE CONEXIÓN
5. UN SUPUESTO ESPECÍFICO DE CONEXIÓN ENTRE EL TRABAJO Y LA FORMACIÓN: EL PERSONAL SANITARIO EN FORMACIÓN DE ESPECIALIDAD MEDIANTE «RESIDENCIA»
6. EL TRABAJO Y LA FORMACIÓN EN EL CASO ESPECÍFICO DE LAS BECAS
7. BECA CON TRABAJO VS. CONTRATO DE TRABAJO: CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN
8. ¿CABE EXTRAER CRITERIOS PARA APRECIAR LA AUTENTICIDAD DE LAS BECAS A PARTIR DE LAS NORMAS Y BASES REGULADORAS DE LAS MISMAS?
9. INCIDENCIA DEL ESTATUTO DEL BECARIO DE INVESTIGACIÓN SOBRE LA CUESTIÓN

1. PLANTEAMIENTO ¹

La línea de frontera entre el trabajo y la formación no ha estado nunca del todo clara. Aunque se trata, es cierto, de dos realidades distintas, existen muchos puntos de conexión entre el trabajo y la formación, por ser actividades indudablemente complementarias: trabajar forma, del mismo modo que la formación se ordena principalmente al objetivo de trabajar. La concurrencia de formación y trabajo resulta ser en la práctica, así pues, un fenómeno ciertamente frecuente, casi habitual. Tal fenómeno no suscita mayores cuestiones cuando hay preponderancia clara de una de las dos actividades concurrentes, sea la formación (como sucede, *vgr.*, en el caso del trabajo formativo prestado por estudiantes como parte integrante de su ciclo formativo académico), sea el trabajo (según acontece, *vgr.*, con el trabajo formativo que tiene lugar en el marco de un contrato de aprendizaje). En supuestos así, los problemas derivan, a lo sumo, de las dificultades que en su caso puede llegar a suscitar la necesidad de adicionar, o, mejor dicho, integrar, reglas distintas, procedentes de bloques institucionales diversos (el regulador de la actividad formativa y el regulador de la actividad profesional). Por el contrario, sí se suscitan problemas de importancia cuando la concurrencia simultánea de formación y trabajo no arroja un saldo de predominio claro de una de las dos dimensiones de referencia (la formativa o la profesional).

Ese tipo de situaciones resultan particularmente controvertidas cuando, aparte de no estar claro si prima la dimensión laboral o la formativa, concurre además el cobro de un estipendio a propósito del desempeño del trabajo formativo de que se trate (las becas). En supuestos así, en los que ya no resulta posible aplicar de manera integrada y simultánea las reglas laborales y las formativas (como sucede, por ejemplo, en un contrato de apren-

¹ Este estudio ha sido elaborado en el marco de un proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología dentro del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica para el bienio 2002/2004 titulado «Trabajo y actividad profesional a la altura del siglo XXI. Una investigación desde el Derecho del Trabajo» (BJU 2001/3493).



dizaje), el intérprete se ve en la tesitura de optar en bloque por uno de los dos estatutos *prima facie* llamados a aplicación, trátase del estatuto laboral o del formativo, excluyendo el juego del otro. La cuestión dista de ser inocua, pues, como es sabido, la reconducción a uno u otro bloque normativo no es precisamente algo cuyas consecuencias sean despreciables. Precisamente por esta razón, la cuestión está también lejos de estar clara, ya que no resulta raro en la práctica que auténticas relaciones profesionales, principalmente los contratos de trabajo, aparezcan disfrazadas como becas.

Recientemente han entrado en vigor dos importantes normas de alcance general —el RD 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del becario de investigación, y la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (encargada entre otras cosas de regular el trabajo del personal sanitario en formación de especialidad mediante residencia)— que afectan a las cuestiones indicadas. Resultaba por ello casi obligado «revisitar» el viejo tema de las conexiones entre la formación y el trabajo. Quede dicho ya que no va a llevarse a cabo un análisis en detalle de esas nuevas regulaciones. Antes al contrario, éstas servirán más bien como pretexto para contemplar los nexos entre la formación y el trabajo, y particularmente para volver la vista sobre el tan traído y llevado tema de la relación entre el contrato de trabajo y las becas.

2. LA DIFERENTE NATURALEZA DEL TRABAJO Y DE LA FORMACIÓN

En principio, trabajo y formación (entendida ésta en sentido amplio, como equivalente a aprendizaje, estudio, etc) constituyen dos realidades netamente diferenciadas. El trabajo es una conducta humana de realización de actividad productiva; la formación, una actividad humana ordenada al enriquecimiento y mejora del «equipamiento cultural» (*lato sensu*) de quien se forma. Precisemos un poco más las diferencias entre ambas magnitudes.

Por lo pronto, es preciso señalar que, hasta cierto punto —sólo hasta cierto punto, pues la línea de frontera no es del todo nítida en este extremo—, trabajo y formación pertenecen a diferentes órdenes de la realidad. Si el trabajo, para reputarse tal, debe presentar la forma de «conducta» —en el sentido de actividad humana convertida en hecho objetivo en el mundo real (incluso los trabajos más puramente intelectuales necesitan objetivación como «obra o servicio» para merecer la conceptualización de auténticos trabajos)²—, la formación no necesariamente debe —cosa dis-

² Como ha precisado Alonso Olea, «el trabajo humano ha de ser entendido como una actividad transitiva... que, empezando en el sujeto humano, está dirigida hacia un objeto externo, natural, artificial o cultural, físico o espiritual, en oposición a la actividad que no sale

tinta es que pueda y sobre todo suele— presentar dimensión objetiva. En efecto, siendo cierto que el aprendizaje exclusivamente introspectivo resulta imposible —pues todo proceso de aprehensión del conocimiento conecta siempre con un fenómeno objetivo, al ser preciso a tales efectos un factor extraño al sujeto del conocimiento: textos, lecciones, experiencias, etc.—, debe notarse que el proceso de aprendizaje —su parte esencial— tiene lugar psicológicamente. Podría entonces decirse que mientras que el trabajo constituye una realidad más bien propia del género de las cosas objetivas, la formación encuentra mejor acomodo en el género de los hechos o procesos psicológicos o mentales; o dicho más brevemente, que del mismo modo que el trabajo es preferentemente «acto» la formación es primordialmente «pensamiento»³.

Ahora bien, la razón que más adecuadamente sirve para dar cuenta de la diferencia de naturaleza existente entre el trabajo y la formación tiene sin duda que ver con la finalidad de uno y otra. El objetivo del trabajo es la obtención de un valor productivo inmediato. La formación, por el contrario, o bien no busca esa finalidad productiva en absoluto, o bien sólo la busca relativamente, de manera aplazada o diferida al futuro. La diferencia resulta esencial. En el trabajo, como el fin esencialmente buscado es la producción, el trabajador, esto es, la persona, opera sobre todo como un mero medio o instrumento de la producción, es decir, como un factor productivo. En la formación, por el contrario la persona es un fin en sí misma (independientemente de que en la mayoría de los casos el objetivo último que se persiga con la formación sea productivo, o incluso de que en algunos tipos de formación práctica ésta se lleve a cabo insertando al aprendiz como trabajador o factor productivo). En definitiva, puede decirse resumiendo que, mientras en el trabajo la persona «da», en la formación la persona «recibe».

Hay que señalar, porque es cierto, que la mera realización de trabajo —es decir, el mero trabajar— puede reportar y reporta sin duda formación, del mismo modo que cierto tipo de formación —la formación práctica, por ejemplo, que pone a la persona en disposición de aplicarse de manera inmediata a la realización de cierto tipo de trabajos— sólo puede obtenerse a través de la realización efectiva de las tareas de la actividad productiva. Sin

del sujeto, que son pensamientos, sueños, ideas, fantasías, formas de comunicación *intrapersonal*»; vid. M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994 (hay una nueva edición de 2002), pág. 40.

³ Conviene insistir en que el trabajo no es un fenómeno exclusivamente objetivo, de la misma manera que la formación tampoco es un fenómeno exclusivamente subjetivo: el trabajo es acto, pero es también pensamiento, del mismo modo que la formación no sólo es pensamiento sino también acto. La diferencia de ontología entre trabajo y formación a la que nos referimos remite a un criterio de proporciones: en el fenómeno que conocemos como trabajo prima el elemento fáctico sobre el psicológico, mientras que en el fenómeno que conocemos como formación prepondera el psicológico sobre el fáctico.



embargo, de inmediato debe indicarse que el valor formativo de referencia no es necesario ni deriva de la esencia del trabajo, por constituir sólo un elemento de presencia contingente y accesoria en el mismo. Señaladamente, el efecto formativo inducido en la realización del trabajo —variable, adviértase, en función del tipo de trabajo de que se trate (simple o complejo, monótono o creativo, etc)— no puede decirse que sea un efecto necesario, por ejemplo, en el marco conceptual del trabajo asalariado, y ello debido al juego de una de una de sus notas características clásicas, la de ajenidad. No debe olvidarse que esta nota es hasta cierto punto sublimación de la idea marxista de «alienación», opuesta desde luego a cualquier postulado tendente a reconocer ningún tipo de beneficio para el propio trabajador —formativo o de otro tipo— derivado de la realización de trabajo asalariado⁴.

La diferente consideración de que es objeto la persona en el marco del trabajo (medio, instrumento o factor productivo) y en el de la formación (fin, destinatario o beneficiario de un proceso de aprendizaje) explica la diferente naturaleza de las relaciones sociales típicas a través de las que se llevan a cabo tanto la actividad productiva como la actividad formativa. Las relaciones productivas, en la medida en la que contemplan la persona del trabajador como factor productivo, expresan con toda claridad una contraposición entre la esfera del «interés personal» (del trabajador) y la esfera del «interés productivo» (del productor, entendiendo por tal el dueño de los bienes producidos). Esa contraposición, que puede observarse incluso en el caso del trabajo autónomo —salvo que se asuma que la realización de los individuos como personas consiste en operar como factores de producción en el mercado—, se torna muy evidente cuando se trata del trabajo asalariado. En efecto, tratándose de este tipo de trabajo, es evidente que la visión que puede tenerse del trabajador según éste sea contemplado como factor productivo (perspectiva de la empresa) o como persona (perspectiva del trabajador) resulta muy diferente. La razón de ello, obviamente, es que en el trabajo dependiente la persona del trabajador ni siquiera se hace con la propiedad de las utilidades patrimoniales que se generan con la actividad desempeñada, tal y como indica la consabida nota de la ajenidad laboral.

⁴ Nótese, de hecho, que en las actuaciones formativas que, a partir del despegue del capitalismo avanzado, comienzan a asumir —y asumen hoy— los empresarios en el marco del contrato de trabajo el objetivo de la formación del trabajador no es un fin en sí mismo sino sólo medio o instrumento de optimización del rendimiento de la empresa, sea porque se sabe que una plantilla mejor formada redundará en una mejor calidad del producto, sea porque se conoce que la formación de los trabajadores permite a la empresa adaptarse mejor a las fluctuaciones del mercado, etc; *vid.* F.J. PRADOS DE REYES, «Las conexiones de la formación profesional y el contrato de trabajo», *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la comunidad Europea (V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales)*, Madrid, 1987, págs. 108 y 109.



En las relaciones de formación, en cambio, como el sujeto —al menos de manera inmediata— no es contemplado como instrumento de nada, a no ser que sea de su propia formación, no hay una razón de esencia para la contraposición entre los «intereses personales» y los «intereses formativos» de quien se forma. El único fin inmediato de las relaciones formativas es aumentar el bagaje cultural, intelectual, técnico o como quiera llamarse de la persona, lo que, sin ninguna duda, converge con la realización humana de la misma. Otra cosa es que colateralmente, en la medida en la tales relaciones no son del todo gratuitas, por comportar siempre un coste para quien asume las funciones docentes, aparezcan las mismas conectadas en la mayoría de los casos con otro tipo de relaciones en las que sí está presente un interés lucrativo: por ejemplo, disposición de la relación formativa como mecanismo de reclutamiento de personal por las empresas (en el caso, muy frecuente, de los cursos de formación específica dados por empresas para la capacitación de trabajadores en los puestos y tareas demandados por las mismas), o, más generalmente, incardinación de la actividad formativa en el marco de un contrato de prestación de servicios, de modo que la actividad formativa viene a constituir la prestación comprometida por el contratista a cambio del abono de un precio por el comitente. Es precisamente en este ámbito, el de la dimensión lucrativa de las relaciones formativas, donde surge la contraposición de intereses y, por ello, el principal foco de conflictos. Así pues, la contraposición de intereses y el conflicto no son una consecuencia esencial de la relación formativa, sino un efecto provocado a partir de las interferencias lucrativas que derivan de la presencia de otro tipo de relaciones sociales en cuyo marco suelen insertarse las actividades y las relaciones de carácter formativo⁵.

3. INSTITUCIONES DEL TRABAJO E INSTITUCIONES DE LA FORMACIÓN

La diferente naturaleza del trabajo y la formación, y de las relaciones sociales típicas a través de las que estas actividades se desenvuelven, deter-

⁵ Prueba de ello es, por ejemplo, que los sujetos de la relación formativa —es decir, el maestro y el aprendiz— no necesariamente deben —aunque sí pueden— coincidir con los sujetos que son parte de la relación patrimonial de prestación del servicio formativo; por un lado, el maestro podría no ser parte del contrato de prestación de servicio formativo, si, por ejemplo, realizara esa actividad como trabajador asalariado, en el marco de un contrato de trabajo al servicio de quien asume la condición de contratista del servicio formativo; el aprendiz, por su parte, podría no ser tampoco el comitente en el contrato de prestación del servicio formativo, como sucede, *vgr.*, cuando es un tercero —poderes públicos, fundaciones, etc— el sujeto que asume la financiación de la formación.



mina que las normas jurídicas destinadas por el ordenamiento a la regulación de unas y otras presenten características distintas, apareciendo ubicadas de hecho en marcos institucionales diferenciados. El trabajo y las relaciones de trabajo, por su dimensión innegablemente patrimonial, son objeto de regulación, directa o indirectamente, por las normas del ordenamiento que se ocupan de los intercambios económicos, ya tenga ello lugar en el marco de los contratos privados de cambio patrimonial, civiles y mercantiles (compraventa, arrendamiento, ejecución de obra, arrendamiento de servicios, comisión, etc), ya en el marco de otros contratos (los contratos de trabajo) que, siendo también de intercambio económico, presentan a la vez un componente personal (debido a la «entrega» de la persona del trabajador) que inutiliza la perspectiva exclusivamente patrimonial y privatista, haciendo preciso un punto de vista social y público, sea estableciendo normas protectoras del trabajador (normas de mínimos, irrenunciabilidad de derechos, etc), sea dotando y alimentando relaciones jurídicas pro operario (las relaciones colectivas y las relaciones de intervención administrativa en el ámbito laboral). Dicho en síntesis, el trabajo es objeto de regulación en el marco institucional del derecho privado, sea el Derecho Civil y Mercantil, sea el Derecho del Trabajo.

La actividad y las relaciones de formación, en la medida en la que no buscan un objetivo inmediato de producción de un valor patrimonial, sino de un valor personal, se encuentran en principio al margen del tráfico económico. La regulación que el ordenamiento depara a propósito de esta materia no conecta en principio con la necesidad de resolver conflictos de intercambio patrimonial, sino con una circunstancia bien diferente. Tal circunstancia es la convicción que la sociedad tiene de que la educación y la formación de las personas es un bien en sí mismo y un valor de interés general, que debe en consecuencia ser perseguido y procurado a toda costa. Esa convicción de la sociedad asume forma jurídica a través de la asunción por parte del Estado, tanto del compromiso de ofrecer una regulación racional y adecuada de la formación, que se traduce principalmente en una importante sustracción de poder de determinación en la materia a la autonomía privada (publicación de la formación), estableciendo los objetivos de la formación, el diseño de currículos, las titulaciones, etc, como de un compromiso de financiar las acciones formativas que puedan estimarse acreedoras de dinero público, sea porque haya personas sin capacidad económica para asumir el coste de su formación (por imperativo del derecho fundamental a la educación y del valor constitucional del Estado Social), sea porque una formación específica se contemple como dispositivo adecuado de lucha contra la desocupación (caso de la formación ocupacional y de inserción), sea porque formar en determinadas materias y especialidades puede estimarse conveniente desde el punto de vista del interés general (caso de las becas de investigación).

El marco institucional de la formación se resuelve, así pues, en un conglomerado normativo de derecho público cuyas manifestaciones más señaladas son, sin duda, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del derecho a la educación, la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo, la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional⁶. Con todo, debe tenerse en cuenta que la publicación de la actividad formativa no es absoluta, siendo desde luego posible que ese tipo de actividad se lleve a cabo sobre la base de relaciones privadas de intercambio patrimonial, como ya hemos tenido ocasión de señalar. Así pues, al lado de relaciones públicas o administrativas de prestación de servicios de formación (que no dan lugar a conflictos de naturaleza patrimonial, sino de otro tipo: disciplinarios, de evaluación de los alumnos etc; de hecho, si alguna vez se produce un conflicto con dimensión económica —por ejemplo, a propósito de ayudas para estudios, de exenciones de tasas académicas, etc— éste pocas coincidencias presenta con los conflictos económicos de derivan de las relaciones de intercambio patrimonial), aparecen también relaciones privadas de intercambio económico cuyo objeto consiste precisamente en la prestación de servicios de formación. Es en estos casos cuando puede decirse que de las relaciones de formación derivan conflictos de contenido o dimensión económica, bien entendido que sólo impropia, pues el conflicto no deriva de la relación formativa sino de la relación de servicio retribuida que se superpone a la misma. Por supuesto, la extensión e importancia de la red privada de formación estará en todo caso en función del alcance y calidad de la formación que sea capaz de dispensar el sistema formativo público⁷.

4. EL TRABAJO Y LA FORMACIÓN: SIMILITUDES Y PUNTOS DE CONEXIÓN

El trabajo y la formación son —acabamos de señalarlo— realidades distintas. Sin embargo, no son realidades distantes: entre ellas existen similitu-

⁶ Dentro del específico marco de la formación profesional ocupacional y continua destacan además, entre otros, el RD 631/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, el RD 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua, el RD 1128/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, así como también el RD 1506/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen las directrices de los certificados de profesionalidad.

⁷ Vid. J.L. GOÑI SEIN, «La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas», *Relaciones Laborales*, II (1986), pág. 415.



des y conexiones. Comenzando por las similitudes, debe decirse que el trabajo y la formación se asemejan desde varios puntos de vista. Por lo pronto, tanto el uno como la otra son actividad humana, en el doble sentido de constituir comportamientos activos (*agere*) llevados a cabo por personas físicas. En ambos casos se trata, además, de actividades que pueden desempeñarse tanto de modo autónomo (trabajo independiente, formación autodidacta) como en el marco de relaciones sociales (relación de trabajo, relación formativa). Por otra parte, tanto el trabajo como la formación son materia de interés general, y por ello objeto de regulación por el ordenamiento jurídico, sea por hallarse implicado un intercambio de valores económicos en cuyo seno suelen producirse conflictos que demandan solución jurídica inmediata (en el caso del trabajo), sea por hallarse en juego (en el caso de la formación) un objetivo socialmente tan importante como el aprendizaje de la técnica y la cultura, objetivo sobre el que el ordenamiento proyecta el doble compromiso de ofrecer una regulación publicada y de establecer las medidas precisas para hacer que todos tengan acceso a la formación.

No importa tanto referirse a las similitudes o semejanzas entre el trabajo y la formación —cuestión acaso anecdótica a los efectos que aquí interesa— como dar cuenta de los puntos de conexión existentes entre ambas. A tal efecto, conviene comenzar señalando que en una sociedad esencialmente productora como es la sociedad capitalista la formación suele aparecer instrumentalizada al servicio del trabajo. Tanto desde el punto de vista del individuo que se forma como del sistema formativo visto como totalidad, el objetivo último de la formación es en nuestro ordenamiento primordialmente profesional. Con las inevitables salvedades, la formación descubre su rostro de instrumento al servicio de mundo productivo con más nitidez cuanto más alejada se encuentra de su dimensión básica o general (educación básica y obligatoria) y más se aproxima a etapas de aprendizaje especializado cercanas al ingreso de las personas en el mercado de trabajo, porque de ellas se siga el dominio de alguna técnica, arte, oficio, especialidad, etc (formación técnica y especializada), trátase de la formación profesional, inicial u ocupacional⁸, trátase de la formación «universita-

⁸ El nexa entre la formación profesional y el mundo del trabajo es por supuesto innegable, y opera, en efecto, tanto en el marco de la formación profesional inicial o reglada (de grado medio o superior) como en el marco de la formación profesional ocupacional; el art. 30 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (mantenido vigente por la Disposición derogatoria única 4 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación), dispone en ese sentido que «la formación profesional comprenderá el conjunto de enseñanzas que, dentro del sistema educativo y reguladas en esta Ley, capaciten para el desempeño cualificado de las distintas profesiones; incluirá también aquellas otras acciones que, dirigidas a la formación continua en las empresas y a la inserción y reinserción laboral de los trabajadores, se desarrollen en la formación profesional ocupacional, que se re-

ria»⁹. La relación instrumental de la que se habla se torna particularmente intensa en el ámbito de los cursos formativos organizados por las empresas para la capacitación de trabajadores en los procesos productivos típicos de las mismas con vistas a la posterior contratación de aquéllos¹⁰.

La ordenación de la formación al fin del trabajo se hace muy evidente en algunos supuestos concretos. Ello es así hasta el punto de que en algunos casos el propio diseño de los estudios o del plan formativo de que se trate contemplan expresamente la realización de prácticas profesionales —es decir, el desempeño de trabajo o tareas típicamente productivas— como ingrediente intrínseco de la formación. Sucede entonces que los planos de la formación y del trabajo se confunden, asumiéndose que el ciclo de la formación no quedará completado mientras no se hayan ejercitado efectivamente durante algún tiempo las tareas características de la profesión. Es el caso de las prácticas de estudiantes realizadas como parte integrante de sus estudios académicos o de formación profesional —llevadas a cabo en el marco de convenios de colaboración de los centros educativos con empresas o Administraciones— a las que se refiere la Disposición adicional 1 del RD 488/1998, de 27 de marzo, sobre contratos formativos¹¹. La funcionalización de la formación al trabajo es muy evidente también en el ámbito de las medidas y acciones formativas específicamente diseñadas para luchar contra

gulará por su normativa específica»; la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, establece, por su parte, que «la formación profesional comprende el conjunto de acciones formativas que capacitan para el desempeño cualificado de las diversas profesiones, el acceso al empleo y la participación activa en la vida social, cultural y económica» (art. 9).

⁹ La formación universitaria, aun siendo cierto que, precisamente por su excelencia y máxima calidad, no debe agotarse en aspectos exclusivamente técnicos y de aplicación, sino que debe aspirar a forjar el desarrollo y la crítica del saber existente, tiene sin embargo como una de sus funciones básicas la de «la preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos» (art. 1.2b de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades).

¹⁰ Vid. A MARTÍN VALVERDE, «Beca de estudios técnico-prácticos con opción al ingreso en una entidad bancaria», *Revista de Política Social*, 99 (1973), págs. 261 a 264; J.L. GOÑI SEIN, «La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas», *loc. cit.*, págs. 415 y 416.

¹¹ Este tipo de prácticas, frecuentes en ciertos ámbitos universitarios (*vgr.*, estudios en Ciencias de la Salud), pueden darse en otros terrenos; por ejemplo, en el de la formación profesional inicial o reglada, donde el art. 34.2 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo, mantenida en vigor por la Disposición derogatoria única 4 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación, dispone que «el currículo de las enseñanzas de formación profesional específica —es decir, inicial o reglada— incluirá una fase de formación práctica en los centros de trabajo», de modo que con tal fin «las Administraciones educativas arbitrarán los medios necesarios para incorporar a las empresas e instituciones al desarrollo de esas enseñanzas».

el desempleo, sean las que se establecen como medidas de inserción profesional para los parados, sean las que benefician a los trabajadores en activo (formación continua), pues su objetivo no es otro que formar para evitar o prevenir, antes de que se originen, bolsas potenciales de desempleo¹². Todo este tipo de medidas es evidente que se ordenan a la actividad profesional. Precisamente por ello, en estos casos el ciclo formativo puede incorporar, como parte de su naturaleza intrínseca, la realización efectiva de trabajos¹³.

En ocasiones, no es que la formación esté al servicio del trabajo, sino que el trabajo mismo es visto como el principal instrumento de la formación. Aparte de los casos que acaba de señalarse, en que el «trabajo formativo» constituye la parte integrante de un ciclo formativo programado como tal, el trabajo, el mero desempeño de trabajo por sí mismo, sin incardinación en un procedimiento de formación específico, es capaz sin más de procurar formación a quien lo desempeña (excluido el caso, por supuesto, de que se tratara del desarrollo de tareas complejas, cuyo desempeño exigiera conocimientos teóricos previos, no asimilables a través de la mera práctica); de hecho, en el pasado, cuando los procesos de formación todavía no estaban reglados ni había instituciones formativas específicamente tales, constituyó el dispositivo más importante para el aprendizaje de ciertos oficios y técnicas. Actualmente, la utilidad formativa del trabajo, que en hipótesis podría entenderse un tanto difuminada en el marco del trabajo asalariado, como consecuencia de la ajenidad característica del mismo (lo hemos visto), es expresamente proclamada por el Derecho del Trabajo, que se encarga de reconocer explícitamente al trabajador asalariado importantes derechos de formación¹⁴. La presencia de la formación en el contrato de trabajo se ha vuelto

¹² Téngase presente que la prevención del desempleo se presenta como uno de los principios cardinales de la nueva Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo; en efecto, según su art. 2c «la política de empleo tenderá a adoptar un enfoque preventivo frente al desempleo y de anticipación del cambio a través de acciones formativas que faciliten al trabajador el mantenimiento y la mejora de su cualificación profesional, empleabilidad y, en su caso, recalificación y adaptación de sus competencias profesionales a los requerimientos del mercado de trabajo».

¹³ La Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, establece en ese sentido que la formación profesional ocupacional «favorecerá la realización de prácticas profesionales de los alumnos en empresas y otras entidades» mediante la oportuna colaboración de las empresas, agentes sociales y otras entidades, precisando que «dichas prácticas no tendrán carácter laboral» (art. 6.4); servirá sin duda al mismo fin el art. 6.1g de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, cuando establece que el Sistema Nacional de Empleo deberá «impulsar la cooperación del servicio público de empleo y de las empresas en aquellas acciones de políticas activas y cualificación profesional que éstas desarrollen y que puedan resultar efectivas para la integración laboral, la formación o recualificación de los desempleados».

¹⁴ Nótese que los derechos de formación que asisten a los trabajadores asalariados no sólo comportan las facultades específicas expresamente reconocidas en materia de formación

hoy inevitable, en la medida en la que la evolución tecnológica y las fluctuaciones de los mercados hacen sin duda crecer la necesidad de reciclaje y adaptación del trabajador a técnicas nuevas¹⁵.

La prueba más evidente de que nuestro ordenamiento asume hoy que el desempeño de trabajo produce efecto formativo, y que no hay incompatibilidad, antes bien, complementariedad, entre la causa cambiaria patrimonial del contrato de trabajo y la causa formativa típica de las relaciones de aprendizaje, es el reconocimiento institucional de los contratos de trabajo formativos, en prácticas y para la formación. El contrato en prácticas es un contrato de trabajo en virtud del cual el empresario se compromete, complementariamente a las obligaciones típicas que le corresponden como empleador, a dar a un trabajador que acredita una formación teórica técnica de cierta entidad un puesto de trabajo que le permita un aprendizaje a través de la puesta en práctica de los conocimientos previamente obtenidos. El contrato para la formación, por su parte, es un contrato igualmente de trabajo en el que el empresario y el trabajador complementan sus obligaciones laborales características con las de dar y recibir la formación teórica y práctica necesarias para el aprendizaje de un oficio o desempeño cualificado. En este caso el compromiso formativo del empresario es más intenso que cuando se trata de un contrato en prácticas, ya que no sólo tendrá que ofrecerse al trabajador un puesto de trabajo que le permita el aprendizaje práctico del oficio, sino que habrá de darse al mismo también la formación teórica.

Es importante poner de manifiesto que, como prueban las figuras a las que acaba de hacerse alusión —los contratos en prácticas y para la formación—, como también, en general, las reglas laborales de reconocimiento de los derechos formativos de los trabajadores asalariados, el contrato de trabajo es una figura con una gran capacidad para absorber elementos de tipo formativo. Debe decirse que el límite de esa capacidad de absorción se rebasa cuando el componente de prestación laboral es vencido por el componente formativo, es decir, en el momento en el que el interés que trasluce la relación en procurar la formación del trabajador prima sobre el interés en

(permisos para exámenes, preferencias en la elección del horario de trabajo, etc) sino que conllevan un temperamento general que puede limitar y condicionar la totalidad de las decisiones empresariales; así por ejemplo, una decisión empresarial de asignar al trabajador cierto tipo de tareas, que podría adoptarse en virtud del poder de dirección, podría encontrar el límite de las expectativas formativas del trabajador; *vid.* F.J. PRADOS DE REYES, «Las conexiones de la formación profesional y el contrato de trabajo», *loc. cit.*, págs. 135 a 138.

¹⁵ *Vid.* E. MARTÍN PUEBLA, *Formación profesional y contrato de trabajo. Un estudio sobre la adquisición de cualificación profesional a cargo de la empresa*, Madrid, 1998, pág. 30 [el trabajo ha sido recensionado por A. GARCÍA TRASCASAS, *Relaciones Laborales*, 7 (1999), págs. 115 a 120].



producir para la entidad a la que se sirve (la empresa), como debiera suceder en la relación de trabajo. Las relaciones en las que el interés formativo de quien desempeña trabajo y cobra un estipendio prima con toda claridad sobre el interés productivo de quien paga tal estipendio constituyen una figura muy distinta del contrato de trabajo: las becas. Tendremos ocasión de referirnos más adelante a ellas y a la polémica cuestión de cómo determinar cuándo prima el interés formativo del trabajador y cuándo el interés económico del receptor de los servicios, es decir, a la razón de la distinción entre las becas y los contratos de trabajo.

5. UN SUPUESTO ESPECÍFICO DE CONEXIÓN ENTRE EL TRABAJO Y LA FORMACIÓN: EL PERSONAL SANITARIO EN FORMACIÓN DE ESPECIALIDAD MEDIANTE «RESIDENCIA»

Como es conocido, en el ámbito de las profesiones sanitarias el título de especialista en Ciencias de la Salud se obtiene a través del llamado «sistema de residencia en centros acreditados» (art. 20.2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias). Sintéticamente, el sistema formativo de residencia en centros acreditados comporta «tanto una formación teórica y practica como una participación personal y progresiva del especialista en formación en la actividad y en las responsabilidades propias de la especialidad de que se trate» (art. 20.1 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre). A los efectos que aquí interesa vale la pena destacar que la formación en residencia presenta dos rasgos fundamentales. Por un lado, se trata de una formación reglada y oficial (art. 15.1 de la Ley 44/2003) que, como tal, se incardina dentro de un programa formativo que constituye un ciclo de aprendizaje unitario que, en su caso, desemboca en el título correspondiente (especialmente, *vid.* arts. 17.2 y 21 de la Ley 44/2003). Por otro lado, se trata de una formación en la que se asume que la actividad profesional, esto es, la prestación de trabajo sanitario —asalariado, por más señas— típico de la especialidad de que se trate, es el instrumento fundamental de la misma. No en vano, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, califica la relación de servicio que tiene lugar durante la residencia como «relación laboral especial», remitiendo al Gobierno la regulación de la misma (art. 20 y Disposición adicional 1).

Queda claro, por lo tanto, que en la relación del personal sanitario en formación de especialidad mediante residencia se entrecruzan, tal y como sucede en los contratos de trabajo formativos, y particularmente en el caso del contrato en prácticas (se ha visto con frecuencia en la residencia del personal sanitario una hipótesis específica del contrato de trabajo en prácticas), una causa formativa (la formación de especialidad del aprendiz-trabajador) y una causa cambiaria (la prestación por el mismo de servicios sanitarios en

el centro acreditado a cambio de una retribución salarial). La presencia simultánea de esas dos causas se resuelve en la necesidad de dar aplicación integrada a los estatutos jurídicos —formativo y laboral— que demanda la doble condición —de aprendiz y de trabajador— del residente especialista.

A reserva de lo que disponga el futuro reglamento en la materia, es claro, en efecto, que la Ley 44/2003, de 21 de noviembre (junto con el bloque normativo aplicable en la materia¹⁶), incorpora tanto reglas de dimensión formativa como reglas de dimensión laboral. Son reglas del primer tipo, por ejemplo, la de exigencia de una duración mínima (2 años) del periodo de residencia (art. 19.2), la de que existan programas formativos específicos y detallados de las especialidades (art. 21), la de que haya acreditación de los centros y unidades docentes en los que puede llevarse a cabo la residencia (art. 26), la de que se habiliten «comisiones de docencia», organismos específicamente diseñados para tutelar el desenvolvimiento formativo de la residencia (art. 27), la de que la asunción de las actividades y la responsabilidad propias del ejercicio autónomo de la actividad tenga lugar «de forma progresiva» (art. 20.3d), o las reglas relativas a la necesidad de proceder a las evaluaciones del aprovechamiento formativo del residente (art. 20.3e). De claro sentido laboral son, por ejemplo, reglas como las de sometimiento a las instrucciones dictadas por la dirección del centro de que se trate (que deberán tener el beneplácito de las comisiones de docencia) y total incardinación «en el funcionamiento ordinario, continuado y de urgencias del centro sanitario (art. 20.3c) o, por supuesto, las relativas a las condiciones de trabajo y empleo de los residentes (duración del contrato, jornada, descansos, suspensiones, etc), cuyo detalle remite la Ley 44/2003 a la regulación que en su momento establezca el Gobierno por reglamento¹⁷.

¹⁶ Integrado principalmente por la Ley 24/1982, de 16 de junio, sobre prácticas y enseñanzas sanitarias especializadas (que es mantenida vigente por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias —degradada a rango reglamentario—, hasta que entre en vigor el reglamento de desarrollo al que remite la ley de referencia en su Disposición derogatoria única 2), así como los RRDD 127/1984, de 16 de junio (regulador de las condiciones de obtención del título de médico especializado), 931/1995, de 9 de junio (sobre formación especializada en medicina familiar), 904/2001, de 27 de julio (sobre acceso a plazas de formación médica) y 139/2003, de 7 de febrero (que actualiza la formación médica especializada); *vid.* esa reseña normativa en A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2003, pág. 513.

¹⁷ Hasta que eso suceda continuará siendo de aplicación lo dispuesto en la Ley 24/1982, de 16 de junio, sobre prácticas y enseñanzas sanitarias especializadas, pues conviene tener presente que la derogación (más precisamente se trata de una deslegalización) que ha hecho de esa norma la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias «tendrá efectividad cuando entre en vigor el Real Decreto sobre la relación laboral especial de residencia que se prevé en la Disposición adicional primera de esta ley».



Es muy importante poner de manifiesto que, en la medida en la que el juego simultáneo de esos dos tipos de reglas no comporta sólo una mera operación de aplicación agregativa, sino de carácter integrador, produciéndose interacción entre ellas, suele acontecer que el juego de unas repercute sobre las otras, condicionando su contenido. La dimensión formativa de la relación de residencia, por lo pronto, afecta a la dimensión laboral de la misma. Muestra de ello es, por ejemplo, la matización que experimenta el poder directivo del empresario (el centro acreditado) respecto del residente, tanto en virtud de la necesidad de dar cumplimiento al programa formativo como de la intervención tuteladora de las «comisiones de docencia» en la toma de decisiones de mando; la mínima duración y el carácter necesariamente temporal de la relación laboral especial de residencia; o también la posibilidad de que el vínculo de trabajo sea objeto de resolución «cuando no se superen las evaluaciones establecidas» (art. 20.3 y Disposición adicional 1 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre). Tanto es así que, de hecho, el legislador ha optado por atribuir a esa relación laboral el estatuto de relación de trabajo especial. Por otra parte, debe decirse que, inversamente, la vertiente laboral de la relación de residencia también repercute sobre el contenido formativo de la misma. Las reglas de jornada y descanso, por ejemplo, determinarán el alcance máximo hasta el que puede exigirse la entrega del residente a su formación mediante trabajo¹⁸.

6. EL TRABAJO Y LA FORMACIÓN EN EL CASO ESPECÍFICO DE LAS BECAS

Hemos visto hasta aquí que el trabajo y la formación, constituyendo realidades netamente diferenciadas, presentan innegables nexos funcionales, derivados principalmente de la evidencia de que el desempeño de acti-

¹⁸ En este punto conviene señalar que la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, incorpora un regla específica —de aplicación paulatina de la jornada de trabajo al personal en formación mediante residencia— en su disposición transitoria 1 cuando dice que «la limitación del tiempo de trabajo establecida en el artículo 48.2 de esta ley (relativo a la «jornada complementaria» en los casos de prestación de servicios sanitarios de atención continuada, que es de 48 horas por semana en cómputo semestral) se aplicará al personal sanitario en formación como especialistas mediante residencia, tanto de los centros públicos como de los privados acreditados para la docencia, de acuerdo con las siguientes normas: a) 58 horas semanales de promedio en cómputo anual, entre el 1 de agosto de 2004 y el 31 de julio de 2007; b) 56 horas semanales de promedio en cómputo semestral, entre el 1 de agosto de 2007 y el 31 de julio de 2008; c) a partir del 1 de agosto de 2008 será aplicable a este personal la limitación general de las 48 horas semanales». (Disposición transitoria 1 de la Ley 55/2003).

vidad productiva, es decir, trabajar, constituye un importante dispositivo de aprendizaje. También hemos señalado que el ordenamiento jurídico se ha hecho cargo de las citadas conexiones entre el trabajo y la formación, sea reconociendo derechos formativos a los trabajadores (*vgr.*, permisos para exámenes, formación continua, etc.), sea considerando el desempeño de actividad profesional como instrumento de aprendizaje dentro de ciertos planes y programas de estudio (*vgr.*, prácticas en centros de trabajo como parte integrante de estudios reglados, etc), sea estatuyendo institutos jurídicos complejos en los que se busca una combinación racional entre la formación y el trabajo (*vgr.*, contratos formativos, etc). Normalmente, ello no suscita grandes ni graves inconvenientes desde el punto de vista de la aplicación de las normas. A lo sumo, llegado el caso, como cuando se integra formación y trabajo en una misma relación jurídica, como sucede en los contratos en prácticas y para la formación, o en la relación del personal residente en formación de especialidad en centros sanitarios acreditados, el mayor problema de aplicación jurídica puede derivar de la necesidad de integrar reglas —laborales y formativas— de distinta naturaleza, procedentes de bloques institucionales diversos.

Vamos a comprobar a continuación que la situación se complica un poco cuando la formación y el trabajo entran en conexión en el marco de las llamadas becas. A tal efecto, comenzaremos ocupándonos antes de nada de precisar qué es lo que se entiende por tales. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en una definición comunmente admitida, que coincide además en esencia con lo que desde un punto de vista jurídico se entiende por beca, y que en consecuencia asumimos también nosotros en este trabajo, conceptúa la beca como «el estipendio o pensión temporal que se concede a alguien para que continúe o complete sus estudios». Es la beca, por lo tanto, un valor económico, normalmente una suma de dinero, pagadera en muy distintas maneras, que un sujeto (becante) asigna y entrega a otro (becario) con el fin de hacer posible o facilitar a este último el desarrollo y cumplimiento satisfactorio de un proceso o ciclo de formación. La temporalidad de la beca, a la que alude también la lacónica pero precisa definición del diccionario, conecta con el carácter necesariamente no indefinido que en principio presentan los procesos de aprendizaje.

Debe señalarse que la beca tiene *causa donandi*. Se trata de un negocio jurídico gratuito en el que el desembolso económico que hace el becante es imputable exclusiva o principalmente a razón de benevolencia. A diferencia de lo que sucede en los contratos de servicios profesionales (que son contratos de cambio), no sólo no hay «ánimo de lucro» en el becante (recuérdese que el *animus lucrificandi* tampoco tiene por qué existir, por ejemplo, en el empresario del contrato de trabajo, por lo que no es un criterio de distinción suficiente para diferenciar beca y relación laboral), sino tampoco «sen-

tido de lucro» (no se busca el ahorro en costes)¹⁹. El becante asume un gasto que no tiene por qué reportarle ningún tipo de beneficio individualizado, directo e inmediato. Efectúa el desembolso con la finalidad principal de facilitar la formación del becario, y así en beneficio del interés general, sin que ello esté reñido, por supuesto, con el mantenimiento de una expectativa, completamente aleatoria, de aprovechamiento en el futuro de la formación de la persona que ha obtenido sus conocimientos con base en la beca en su día sufragada²⁰. Es evidente, pues, que las becas no son mecanismos espontáneamente segregados por los agentes naturales del sistema capitalista (que operan con móviles de máximo beneficio y mínimo coste, individualizadamente y a corto plazo), por lo que no es de extrañar que suelen aparecer pagadas por los poderes públicos, o por entidades sin ánimo de lucro. Puede así decirse que las becas constituyen una especie de donación *sub modo*, en la que el beneficio económico dispensado se condiciona a una conducta positiva de aprovechamiento formativo por el donatario. Bien entendido que ello no está reñido, no ya con la expectativa del becante de beneficiarse en el futuro del desembolso efectuado, como hemos dicho, sino tampoco con la posibilidad de que el mismo pueda apropiarse de las utilidades productivas de la actividad profesional llevada a cabo por el becario —cuando la formación se haya desempeñado con traba-

¹⁹ Sobre la diferenciación entre el «ánimo de lucro» y el «sentido de lucro», *vid.* STS de 13 de junio de 1988 (Ar. 5270).

²⁰ Nótese que incluso cuando la beca es dotada por una empresa privada con objeto de dar una formación exclusiva o especializada demandada por el ciclo productivo de la misma con vistas a cubrir las lagunas o huecos formativos que deja el sistema oficial de formación, tanto reglada como ocupacional, sigue sin haber ningún tipo de derecho de la empresa conecado o derivado de la inversión formativa efectuada, pues no debe pasarse por alto que la contratación como trabajadores de la empresa de quienes han sido previamente becarios en ella no puede hacerse sin el consentimiento de éstos; sobre las becas de empresas privadas como instrumentos específicos de formación e inserción dotados en respuesta a la insuficiencia de los circuitos «oficiales» de la formación profesional, *vid.* J.L. GOÑI SEIN, «La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas», *loc. cit.*, pág. 415; precisamente porque en casos como ese el interés lucrativo de la empresa comienza a tener demasiada entidad, enturbiando la nota de benevolencia característica de las becas, la doctrina entiende que debe operarse con mucha cautela, ya que podríamos estar más bien ante el caso de una «situación especial» del contrato de trabajo —en particular una especie de dispositivo de reclutamiento, prueba o inserción de trabajadores—, cuando no de una relación laboral camuflada o encubierta; en ese sentido, *vid.* A. MARTÍN VALVERDE, «Beca de estudios técnico-prácticos con opción al ingreso en una entidad bancaria», *loc. cit.*, págs. 262 y 263; de hecho, debe tenerse muy presente que el tipo de becas de empresa a las que se viene haciendo referencia tienen sin duda hoy muy menguado su campo operativo, y ello como consecuencia de la laboralización de ese espacio formativo a través de los contratos de trabajo en prácticas y para formación; *vid.* J.L. GOÑI SEIN, «La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas», *ibidem*, pág. 420.

jo²¹—. Claro que en ese tipo de casos, es decir, cuando haya habido aprovechamiento por el becante, el beneficio obtenido por éste deberá ser necesariamente inferior al obtenido por el becario en su formación²².

A los efectos que aquí interesa —relacionar el trabajo con la formación y analizar algunos de los problemas de aplicación de normas o bloques normativos que ello suscita— debemos partir de la diferenciación básica entre dos tipos de becas: aquéllas en las que el desarrollo de la actividad formativa no comporta el desempeño de trabajo y aquellas otras en las que sí se lleva a cabo actividad profesional como parte del ciclo formativo. Téngase presente, en efecto, que las becas no tienen que comportar necesariamente la realización de trabajo o actividad profesional por parte del becario (no constituyen una hipótesis de necesaria conexión entre formación y trabajo), exactamente de la misma manera que tampoco resulta imposible que el trabajo se lleve a cabo en el seno de las mismas. No debe olvidarse —según ya hemos reseñado— que el desempeño de actividad profesional constituye un instrumento de primer orden en lo que respecta a la formación de los individuos, por lo que nada impediría que una de las condiciones de la beca fuera el desempeño de actividades auténticamente profesionales (de hecho, tal es lo que suele suceder en la práctica)²³.

Cuando las becas no comportan realización de trabajo, está claro que por hallarnos ante un exclusivo caso de formación, sin presencia de trabajo alguno, ningún problema especial suscita la aplicación de las normas: simplemente, se aplicará el bloque de las normas que regulan la formación a través de las becas. Más concretamente, como sólo hay formación sin tra-

²¹ Nada impide en efecto que la entidad becante pueda obtener cierto beneficio de la concesión de la beca, particularmente en forma de aprovechamiento de las utilidades económicas generadas por el trabajo prestado por el becario en concepto de formación (*vid.* SSTs de 13 de junio de 1988, Ar. 5270, y de 13 de abril de 1989, Ar. 2967); de hecho, es seguramente esa la razón que explica por qué las empresas privadas, preocupadas sólo de su propio lucro, también dispensan ese tipo de ayudas; *vid.* J.L. GOÑI SEIN, «Las becas y el encubrimiento de contratos laborales», *Revista Española de Derecho del trabajo*, 14 (1983), págs. 293 y siguientes.

²² *Vid.* F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, «Contrato de trabajo: periodo de prácticas como becario en una empresa», *Revista de Política Social*, 96 (1972), págs. 300 y 301; en ese sentido, J.M. de SOTO RIOJA, «Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario ó relación laboral encubierta? STSJ de Castilla-La Mancha, de 19 de octubre de 1999 (As. 3724/1999)», *Temas Laborales*, 54 (2000), pág. 229, manifiesta que para que pueda hablarse de beca «es necesario que su finalidad real y efectiva (...) si no de forma exclusiva, sí con cierta entidad y prevalencia (...) sea la del perfeccionamiento profesional del becario»; el Tribunal Supremo ha puesto de relieve también que «el rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y formación del becario, y no la de incorporar los resultados o frutos del trabajo o estudio realizado al patrimonio de persona que la otorga»; *vid.* SSTs de 26 de junio de 1995 (Ar. 5365) y de 7 de julio de 1998 (Ar. 6161).

²³ *Vid.* SSTs de 20 de octubre de 1980 (Ar. 4020), de 13 de junio de 1988 (Ar. 5270), y de 26 de junio de 1995 (Ar. 5365).

bajo, no se originará la cuestión de decidir si debe aplicarse la normativa que regula la relación formativa o la que regula la relación de trabajo²⁴. Ejemplo característico —mas no único posible, desde luego— de este tipo de becas son las ayudas económicas de carácter educativo. Se trata de estipendios de escasa cuantía destinados a sufragar los gastos escolares que buscan facilitar la dedicación al estudio de los jóvenes más desfavorecidos económicamente (este tipo de ayudas suele aparecer conectado al no rebasamiento de ciertos niveles de renta por la familia del estudiante) en los estadios más tempranos de la formación, es decir, a edades en las que en la mayoría de los casos ni siquiera se ha cumplido la edad laboral, por lo que resulta obvia la incompatibilidad de las mismas con el trabajo. En cualquier caso, debe señalarse que los problemas que tienen que ver con la presencia de trabajo en las becas ni siquiera quedan conjurados en las becas exclusivamente formativas, pues, aunque la distinción entre actividad formativa y actividad productiva es muy clara en la mayoría de los casos, hay supuestos en los que es más difícil de mantener. Adviértase, en efecto, que puede haber —y hay de hecho— trabajos cuyo objeto consiste —precisamente— en formarse (sin ir más lejos el trabajo universitario). ¿Cómo distinguimos aquí la beca del contrato profesional?; ¿en virtud de qué criterio decidimos si se aplica el estatuto jurídico de los becarios o el estatuto jurídico establecido para las relaciones profesionales?²⁵.

²⁴ Sobre las becas que no implican la realización de trabajo (becas «puramente formativas» y «sin práctica profesional») y los criterios de su identificación como tales, *vid.* S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?», *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios homenaje al prof. J. Cabrera Bazán* (Ed. J. Cruz Villalón), Madrid, 1999, págs. 124 a 126.

²⁵ De hecho, hay quien ha sostenido que, a la altura del siglo XXI, la figura del becario de investigación podría ser un modelo superado, no sólo porque en el trabajo de estudio, investigación y docencia la actividad productiva del trabajador ya formado consiste en gran medida en aprendizaje, sino también porque, en ese mismo ámbito de actividad, las tareas formativas de los becarios son tareas productivas: «posiblemente a la altura del siglo XXI el modelo ya está superado y no podemos seguir llamando becario a quien en estos tiempos está realizando trabajos de estudio, investigación y docencia (de gran apoyo) de gran nivel, pues no sólo se está formando (ojo, siempre nos estamos formando, o creces o mueres, como dice el CSIC) quien está haciendo los cursos de doctorado, o redactando el DEA, o la misma Tesis Doctoral», sino que «esta persona está aportando sus primeras investigaciones serias a toda la comunidad científica»; *vid.* J.I. GARCÍA NINET, «Sobre el presunto Estatuto del becario de investigación», *Tribuna Social*, 155 (2003), pág. 6; de hecho, muchos países europeos han preferido el molde del contrato profesional, descartando la beca, para la regular de las actividades de referencia; *vid.* J. MORENO GENÉ, «El Estatuto del becario de investigación: la inclusión de los becarios de investigación en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, 250 (2004), pág. 6; con todo, aun siendo cierto que la línea de frontera entre el trabajo y la formación se vuelve más difusa en el ámbito específico de la actividad investiga-

Debe decirse que los problemas de aplicación de normas —opción por las normas de la beca *vs.* las normas reguladoras de las relaciones profesionales— se originan principalmente cuando, en supuestos en que no cabe establecer ningún tipo de identificación entre actividad formativa y actividad productiva, como será lo normal, la beca comporta la necesidad de que el becario realice actividad profesional como parte integrante de su formación (algo que, como ya hemos dicho, sucede en la mayor parte de los casos). El problema se plantea porque en ese tipo de casos no es posible la aplicación integrada de los estatutos de becario y de trabajador, por resultar los mismos incompatibles (solo cabe una solución en régimen de alternatividad: o se es becario o trabajador: *tertium non datur*), lo que hace forzoso decantarse por una de las dos alternativas posibles²⁶. Nótese que se trata además de un problema de enorme trascendencia, en la medida en la que el ordenamiento depara reglas muy distintas en uno y otro caso. De hecho, no es raro el encubrimiento de relaciones profesionales, sobre todo cuando tienen el carácter de contratos de trabajo (por ser éstos los que representan una carga más gravosa para el empresario), a través de falsas becas, lo que hace al tema extremadamente problemático y litigioso²⁷.

dora (no sólo en ese caso, pues en general existe una relación de proporcionalidad directa entre la dificultad de disociar el trabajo y la formación y el grado de complejidad de una tarea o actividad determinada: a mayor complejidad de la tarea mayor dificultad para separar lo que es trabajo de lo que es formación, y viceversa), no puede pasarse por alto que las «becas de investigación» no son un fenómeno nuevo, como tampoco que las mismas gozan de una amplia tradición y una justificada reputación en nuestro sistema; por ello, quizá no haya razón para suprimir de un plumazo y de manera simplista una institución que ha permitido la obtención de resultados formativos que no son discutibles; más que de suprimir las becas en el ámbito de la investigación, por lo tanto, se trataría de perfilar mejor su diferenciación con los contratos de trabajo; la jurisprudencia viene reconociendo de hecho que en el ámbito universitario la beca y el contrato de trabajo son institutos perfectamente distinguibles; en efecto, el TS ha dicho que entre los servicios de investigación y docencia de un becario universitario y los servicios de investigación y docencia de un profesor universitario media una diferencia esencial de calidad que justifica plenamente el diferente tratamiento jurídico dispensado actualmente por el ordenamiento; *vid.* STS de 11 de diciembre de 2001 (Ar. 2002/10568).

²⁶ Algún sector de la doctrina se ha mostrado disconforme con esa separación tajante y en bloques entre el régimen de las becas y el régimen de los contratos de trabajo, abogando por la «conveniencia de establecer un estatuto jurídico específico de estas relaciones, claramente fronterizas, en el que las dosis respectivas de laboralización y formación se tengan simultáneamente en cuenta», es decir, por una regulación híbrida, de transición o progresiva (medio formativa, medio laboral), a propósito de las becas con presencia de trabajo formativo; *vid.* GONZÁLEZ ORTEGA, «Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?», *loc. cit.*, págs. 134 y 135.

²⁷ *Vid.* J.L. GOÑI SEIN, «Las becas y el encubrimiento de contratos laborales», *loc. cit.*, pág. 293; S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?», *loc. cit.*, págs. 123 y 124.



7. BECA CON TRABAJO VS. CONTRATO DE TRABAJO: CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN

¿En virtud de qué criterio podemos decidir en ese tipo de casos —becas con trabajo formativo— la autenticidad de una beca? Sin ninguna duda, a partir de la naturaleza y la función económico-social (es decir, la causa) de la beca. En la medida en la que es ésta un negocio jurídico cuyo objeto es la realización de un desembolso económico con el fin de favorecer y mejorar la formación de su destinatario, y en la que el desempeño de actividad profesional, de existir, debe ser necesariamente marginal, claro instrumento de la formación, queda claro que no podrá hablarse de becas cuando las «utilidades patrimoniales» derivadas del trabajo del becario que beneficien al becante deslumbren o eclipsen (valen las dos expresiones) las «utilidades formativas» derivadas del trabajo de las que se aproveche el becario. Cuando la beca comporte la realización de trabajo, para saber si realmente estamos ante una beca o un contrato de trabajo, se tratará simplemente de ponderar de manera relacionada los beneficios patrimoniales obtenidos por el becante y los beneficios formativos obtenidos por el becario a partir de la realización del trabajo que tiene lugar en el marco de la formación. En algunos casos, cuando el balance de esa ponderación sea claramente desequilibrado, la solución no resultará difícil de establecer. No sucederá lo mismo, obviamente, cuando el saldo resultante de la comparación entre las utilidades patrimoniales obtenidas por el empresario y las utilidades formativas obtenidas por el becario resulte más equilibrado o neutro²⁸.

La cuestión, obviamente, radica, no en decir qué es lo que tiene que hacerse, sino en determinar cómo llevar a cabo la ponderación indicada. A tal efecto, lo primero que debe señalarse es que ha de operarse conforme a criterios de realidad. Considerando que la realización de trabajo en el marco de becas suele buscar en muchos casos la disimulación de contratos de trabajo, y que el ordenamiento laboral parte de la base de que la calificación explícitamente dada por los contratantes a la relación que los une no es suficiente para determinar el régimen jurídico aplicable a la misma, es evidente que para determinar si la beca es real o aparente habrá que estar a elementos o datos objetivos, y no a elementos de tipo formal. Dicho esto, creemos que cabe diferenciar dos tipos distintos de elementos o factores ob-

²⁸ El criterio de ponderar o sopesar la dimensión —formativa o productiva— que prevalece («teoría del interés predominante») es, desde luego, el que más se ha venido utilizando en los últimos tiempos, tanto doctrinalmente como en la práctica de los tribunales; *vid.* J.L. GOÑI SEIN, «Las becas y el encubrimiento contratos laborales», *loc. cit.*, pág. 229; J.M. de SOTO RIOJA, «Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario ó relación laboral encubierta?...», *loc. cit.*, págs. 229 y 230; S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?», *loc. cit.*, pág. 129.

jetivos a efectos de llevar a cabo la ponderación de que venimos hablando. Por un lado estarían los factores «determinantes», que conducen, con cierta claridad y de entrada, a una de las soluciones en pugna, cerrando «en firme» el problema. Por otro lado, estarían los factores «indicativos» (indicios), que simplemente apuntarían una solución posible. En este caso será necesario considerar de manera conjunta todos los factores concurrentes, haciendo las combinaciones oportunas y mirando hacia donde apuntan las mismas, bien entendido que en caso de «empate» —lo que podría suceder— el problema no podría solucionarse por esta vía, siendo preciso acudir a ciertos criterios de cierre que establece o cabe deducir del sistema.

Vamos a pasar a continuación a reseñar cuáles son los factores —tanto determinantes como indicativos— que pueden servir —y que sirven de hecho a los tribunales en la práctica— para decidir si las becas en cuyo marco se presta trabajo constituyen auténticas becas o son encubrimiento de contratos de trabajo. Obvio es decir que en modo alguno se trata de una reseña completa o exhaustiva, sino simplemente indicativa o «sintomática», toda vez que, como es sabido, el casuismo es abrumador y desbordante en esta materia. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que quizá ni siquiera valga la pena un esfuerzo de rastreo profundo y riguroso de todos los elementos o circunstancias que los tribunales tienen en cuenta para decantarse por la opción de la beca o la del contrato de trabajo, pues no debe olvidarse que nos encontramos ante un problema que, al fin y a la postre, tendrá que ser resuelto atendiendo a los detalles, matices y sutilezas del caso concreto. Señalemos, en fin, que la perspectiva que vamos a utilizar para hacer indicación de los elementos o circunstancias de referencia es negativa: nos referiremos a continuación a qué factores o circunstancias determinan o indican, según el caso, la «inexistencia» de una auténtica beca (o lo que es lo mismo, la existencia de una relación de servicios profesionales, particularmente de una relación de trabajo).

Comencemos haciendo referencia a los factores que «determinan» la falta de autenticidad de la beca. Un primer conjunto de esos factores deriva, sin duda, del tipo de actividad respecto de la que se declara operativa la beca. En ese sentido, debe decirse que no existe beca cuando la misma se desarrolla en relación actividades que por su simpleza o elementalidad no precisan ningún tipo de formación especial. Las becas sólo tienen sentido en relación a sectores o ámbitos en los que la actividad cuya realización se demanda presenta un nivel mínimo de complejidad, de modo que su materialización requiere de un aprendizaje previo de cierta entidad por parte de los sujetos a quienes corresponde desarrollarla (los trabajadores).

Un segundo conjunto de factores determinantes de la inexistencia de beca tienen que ver, ya no con el ámbito o sector de actividad (plano abstracto) en el que se declara operativa la beca, sino con la naturaleza específica (plano concreto) de las tareas o trabajos que se encomiendan a los be-

carios. En este sentido, se considera determinante de la falsedad de la beca la asignación al becario, en concepto de trabajo formativo, de tareas estériles a efectos de su formación²⁹ (sean trabajos absolutamente simples³⁰, sean trabajos simples en relación a la formación que se pretende dar al becario³¹), trabajos distintos de los definidos como trabajo formativo en el marco de la beca de que se trate³², trabajos con asunción de responsabilidades excesivas o cuya realización presupone la plena formación de quien los realiza³³, etc. En general, no puede entenderse que la beca sea auténtica cuando el trabajo productivo asignado al becario resulta desproporcionadamente intenso y absorbente visto en relación a los objetivos de formación a los que la beca se ordena³⁴.

Otros factores determinantes de la inexistencia de beca aparecen relacionados con la cualificación profesional previa que presenta el becario. En ese sentido, se declara que no es auténtica aquella beca que comporta la realización de trabajo formativo por quien ya estaba perfectamente formado con anterioridad para la actividad correspondiente³⁵. Ello sucede, por ejemplo, cuando el becario disfruta de un título o una certificación de profesionalidad que acredita su aptitud específica para la tarea de la que se trate. La misma idea —carece de sentido pretender dar formación con trabajo a quien ya se encuentra previamente formado— es lo que explica que no se consideren tampoco becas lícitas aquellas ayudas en las que se atribuyen al becario en concepto de trabajo formativo tareas en las que ya hubiera trabajado en el marco de una actividad profesional previa.

²⁹ Vid. B. VILLALBA SALVADOR, «Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales», *Actualidad Laboral*, 11 (1998), pág. 201.

³⁰ Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?», *loc. cit.*, pág. 130.

³¹ Por ejemplo, sintetizar y transcribir, con las correspondiente anotaciones, actas de órganos públicos que por su antigüedad en ocasiones resultaban difíciles de leer, siendo los becarios Licenciados en Historia y estudiantes de doctorado en esa materia; vid. A. SELMA PEÑALVA, «Los becarios aparentes», *Aranzadi Social*, 14 (2003), pág. 57.

³² Por ejemplo, búsqueda, traslado, ordenación material, conservación y limpieza de materiales bibliográficos por quienes habían sido becados por un organismo público para llevar a cabo tareas de investigación del patrimonio histórico de determinada Comunidad Autónoma; vid. J.M. de SOTO RIOJA, «Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario ó relación laboral...?», *loc. cit.*, pág. 228.

³³ Vid. STS de 13 de abril de 1989 (Ar. 2967); S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?», *loc. cit.*, pág. 127.

³⁴ Es decir, cuando «la actividad desempeñada por el becario se aparta del fin esencial del régimen de las becas»; vid. J.L. GOÑI SEIN, «Las becas y el encubrimiento de contratos...», *loc. cit.*, pág. 298; o cuando la «labor formativa» quede «desvirtuada» por la realización de «actividades ajenas a la formación para la que se concedieron las becas»; vid. J.M. de SOTO RIOJA, «Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario...?», *loc. cit.*, pág. 228.

³⁵ Vid. A. SELMA PEÑALVA, «Los becarios aparentes», *loc. cit.*, pág. 57.

Los factores excluyentes de la autenticidad de las becas aparecen también relacionados con la circunstancia de que la beca aparezca o no acompañada de dispositivos de control del proceso formativo y de mecanismos de verificación de los resultados (éxitos o fracasos) del mismo. Con arreglo a ello, se entiende que no hay realmente beca, por ejemplo, cuando no existe un programa formativo minimamente detallado establecido por anticipado³⁶. Tampoco cuando no se han dotado mecanismos de seguimiento de la formación (dispositivos tutoriales) ni de verificación de los progresos formativos del becario (evaluaciones)³⁷. En general, se afirma también que la falta de medios, infraestructura técnica, etc, en definitiva, de posibilidades reales para llevar a término la formación del becario, excluye la beca³⁸.

La duración y prórroga de la beca es otro de los factores que pueden ser decisivos para determinar si la misma existe o no existe realmente. Es incompatible con la beca tanto una duración demasiado corta, en la que no resulta posible alcanzar un resultado formativo minimamente adecuado, como una duración desproporcionada o excesivamente larga, en la que el trabajo que se desempeñe no podrá ser imputable a un objetivo formativo. De la misma manera, las prórrogas y renovaciones sucesivas y automáticas de las becas, particularmente cuando operen sin consideración a los logros formativos del becario³⁹, pueden implicar la no autenticidad de la beca⁴⁰.

En fin, excluye asimismo la posibilidad de afirmar la existencia de una beca el hecho —por supuesto, también la condición jurídica— de que la realización del «trabajo formativo» que la misma comporta resulte incompatible e imposibilite los estudios que viniera cursando el becario⁴¹. Por otra parte, si bien es cierto que la beca puede implicar la sujeción del becario al mando y disciplina del centro en el que el mismo se aplica, es importante tener presente que ello no justifica una dependencia laboral. La única subordinación que es compatible con la beca es tutorial y formativa. Por tanto, en un caso en el que la dependencia del becario tras-

³⁶ Vid. J. MORENO GENÉ, A. PARDELL VEÀ y A.M. ROMERO BURILLO, «Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado», *Revista de Derecho Social*, 9 (2000), pág. 193.

³⁷ Vid. A. SELMA PEÑALVA, «Los becarios aparentes», *loc. cit.*, pág. 57.

³⁸ Vid. J. MORENO GENÉ, A. PARDELL VEÀ y A.M. ROMERO BURILLO, «Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral...», *loc. cit.*, pág. 194.

³⁹ Vid. J.L. GOÑI SEIN, «Las becas y el encubrimiento de contratos...», *loc. cit.*, pág. 298.

⁴⁰ Se estima que no es compatible con la idea de beca el que unos becarios hayan sido beneficiarios de 11 becas formativas en un periodo de 5 años, «pues disfrutadas tantas convocatorias y en tan extenso periodo de tiempo es más que patente que los becarios tienen formación suficiente para desempeñar las funciones como verdaderos trabajadores»; vid. J.M. de SOTO RIOJA, «Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario ó relación laboral encubierta?», *loc. cit.*, pág. 230.

⁴¹ Vid. J.L. GOÑI SEIN, «Las becas y el encubrimiento de contratos...», *loc. cit.*, pág. 298.

condiera la dimensión académica y alcanzara la dimensión laboral la beca con trabajo formativo dejaría de ser tal pasando a convertirse en un contrato de trabajo⁴².

Por lo que respecta a los factores meramente «indicativos» —no determinantes—, es decir, a los indicios, de la falta de autenticidad de las becas, son ciertamente muchísimos. Veamos algunos de ellos. Opera como indicio de falta de autenticidad de la beca, por lo pronto, la existencia de ánimo lucrativo en el sujeto que establece y dota la beca. Indudablemente, sabiendo cuáles son los móviles que explican la actuación de las empresas privadas en una economía de mercado, es evidente que el hecho de que la entidad becante presente carácter de empresa ha de comportar mayores suspicacias en ese caso que cuando los sujetos que asumen la condición de becantes sean los poderes públicos o las entidades sin ánimo de lucro⁴³. Adviértase, con todo, que se trata de un mero indicio, siendo perfectamente posible que, del mismo modo que una beca dotada por una empresa privada puede constituir una genuina y auténtica beca, una beca establecida por una Administración pública pueda encubrir una relación de trabajo⁴⁴.

Es igualmente indicio de falta de autenticidad de las becas la inexistencia de circunstancias objetivas que puedan explicar o dar razón de por qué el becante —particularmente cuando éste es una entidad privada con ánimo de lucro (una empresa)— establece y dota la beca («descausalización» de la liberalidad). Indica lo mismo la falta de fractura entre el sujeto que financia o paga la beca y el sujeto que recibe y controla efectivamente los servicios del trabajador y su formación, es decir, la identificación del becante y del centro de aplicación del becario⁴⁵. También la existencia de elemen-

⁴² Sobre la diferenciación entre «dependencia académica» y «dependencia laboral» —particularmente sutil en becas con trabajo formativo— *vid.* A. SELMA PEÑALVA, «Los becarios aparentes», *loc. cit.*, pág. 58; la actual noción, flexibilizada o espiritualizada, de la dependencia puede hacer difícil apreciar la diferencia entre la dependencia laboral y la dependencia académica en algunos casos; *vid.* F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, «Contrato de trabajo: período de prácticas como becario en una empresa», *loc. cit.*, pág. 300.

⁴³ *Vid.* S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?», *loc. cit.*, pág. 129.

⁴⁴ Por desgracia, dista en efecto de ser extraña la utilización fraudulenta de las becas por las Administraciones como dispositivo de encubrimiento de auténticos contratos de trabajo; para un ejemplo de esas prácticas en el ámbito universitario, *vid.* J. MORENO GENÉ, A. PARDELL VEÀ y A.M. ROMERO BURILLO, «Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado», *loc. cit.*, pág. 189; también A. SELMA PEÑALVA, «Los becarios aparentes», *loc. cit.*, págs. 54 y siguientes.

⁴⁵ Con todo, debe señalarse que en ocasiones la escisión subjetiva entre quien financia la beca y quien opera como centro de aplicación del becario aparece deliberadamente dispuesta como dispositivo de enmascaramiento del contrato de trabajo realmente subyacente; *vid.* A. SELMA PEÑALVA, «Los becarios aparentes», *loc. cit.*, pág. 60.

tos «contaminantes» que puedan hacer sospechar que la intención del becante no es la formación del becario sino la instrumentación de la beca como mecanismo de selección de personal, prueba de trabajadores, etc (becas «remuneratorias» o «prelaborales»⁴⁶). Es asimismo indicador de la inexistencia de beca el hecho de que la entidad becante esté experimentando circunstancias (aumento de pedidos, excesivo número de bajas o absentismo laboral, etc) en las que lo normal en términos objetivos sería la contratación de trabajadores asalariados de carácter temporal⁴⁷.

Lo mismo puede decirse de la asignación al becario de trabajos habituales, normales, típicos y permanentes en la entidad becante, desempeñados de ordinario por quienes son auténticos trabajadores⁴⁸, particularmente cuando se trate de trabajos esenciales, necesarios e imprescindibles para el normal funcionamiento de quien concede la beca⁴⁹. También la asignación al becario en exclusiva de un puesto de trabajo, sin darle oportunidad de movimiento por las distintas partes del tejido productivo de la misma, impidiendo así la optimización del efecto formativo de su aplicación a la realización de actividades variadas. Es también indicio de no autenticidad de la beca la integración del becario en el aparato productivo del centro de aplicación con total normalidad, sin padecimiento por este centro de cierta penalidad, carga o estorbo⁵⁰. Y lo mismo cabe decir, por ejemplo, de la continuidad de las tareas del becario, una vez terminada la beca, por un trabajador ordinario⁵¹, o incluso por otro becario que lo sustituye⁵².

Otros indicios de falta de autenticidad de la beca son, para finalizar, la atribución de prioridad a los resultados productivos sobre los formativos, es decir, la mayor importancia de las utilidades patrimoniales generadas por el becario en beneficio de la entidad becante que las utilidades formativas derivadas para el mismo del desempeño del trabajo o la actividad profesio-

⁴⁶ Vid. STS de 28 de julio de 1995 (Ar. 6349).

⁴⁷ Sucede así, por ejemplo, cuando a través de la beca se cubren las ausencias producidas por las vacaciones de un trabajador; vid. B. VILLALBA SALVADOR, «Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales», *loc. cit.*, pág. 203.

⁴⁸ Vid. A MARTÍN VALVERDE, «Beca de estudios técnico-prácticos con opción al ingreso en una entidad bancaria», *loc. cit.*, pág. 263.

⁴⁹ Se ha considerado indicio de no autenticidad de las becas la asignación a los becarios que lo eran en una Administración pública de tareas reservadas a funcionarios públicos en la relación de puestos de trabajo correspondiente; vid. J.M. de SOTO RIOJA, «Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario ó relación laboral encubierta?», *loc. cit.*, pág. 230.

⁵⁰ Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?», *loc. cit.*, pág. 131.

⁵¹ Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?», *loc. cit.*, pág. 131.

⁵² Vid. J.L. GOÑI SEIN, «Las becas y el encubrimiento de contratos...», *loc. cit.*, pág. 298.



nal; la patrimonialidad o utilidad económica o de mercado de los frutos derivados de la actuación del becario, esto es, la adecuación de los productos y servicios generados por el mismo para su adquisición por los demandantes de esos bienes; el disfrute de retribuciones de cuantía comparable a la que obtienen los trabajadores ordinarios por el desempeño de su actividad; la inexistencia de límites de edad máxima para el disfrute de las becas, etc.

Puede suceder, con todo, que los indicios de referencia —porque sean pocos o débiles, porque el juego de unos quede contrarrestado por el de los otros, etc— no sirvan para decantarse por la autenticidad de la beca, y por tanto para decidir si debe darse aplicación a la normativa reguladora de la beca o a la legislación reguladora de la relación profesional que corresponda, que principalmente será la legislación laboral. Sin embargo, es evidente que el intérprete, particularmente el juez, tendrá necesariamente que resolver si se trata de una u otra cosa. En ese caso la solución del problema puede someterse a la consideración de ciertos criterios objetivos. En caso de que, como sería lo más normal, la relación de beca hubiera sido objeto de formalización por escrito, por ejemplo, podría ser muy útil tomar en consideración la calificación dada voluntariamente por las partes a la misma en el documento correspondiente. Pero pudiera suceder que no hubiera forma, que la voluntad calificatoria no fuera clara o que surgieran sospechas sobre su autenticidad por las razones que fuera, etc. En esos supuestos, aunque es cierto que el instituto ha perdido mucha de la fuerza con la que nació originalmente⁵³, quizá pudiera echarse mano de la presunción de existencia de relación laboral a que se refiere el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁴.

8. ¿CABE EXTRAER CRITERIOS PARA APRECIAR LA AUTENTICIDAD DE LAS BECAS A PARTIR DE LAS BASES Y NORMAS REGULADORAS DE LAS MISMAS?

No existe una regulación general de las becas en nuestro ordenamiento. Antes al contrario, cada beca o tipo de beca es objeto de un tratamiento jurídico que varía según el caso de que se trate. Con todo, puede hablarse de dos grandes ámbitos o conjuntos de becas. Por un lado, está el grupo de las becas privadas, es decir, todas aquéllas que son fruto de la iniciativa pri-

⁵³ Vid. M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Madrid, 1995, págs. 179 y siguientes.

⁵⁴ Vid. F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, «Contrato de trabajo: periodo de prácticas como becario en una empresa», *loc. cit.*, pág. 301.

vada y se financian con dinero privado, como es el caso de las becas de entidades privadas sin ánimo de lucro, pero también de las becas de empresas. La única regulación de estas becas deriva, aparte de las reglas generales que dispone el ordenamiento para los actos de liberalidad y los negocios jurídicos gratuitos, particularmente a propósito de las donaciones *sub modo*, de la voluntad plasmada por el becante en el negocio jurídico de beca. Por otro lado, está el conjunto de las becas públicas, es decir, las que son fruto de la iniciativa pública y se financian con dinero público. Este tipo de becas se originan, a su vez, en espacios muy diversos, siendo por ello objeto de regulación a través de normas muy variadas. En ocasiones el ámbito es la formación profesional ocupacional, siendo objeto de regulación, por ejemplo, en marco del Plan Nacional de Formación e inserción Profesional (RD 631/1993, de 3 de mayo, art. 6), o en el de los programas de empleo y formación en Escuelas taller y Casas de oficios (OM de 14 de noviembre de 2001, arts. 5.2 y 17). Otras veces el ámbito es la formación universitaria superior, como sucede en el caso de las becas que son dadas en el marco de los programas de formación de personal investigador, que han sido objeto de regulación unificada por vez primera —sólo a ciertos efectos— con el RD 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Becario de Investigación⁵⁵.

Importa señalar que ninguna de las regulaciones indicadas, trátase de las dadas a propósito de las becas privadas, trátase de las establecidas para las becas públicas, puede establecer los criterios que deben ser utilizados para determinar la autenticidad de las becas cuando las mismas implican la realización de trabajo formativo. La razón de ello es obvia. Consiste, como se sabe, en que ese tipo de becas podrían encubrir auténticos contratos de trabajo. Y debe tenerse presente a tales efectos que la legislación laboral determina imperativamente que, existente una relación de trabajo, será la normativa laboral la que habrá de ser objeto de aplicación en todo caso. Como la regla de la legislación laboral que prescribe tal cosa —la aplicación imperativa de la normativa laboral existente un contrato de trabajo— disfruta de rango legal, ello produce dos importantes consecuencias. En primer lugar, en el ámbito de las becas privadas, impide que la autonomía privada, particularmente la voluntad de la entidad becante, pueda establecer los criterios de la autenticidad de la beca. En segundo lugar, en el ámbito de las becas públicas, en la medida en la que las normas y bases reguladoras de las mismas sólo alcanzan como mucho rango de reglamento, impide tam-

⁵⁵ Para un comentario extenso de esta norma, *vid.* J. MORENO GENÉ, «El Estatuto del becario de investigación: la inclusión de los becarios de investigación en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena», *loc. cit.*, págs. 3 a 50.



bién que las mismas puedan establecer los criterios de autenticidad de la beca. Es más, incluso en el caso de que las becas con trabajo formativo fueran reguladas por normas con rango de ley, cabría dudar de que éstas fueran libres para establecer los criterios de autenticidad de la beca, pues no debe olvidarse el condicionamiento que podría suponer al efecto la necesidad de respetar valores prevalentes. Por ejemplo, el principio constitucional de igualdad⁵⁶.

9. INCIDENCIA DEL ESTATUTO DEL BECARIO DE INVESTIGACIÓN SOBRE LA CUESTIÓN

Recientemente ha entrado en vigor una norma que, al menos en relación a un ámbito concreto como es la actividad de investigación, regula por vez primera las becas con cierto alcance general (desde luego con más alcance general que ninguna de las normas que se han ocupado con anterioridad de las mismas): se trata, lo hemos señalado ya, del Estatuto del Becario de Investigación, aprobado por RD 1326/2003, de 24 de octubre. Por el carácter general y reciente de la citada norma, pero también por otras razones (*vgr.*, las particulares dificultades que en el ámbito de la investigación puede suscitar la diferenciación entre trabajo y formación), es preciso preguntarse si aparecen en la norma de referencia criterios nuevos para la diferenciación entre las becas y los contratos de trabajo, así como determinar cuál haya de ser el alcance o virtualidad de los mismos. A tal efecto, comenzaremos analizando los dispositivos que el RD 1326/2003, de 24 de octubre, utiliza para definir las becas a las que el mismo resulta de aplicación, y, después de confrontar los resultados de ese análisis con lo que dispone el ordenamiento laboral al definir la relación de trabajo, veremos a qué resultados interpretativos conducen las operaciones efectuadas, y en particular si cabe derivar del RD 1326/2003 algún criterio de diferenciación de las becas frente a los contratos de trabajo distinto a los que deben operar de ordinario (que son aquellos a los que nos hemos referido en el epígrafe 7).

El RD 1326/2003, de 24 de octubre, establece —acumulativamente— los siguientes requisitos para definir las becas a las que resulta de aplicación. Desde un punto de vista funcional u objetivo (tareas o actividades a las que afecta), el Estatuto del Becario de Investigación se declara aplicable sólo a un tipo particular de actividades, las de «investigación», entendiendo

⁵⁶ Sobre los límites constitucionales (y de Derecho comunitario) que planean sobre la libertad del legislador para establecer la definición de la relación laboral, *vid.* A. MARTÍN VALVERDE, «Fronteras y “zonas grises” del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 38 (2002), págs. 36 y siguientes.

por tales las que comportan «formación y especialización científica y técnica»⁵⁷. Desde un punto de vista subjetivo (sujetos a los que afecta), el citado estatuto opera exclusivamente cuando la beca aparece establecida entre ciertos becarios (titulados universitarios con el grado de doctor, o al menos con reconocimiento de suficiencia investigadora) y ciertos becantes (determinadas entidades públicas, o privadas sin ánimo de lucro)⁵⁸. Desde un punto de vista formal o procedimental, es preciso, por último, para que la norma de referencia resulte de aplicación, que se trate de becas que hayan sido concedidas en virtud de programas inscritos en el llamado Registro de becas de investigación⁵⁹. La inscripción en tal registro, que sólo puede ser instada por determinadas entidades públicas (centros públicos de I+D, organismos públicos de investigación, Universidades públicas, etc), y que es autorizada por el organismo administrativo competente (la Comisión Permanente de la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología), comporta el cumplimiento de cierto tipo de requisitos por parte de los programas de que se trate: *vgr.*, reconocimiento de los derechos y obligaciones que establece el estatuto (tanto sustantivos —retributivos, de disposición de medios para el desarrollo de las tareas correspondientes, de propiedad intelectual e industrial, tutoriales, etc— como de Seguridad Social), publicidad, objetividad, mérito y capacidad en el acceso a las ayudas, dedicación exclusiva, duración mínima (12 meses), incompatibilidades, etc.⁶⁰.

¿Puede extraerse de las menciones referidas algún criterio novedoso de identificación de las becas distinto a los usados normal o típicamente, que derivan como es sabido de una consideración muy atenta a lo que dispone el ordenamiento laboral? Caben las siguientes interpretaciones a partir de la confrontación entre las reglas que establece el RD 1326/2003 a propósito de las becas y las que dispone la legislación laboral para definir la relación laboral. Una primera consistiría en entender que las reglas del RD 1326/2003 no ofrecen ningún criterio nuevo para definir la beca frente al contrato de trabajo. Se trataría de reglas que, sin pretender conceptuar lo que son las becas, noción ésta que se daría por supuesta, como previamente dada, simplemente estarían circunscribiendo el ámbito de aplicación de una nor-

⁵⁷ Arts. 1.1 y 1.2 del RD 1326/2003, de 24 de octubre; más detalladamente, la Exposición de Motivos de la citada norma establece que el concepto de «becario de investigación» debe entenderse «en el sentido más extensivo o lato de esta expresión», es decir, «referido a personas que llevan a cabo actividades de investigación científica y técnica para completar su formación o especializarse»; para la definición de qué deba entenderse por investigación científica y técnica deberá estarse a lo que dispone la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica.

⁵⁸ Arts. 1.2 y 1.2 del RD 1326/2003, de 24 de octubre.

⁵⁹ Arts. 1.2 y 5 del RD 1326/2003, de 24 de octubre.

⁶⁰ Art. 5 del RD 1326/2003, de 24 de octubre.

ma, la que aprueba un estatuto determinado para cierto tipo específico de becas. En esta opción interpretativa quedaría evitada la colisión entre el RD 1326/2003 y la definición del contrato de trabajo que se lleva a cabo en la legislación laboral, toda vez que los contenidos de los bloques normativos de referencia ni siquiera llegarían a entrar en contacto, al operar en planos distintos: una cosa es definir la beca (*ie.*, el contrato de trabajo) y otra distinta determinar a qué tipo concreto de becas se aplica un estatuto determinado. La segunda opción interpretativa consistiría en entender que las reglas del RD 1326/2003 sí contienen criterios inéditos para definir la beca frente al contrato de trabajo, distintos a los que derivan de la legislación laboral. En este caso, puesto que la regulación de esta norma entraría en contacto con lo que dispone el ordenamiento laboral al definir el contrato de trabajo, norma superior e imperativa, cabrían, a su vez, dos opciones interpretativas: entender que la regulación reglamentaria es legal, o entender que es ilegal.

Importa decir que, entre las dos posibilidades de la última opción indicada, ya en un plano teórico-abstracto, sin necesidad de descender a detalles de regulación concreta, la hipótesis de más fácil realización sería la señalada en segundo lugar: ilicitud de criterios definitorios inéditos de las becas frente a los contratos de trabajo derivados a partir de lo dispuesto en el RD 1326/2003. En efecto, situados en la alternativa de referencia, si admitimos que el RD 1326/2003 está ofreciendo criterios de delimitación entre las becas y los contratos de trabajo distintos de los que establece la legislación laboral, lo más fácil será entender, ya en hipótesis, que los mismos son ilegales. La razón es la siguiente. Puesto que la regulación en cuya virtud el ordenamiento laboral define la relación de trabajo y por tanto la aplicabilidad de la normativa social es imperativa y «belligerante» —por constituir una normativa de «lucha contra el fraude», que parte de la premisa de la existencia de una especie de «tendencia natural» a la elusión de los imperativos laborales de origen legal en las sedes normativas de inferior rango (principalmente la autonomía de la voluntad, pero no sólo: también el Convenio Colectivo, e incluso el reglamento)—, no suelen quedar resquicios en la misma (la legislación laboral) para que las sedes normativas inferiores puedan decidir cuándo se aplica y cuándo no el ordenamiento social. Eso convierte la primera hipótesis de la alternativa con la que se opera (posibilidad de que RD 1326/2003 goce de espacio para establecer criterios de delimitación de las becas frente a los contratos de trabajo distintos pero no contradictorios con lo que establece la legislación laboral) en hipótesis *non data*. Desde un punto de vista teórico, así pues, no quedarían más alternativas que la siguiente: o los criterios que establece el RD 1326/2003 para definir su campo de aplicación no inciden sobre las reglas laborales de definición de la relación de trabajo, y la norma reglamentaria es lícita, o tales criterios sí inciden sobre las citadas reglas laborales, y la norma reglamentaria es ilícita.



Situados ya en una perspectiva concreta —una vez que la abstracta nos ha servido para descartar ya de mano la posibilidad de entender que el RD 1326/2003 haya introducido criterios lícitos de diferenciación de las becas frente a los contratos de trabajo distintos de los que derivan de la legislación laboral—, ha de decirse que las cláusulas que incorpora el RD 1326/2003 para definir su ámbito de aplicación en modo alguno son ilegales. Antes al contrario, se trata de previsiones que no interfieren con las reglas que incorpora el ordenamiento laboral cuando define los contornos de la relación de trabajo asalariado. Debe notarse, en efecto, que el Estatuto del Becario de Investigación ni determina lo que es una beca ni establece los criterios para su diferenciación con los contratos de trabajo. Opera el mismo con un concepto jurídico de beca previo que no define, sino que da por supuesto, y que aparece establecido con anterioridad, entre otras a la potente luz de las reglas del Derecho del Trabajo. Ninguna pauta distinta a las que derivan de la legislación laboral establece el Estatuto del Becario de Investigación para diferenciar las becas de los contratos de trabajo cuando fija sus coordenadas de aplicabilidad. Simplemente, se refiere a las condiciones en las que el estatuto jurídico que el mismo dispone (que tiene que ver, sobre todo, con la extensión de la acción protectora de Seguridad Social) será aplicable a cierto colectivo de becarios (los becarios de investigación, y no todos), mas sólo en el entendido de que se trate efectivamente de becas, una vez efectuado el correspondiente juicio conforme a lo que dispone la legislación laboral. No podía ser de otra manera, dado el escaso rango normativo —reglamentario— del Estatuto del Becario de Investigación y el carácter beligerante que hemos visto que presenta la legislación laboral (con la que el mismo entraría en «pugna» en caso de seguirse la interpretación que se ha rechazado). El propio RD 1326/2003, de 24 de octubre, se ha situado expresamente con toda claridad en la citada órbita interpretativa al excluir su aplicación «a las relaciones laborales existentes entre las entidades y centros de investigación que conceden las becas y los trabajadores que presten servicios en ellos» (art. 1.3)⁶¹.

⁶¹ La doctrina ha puesto de manifiesto, por otra parte, que, atendiendo al contenido del Estatuto del Becario de Investigación, es decir, al conjunto de derechos y obligaciones que la norma dispone a propósito de los becarios, entidades becantes y centros de aplicación de las becas respecto de los que la misma resulta de aplicación, se advierte un claro paralelismo en relación con las exigencias o criterios que la doctrina judicial viene declarando típica u ordinariamente como imprescindibles para que pueda hablarse de auténticas becas: *vgr.*, existencia de un plan de formación previo, dispositivos tutoriales, mecanismos de evaluación del grado de aprovechamiento de los becarios, necesidad de que el centro de aplicación tenga medios y ofrezca posibilidades reales de formación para los becarios, etc; *vid.* J. MORENO GENÉ, «El Estatuto del Becario de Investigación...», *loc. cit.*, págs. 31 y siguientes.



FOMENTO DE EMPLEO E INTERMEDIACIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN: UN ESTUDIO DE SU EVOLUCIÓN

RICARDO ESTEBAN LEGARRETA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

EXTRACTO

El análisis del programa de Renta Activa de Inserción para 2004 y su contraste con versiones anteriores revela un notable grado de estabilización y sedimentación de estos programas, tras varias convocatorias en las que se ha evidenciado un proceso experimental de legislación. En este sentido, el carácter experimental de la Renta Activa de Inserción ha servido y sirve como banco de pruebas de algunas medidas, con carácter previo a una posterior aplicación generalizada.

La Renta Activa de Inserción pretende sobre todo impulsar la inserción de sus beneficiarios, de modo que el papel de su prestación económica es secundario y subordinado al anterior. Además, por sus rasgos generales, y por el ámbito subjetivo previsto, las prestaciones económicas de Renta Activa de Inserción no son homologables al subsidio no contributivo de Seguridad Social y mucho menos a la prestación contributiva, destacándose mayores similitudes con las rentas mínimas autonómicas.

Asimismo, cabe destacar que el programa de Renta Activa de Inserción ha sido el primer espacio en el que se ha puesto en marcha el compromiso de actividad en la política de empleo estatal. La posterior extensión del compromiso a la protección contributiva y no contributiva por desempleo, genera una serie de deficiencias que lo hacen poco creíble. A este respecto, se concluye que la generalización del compromiso de actividad no tendrá sentido cuando el servicio público de colocación no cuente con los medios propios ni con las disponibilidades presupuestarias necesarias para externalizar, con carácter generalizado, los procesos de búsqueda acompañada de empleo.

La Renta Activa de Inserción se distingue por haber consolidado un derecho subjetivo al acompañamiento individualizado en la búsqueda de empleo, un derecho de particular interés si tenemos en cuenta, como término de comparación, el magro contenido del estatuto del usuario de los servicios públicos de empleo. Además, se destaca cómo en materia de intermediación los programas de Renta Activa de Inserción han introducido con carácter experimental a las entidades colaboradoras, una figura que posteriormente ha alcanzado reconocimiento formal en nuestro ordenamiento mediante la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

ÍNDICE:

1. PLANTEAMIENTO
2. NATURALEZA DE LOS PROGRAMAS DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN: CONSIDERACIONES PREVIAS DESDE LA EVOLUCIÓN EN SU ÁMBITO SUBJETIVO
3. EL DERECHO AL ACOMPAÑAMIENTO EN LA BÚSQUEDA DE EMPLEO
 - 3.1. El compromiso de actividad: de la especialidad en la RAI a su discutible generalización
 - 3.2. Un estatuto jurídico privilegiado en la intermediación: el derecho a un acompañamiento personalizado y la preferencia en la presentación a ofertas de empleo
 - 3.3. Medidas de apoyo al empleo para los beneficiarios de la renta activa de inserción: preferencia en el acceso a acciones formativas, subvención y bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social
 - 3.3.1. Acceso a acciones formativas
 - 3.3.2. Las subvenciones salariales
 - 3.3.3. Bonificaciones por la contratación de trabajadores perceptores de RAI
4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

1. PLANTEAMIENTO

Como es sabido, la renta activa de inserción es uno de los múltiples instrumentos puestos en marcha dentro de la política de empleo estatal con el objeto de favorecer la inserción de determinados colectivos, de los que cabe presumir unas particulares dificultades ante el empleo. Hasta este momento, el régimen jurídico de las rentas activas de inserción se ha fundamentado en programas anuales que se han sucedido a lo largo de los años 2000; (Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero); 2001, (Real Decreto 781/2001, de 6 de julio); 2002, (disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, texto convalidado mediante 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), 2003, (Real Decreto 945/2003, de 18 de julio), y 2004 (Real Decreto 3/2004, de 9 de enero, mediante el que se prorroga el Real Decreto 945/2003, durante el año 2004).

En este sentido, la aparición continuada de programas de RAI constituye hoy en día el paradigma de la utilización de la protección por desempleo —más bien *sui generis*¹— en el empleo, una línea vertebradora de la reforma de 2002². Asimismo, tras la aparición de cinco convocatorias de

¹ Sin perjuicio de las reticencias que se expresarán posteriormente sobre el particular, el legislador ha encuadrado la Renta Activa de Inserción en la acción protectora por desempleo, lo que se puso de manifiesto en el artículo 26 de la Ley 14/2000 (programa de 2001), en el artículo primero, punto 14 de la Ley 45/2002 (programa de 2002) y en el artículo 1 del Real Decreto 945/2003, de 18 de julio.

² Como ha señalado RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La revisión de la reforma de la protección del desempleo en la Ley 45/2002», *Relaciones Laborales* núm. 4, 2003, pág. 5, tras la reforma de 2002 la protección se desplaza progresivamente de la pérdida del empleo a la no obtención de un nuevo empleo y a la ayuda para obtenerlo.



estos programas se aprecia la sedimentación de algunos aspectos clave que merecen ser objeto de comentario. En este sentido, como se verá, es notoria la continuidad detectada entre los programas de 2002 y 2003, y muy particularmente, es rotunda la identidad entre los programas de 2003 y 2004, razón por la cual, salvo aclaración en contrario, la convocatoria será señalada conjuntamente como convocatoria o programa «2003-2004».

De otra parte, en coherencia con su título, la pretensión de esta aportación no es la de llevar a cabo un análisis exhaustivo de la prestación económica de RAI; antes al contrario, simplemente serán abordados aquellos extremos que puedan ser de interés para los objetivos planteados, que se centran en la intermediación y en el fomento del empleo. Además, para el estudio se ha optado por escoger algunos ejes de análisis en perspectiva dinámica; es decir, atendiendo a la evolución marcada a lo largo de los años en los que han sido aprobados y ejecutados programas de RAI. Al mismo tiempo, se buscarán las conexiones que se han ido creando o debilitando —según el caso— entre los programas de RAI y las políticas —generales— estatales de empleo. En este sentido, el análisis pone de relieve algunos desajustes jurídicos menores, fruto de la interrelación no siempre coordinada entre ambas esferas. Al mismo tiempo, la reciente aprobación de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, permite examinar los programas de RAI a la luz del nuevo marco general del empleo.

Por lo demás, la aproximación jurídica vendrá acompañada por la aportación de algunos datos que ayuden a valorar la utilidad de la RAI, la oportunidad de su mantenimiento o la conveniencia de extender la figura de modo directo o indirecto; mediante la adopción de algunos de sus rasgos por la regulación de la protección contributiva y no contributiva por desempleo.

A este respecto, como hipótesis de partida, se sugiere que la RAI ha sido —y puede ser todavía— una suerte de campo de legislación experimental, que basado en el pretexto de su inestabilidad ha abierto las puertas a una posterior generalización, más o menos amplia, de sus prescripciones tanto en materia de protección social como en el terreno del empleo. De todo ello se ofrecerán muestras en las páginas que siguen, aunque la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, (punto 14 de su artículo primero) haya otorgado una cierta estabilidad estructural a los programas de RAI con el nuevo apartado cuarto de la disposición final quinta del Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS)³. Así, la inclusión de la RAI en el texto refundido de la LGSS sugiere un mayor compromiso en punto al mantenimiento de estos

³ Este apartado establece que «Se habilita al Gobierno a regular dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión establecido en el Capítulo V del título III de esta Ley el establecimiento de una ayuda específica denominada renta activa

programas, al tiempo que abre la puerta a que en un futuro pueda superarse el estadio de las convocatorias anuales. A este respecto, la pronta aprobación del programa para 2004 y su estrecha similitud con el de 2003, avalan la consolidación de estos programas.

En fin, no se abundará en otras cuestiones referentes a la RAI ya tratadas por diversos autores, como es la rotunda incidencia de la estrategia europea para el empleo en esta y otras iniciativas españolas —piénsese por ejemplo en el impulso dado desde 1997 al empleo de personas en situación de exclusión⁴—, los problemas de habilitación legislativa en los que incurrió el primer programa de RAI (RD 236/2000) o el caótico vaivén —«habilitación reglamentaria y retorno a la Ley»— manifestado en el programa de 2002⁵.

2. NATURALEZA DE LOS PROGRAMAS DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN: CONSIDERACIONES PREVIAS DESDE LA EVOLUCIÓN EN SU ÁMBITO SUBJETIVO

De acuerdo con el contenido de los programas aprobados hasta la actualidad la RAI se dirige a personas desempleadas con insuficiencia de ingresos y dificultades para hallar empleo. A grandes rasgos, y sin entrar a detallar aspectos correspondientes a los beneficiarios de la medida, los programas han diseñado una prestación que, de un modo más bien accidentado y paulatino se ha ido incluyendo en la acción protectora del desempleo, y que viene acompañada de una serie de dispositivos —prestaciones técnicas en sentido estricto— que tienen por objeto favorecer su empleo. Así, como se verá, se reconoce al perceptor una suerte de derecho especial de acompañamiento en la búsqueda de empleo y en la mejora de la empleabilidad, algo

de inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral»

⁴ A título de ejemplo, las Directrices para el empleo para el año 2002, establecen en su pilar I «Aumentar la empleabilidad», una indicación dirigida a los Estados miembros a los efectos de que «Se ofrezca a cada desempleado una nueva oportunidad antes de que alcance seis meses de paro en el caso de los jóvenes, y doce meses en el caso de los adultos, en forma de formación, reconversión, experiencia profesional, empleo o cualquier otra medida destinada a favorecer su inserción profesional, incluyendo, de manera más general, orientación y asesoramiento profesional individual, a fin de garantizar su integración efectiva en el mercado de trabajo.

⁵ Sobre este errático camino que desemboca en el marco estable aprobado por la Ley 45/2002, *vid.* por todos RABANAL CARBAJO, P.: «Disposiciones adicionales», *Documentación Laboral* núm. 67, 2003, págs. 170-172. En todo caso, el autor señala con razón cómo para el programa de 2002, «no está muy claro el alcance de la combinación entre la habilitación —que aparenta ser una deslegalización de la materia— y la regulación legal, que presupone lo contrario.

singular en el ámbito de intervención estatal, a lo que se añaden algunos elementos adicionales a la hora de incentivar su empleo como son las subvenciones salariales o las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes.

En cualquier caso, cabe señalar la total singularidad de la RAI, a la que en caso de cumplir los requisitos se accederá con carácter previo o preferente a las rentas mínimas autonómicas. En este sentido, más allá de su teórica ubicación en la acción protectora por desempleo, lo cierto es que el análisis de las diversas convocatorias sugiere que la RAI es una figura sensiblemente diferenciable de la protección contributiva y no contributiva, representando el papel de una renta mínima estatal⁶. De este modo, así como la prestación y el subsidio de desempleo pretenden de modo prioritario la garantía de unos ingresos ante la falta de empleo, en el caso de la RAI la clave del programa está en un proceso intenso de acompañamiento ordenado a la inserción en el mercado de trabajo. A este respecto, la técnica reguladora basada en una disposición adicional (2002) o en reglamentos *ad hoc* (2000, 2001 y 2003), fortalece la hipótesis de las profundas diferencias con el subsidio y la prestación por desempleo.

Esta línea argumental a favor de la consideración preferente de la RAI como instrumento de fomento se ve reforzada si examinamos la evolución experimentada en el ámbito subjetivo —básico— de los programas, evolución en la que se constata la progresiva desvinculación de la percepción previa de prestaciones y/o subsidios por desempleo. A este respecto, la regulación de la primera RAI, (RD 236/2000), exigía como requisito básico de acceso al programa el haber agotado previamente la prestación contributiva o el subsidio no contributivo (art. 3 c)], razón por la que cabía defender la emergencia —ciertamente embrionaria— de una suerte de tercer nivel del sistema de protección por desempleo⁷, en el cual se mantenía un destacado in-

⁶ Al respecto es muy significativo que el *Plan de acción para la inclusión en el Reino de España*, Madrid, MTAS, 2000, pág. 8 vinculaba sin ningún tipo de rodeo ambas instituciones, recordando que «(...) el derecho a la subsistencia, inseparablemente unido al derecho a la integración social, hacen necesario un conjunto de medidas que los garanticen. Tal es el caso de las **rentas activas de inserción y de las rentas mínimas de inserción (salarios sociales)***, que desde la Administración General del Estado o desde las Comunidades Autónomas han de perseguir coordinadamente el ejercicio real de los derechos citados». * La negrita consta en el documento original. En su versión 2001-2003, el *Plan Nacional de acción para la inclusión en el Reino de España* (consultable en www.mtas.es/dgas/menusgas.htm/22-9-2003) señala entre sus objetivos la coordinación de las renta mínima de inserción con la renta activa de inserción.

⁷ ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Comentarios a propósito del Real Decreto 236/2000...», ob. cit. pág. 3, señalaba cómo «la renta activa de inserción estatal mantiene una mínima dosis de contributividad, considerando que el artículo 2 c] del RD 236/2000 exige como requisito de acceso el «Haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo de nivel asistencial establecidos en el Título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social».

terés por la protección económica del sujeto. A este respecto, cabe remarcar que una de las notas que siempre han caracterizado a la acción protectora por desempleo es una importante dosis de contributividad, lo que se ha manifestado tanto en el sistema contributivo como en el no contributivo⁸.

Ahora bien, la evolución posterior de la RAI desbarata parcialmente su consideración como tercer nivel de protección por desempleo, ya que el programa para 2001 matizó notablemente el requisito del agotamiento previo de otras prestaciones⁹, lo que ha culminado con los programas de 2002 y 2003-2004, en los que el acceso a la prestación no está conectado con el hecho de haber sido previamente perceptor de prestación o del subsidio no contributivo de desempleo. De hecho, los programas de 2002 y 2003-2004 (en ambos casos, artículos 2.1 c)) reflejan con carácter genérico el requisito de «No tener el derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo»; entendiéndose que ello se justificará cuando nunca se ha tenido derecho o bien cuando el derecho se ha agotado. Otro tanto cabe señalar de la consideración de las cargas familiares, fundamental para acceder al programa RAI de 2000 y eliminado en los posteriores¹⁰, lo que ha aproximado la RAI a las rentas autonómicas¹¹ y lo ha alejado del subsidio de Seguridad Social, en el que para algunos casos, este factor es considerado a los efectos de la duración y del acceso al mismo. Eso sí, con carácter general se ha venido exigiendo para acceder a la RAI ser mayor de 45 años, acreditar inscripción ininterrumpida como demandante de empleo de doce o más meses¹² y, en fin, carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores en cómputo mensual al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional (art. 2 RD 945/2003).

Finalizando con las cuestiones referentes al ámbito subjetivo, es obligada la reseña de la abultada ampliación registrada en el programa de 2002,

⁸ Sobre la marcada dosis de contributividad del nivel asistencial de protección por desempleo, *vid. por todos*: BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.^a.A.: *Curso de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 10.^a edición, pág. 700.

⁹ Al respecto, el artículo 2.2 del programa para 2001 (RD 781/2001) abrió un espacio de acceso para aquellos sujetos que, cumpliendo con los requisitos básicos del programa —edad mínima de 45 años y carencia de rentas— no hubiesen agotado previamente la prestación y/o el subsidio por desempleo. Para ello, exigía un periodo de inscripción como demandante de empleo de veinticuatro o más meses.

¹⁰ Una valoración positiva de la modificación en: DE LA CASA QUESADA, S. y MOLINA HERMOSILLA, O.: «La renta activa de inserción: una incierta incursión estatal en el ámbito de las políticas de inserción. Comentario al RD 781/2001, de 6 de julio», *Revista del Centro de Estudios Financieros*, núm. 224, 2001, pág. 177.

¹¹ GARCÍA ROMERO, M.^a.B.: *Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea*, Madrid, CES, 1999, pág. 279, destaca cómo tal planteamiento no existe prácticamente en las rentas autonómicas ya que en general, se aceptan solicitudes de núcleos familiares unipersonales.

¹² Téngase en cuenta que el RD 945/2003 matiza la cuestión al señalar que (art. 2) se considerará interrumpida la demanda de empleo por haber trabajado un periodo acumulado de 90 o más días en los 365 anteriores a la fecha de solicitud de incorporación al programa.

y confirmada a grandes rasgos en el programa de 2003-2004. En este sentido, he considerado conveniente valorar la ampliación separando los supuestos. Así, en lo que respecta a personas con discapacidad¹³ y a las personas víctimas de violencia doméstica acreditada por la Administración competente¹⁴, su más que presumible dificultad ante el empleo me llevan a un juicio positivo de su inclusión. Además, en lo que concierne a la inclusión de las personas con discapacidad en los programas, la misma ha sido pactada en el Segundo Acuerdo firmado entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI), con vigencia durante el periodo 2002-2004, por lo que la presencia de este colectivo en la convocatoria de 2004 estaba prácticamente asegurada¹⁵.

Por lo contrario, la extensión de los programas de 2002 y 2003 a otros colectivos que han sufrido recortes en su específico ámbito de protección por desempleo (Ley 45/2002) no es tan de recibo, ya que implica reforzar la consideración de la RAI como un —tal vez inadecuado—tercer nivel de desempleo, al tiempo que puede carecer de sentido para alguno de aquellos colectivos, el intenso programa de acompañamiento que se establece en los programas RAI. Como cabe pensar, me estoy refiriendo a la extensión de la RAI a los inmigrantes retornados excluidos del alcance del artículo 215.1.1 c] LGSS —contemplados también en el programa de 2003-2004— y a los trabajadores eventuales agrarios encuadrados en el Régimen Especial Agra-

¹³ En esta materia debe tenerse en cuenta la modificación que la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, ha introducido en el concepto de persona con discapacidad a los efectos del acceso a beneficios de empleo. Así, la disposición adicional cuarta de la mencionada Ley modifica la disposición adicional sexta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, resultando que en adelante las personas con discapacidad deberán acreditar simplemente un grado no inferior al 33 por ciento de minusvalía —deficiencia en realidad— de conformidad con las tablas del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. Téngase en cuenta que con la anterior regulación, teóricamente era necesario acreditar, además del grado de «minusvalía—deficiencia», una disminución en su capacidad para el trabajo no inferior al 33 por 100.

¹⁴ Con buen criterio, para este caso se elimina el requisito de ser mayor de 45 años y la inscripción como demandante de empleo durante 12 o más meses. En todo caso, no sin razón RABANAL CARBAJO, P.: «Disposiciones adicionales», ob. cit. pág. 175, apunta a las dificultades para determinar cuándo estamos ante una persona víctima de la violencia doméstica, sugiriendo el particular valor de denuncias policiales o judiciales. A mi juicio, como en otros casos, la actuación de los Servicios Sociales debiera ser determinante para constatar tal situación desde una visión de conjunto de los antecedentes.

¹⁵ El Acuerdo, firmado el día 3 de diciembre de 2003, incluye la regulación pactada de una importante batería de medidas de fomento del empleo para personas con discapacidad. En su apartado I.3. se establece —de un modo no muy claro, todo hay que decirlo—el compromiso de mantener a las personas con discapacidad entre los beneficiarios de los programas que puedan aprobarse durante la vigencia del Acuerdo. Puede consultarse el texto del Acuerdo en www.cermi.es (consultado el 28-10-2003).

rio en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, (progresivamente excluidos del Real Decreto 5/1997, de 10 de enero), éstos últimos no mencionados en el programa de 2003-2004. A este respecto, la salida de los trabajadores agrarios de la RAI de 2003 me parece una opción acertada ya que la especificidad y el volumen de beneficiarios, hacía de todo punto necesario un tratamiento adaptado, que les va a ser dispensado mediante la novedosa Renta Agraria de Inserción, regulada en su primera convocatoria por el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril ¹⁶. Así, no parece conveniente mezclar los problemas de empleo y desempleo rural en una zona de España, con la problemática ante el empleo —una suerte de «preexclusión»— que afecta al beneficiario típico de la RAI.

En otro orden de cosas, más allá del ámbito subjetivo considero conveniente aportar algunos elementos adicionales en orden a resaltar cómo la RAI se ubica en la frontera del fomento del empleo y la protección social, lo que se confirma a través de algunos rasgos del subsidio. Así, aparecen en él algunos ingredientes que refuerzan su posición entre el nivel no contributivo del desempleo y las prestaciones autonómicas de Asistencia Social ¹⁷: uno de estos elementos —la no necesidad de conexión previa del beneficiario con el sistema de Seguridad Social— se ha señalado más arriba. A lo anterior cabe añadir otros rasgos significativos; en primer lugar la previsión de un periodo de espera de tres meses «destinado a iniciar la aplicación de las políticas activas de empleo» —una suerte de «carencia de sacrificio» muy superior al mes del artículo 215.1 LGSS ¹⁸—. En segundo lugar, destaca la ausencia absoluta de cotizaciones del Servicio Público de Empleo Estatal ¹⁹

¹⁶ Sobre la misma, *vid.* el comentario de RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La nueva renta agraria para los trabajadores eventuales de la agricultura», *Relaciones Laborales* núm. 12, 2003, pág. 1 y ss.

¹⁷ En contra, parece señalar este paralelismo RABANAL CARBAJO, P.: «Disposiciones adicionales», *ob. cit.* pág. 170, al apuntar que «por su naturaleza, requisitos, configuración y destinatarios, se asemeja mucho —puede decirse que es— a un tipo más de subsidio por desempleo». O en otros puntos de su exposición (pág. 172). Por su parte, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «El Programa de renta activa de inserción para el año 2002», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 114, 2002, pág. 896, recuerda cómo a partir del programa para 2002 no se condiciona la concesión de la prestación a la existencia de crédito disponible, lo que le lleva a considerar que la prestación se aproxima más si cabe al subsidio de desempleo.

¹⁸ El artículo 12.1 RD 945/2003 exceptúa este periodo de espera para los beneficiarios víctimas de violencia doméstica. *Vid.* el comentario de FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «El programa de renta activa...», *ob. cit.* pág. 899, nota núm. 64, a propósito del efecto disuasorio del periodo de espera.

¹⁹ De conformidad con lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley de Empleo, el Instituto Nacional de Empleo pasa a denominarse Servicio Público de Empleo Estatal, de modo que todas la referencias legales y reglamentarias al INEM deberán entenderse realizadas al Servicio Público de Empleo Estatal.



(en adelante SPEE) y del beneficiario durante la percepción —por otro lado plenamente criticables²⁰— lo que implica la no remisión al magro régimen de cotizaciones del artículo 218 LGSS. En fin, cabe subrayar las prohibiciones previstas a la hora de acceder al programa en ejercicios continuados²¹, lo que obedece sin duda a la consideración preferente de la RAI como una medida de fomento de empleo. A este respecto, esta es una de las pocas singularidades que para 2004 prevé expresamente el RD 3/2004, de 9 de enero. De este modo, no podrán acogerse al programa para 2004 aquellas personas que se hayan beneficiado del programa para 2003 —salvo en el caso de haberse incorporado en su condición de personas con discapacidad o víctimas de la violencia doméstica— y las que hayan sido beneficiarias de tres programas de RAI²².

Sentado lo anterior, se abordará a continuación el análisis de los programas de RAI desde el punto de vista de los dispositivos puestos en marcha para favorecer el empleo de sus beneficiarios.

3. EL DERECHO AL ACOMPAÑAMIENTO EN LA BÚSQUEDA DE EMPLEO

Atendiendo a su finalidad insertadora, los programas de RAI han mostrado en todo momento una clara preocupación por establecer un itinerario pautado y determinado de integración. Así, desde el programa de 2000 hasta el de 2003-2004, aparte del derecho a la prestación económica de RAI,

²⁰ A este respecto, me sumo al juicio crítico mostrado por MOLINA NAVARRETE, C.: «Las “rentas activas de inserción”: un viaje inacabado desde la “marginalidad” a la “centralidad” del sistema», *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2003, pág. 178. Así, pretender que la RAI es un sistema de inserción y no establecer ningún mecanismo para favorecer el mantenimiento de las carreras de cotización, constituye un cierto contrasentido. A no ser que se pretenda, que supongo que es lo que se pretende, que el sistema de prestaciones no contributivas es un modelo plausible de protección por vejez e incapacidad. En un sentido similar se expresa FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «El programa de renta activa...», ob. cit., pág. 917.

²¹ La disposición adicional única del RD 945/2003 establecía que para ser admitido en el programa no debía haberse sido «beneficiarios del programa de renta activa de inserción establecido para el año anterior, salvo que se hubieran incorporado a aquél por acreditar la condición de persona con minusvalía o de víctima de violencia doméstica». Asimismo, se exigía también, y en cualquier caso, «No haber sido beneficiario de tres programas de renta activa de inserción», circunstancia que excluiría también a víctimas de violencia doméstica y trabajadores con discapacidad. El planteamiento del programa para 2002 (disposición adicional primera Ley 45/2002) era incluso más radical al excluir a todo solicitante que hubiese sido beneficiario de programas anteriores.

²² Obsérvese que el diseño del RD 3/2004 en esta materia es idéntico al de su antecedente, RD 945/2003. Al respecto, *vid.* la nota anterior.

se ha previsto un apartado dedicado al «Desarrollo de las acciones de inserción laboral» de cuyo contenido cabe extraer la existencia de «un particular derecho subjetivo al acompañamiento en la inserción»²³. De este modo, como regla de partida, nuestro ordenamiento jurídico no provee de un cuadro detallado de derechos subjetivos en materia de intermediación o de formación profesional ocupacional, circunstancia que no ha variado tras la aprobación de la Ley 56/2003, de Empleo²⁴. Por lo contrario, para las personas incluidas en los programas de RAI el panorama está bastante más definido, una circunstancia diferenciadora de la que cabe extraer algunas consecuencias. Para ello, partiremos de los ejes que vertebran ese derecho al acompañamiento en la inserción, deteniéndonos previamente en las eventuales singularidades del compromiso de actividad en la RAI; si es que se ha mantenido alguna singularidad tras la generalización del compromiso operada mediante la Ley 45/2002.

3.1. El compromiso de actividad: de la especialidad en la RAI a su discutible generalización

El compromiso de actividad irrumpe en el ordenamiento jurídico estatal de la mano del RD 236/2000, regulador del primer programa de la RAI²⁵. Ciertamente, tal previsión suscitaba la analogía con las prestaciones autonómicas de renta mínima de inserción²⁶, teniendo en cuenta las similitudes constatables entre la RAI y los programas autonómicos. A estos efectos, los sucesivos programas de RAI no han modificado sustancialmente la regulación del compromiso. Más bien, la cuestión se centra en determinar si su irrupción, un tanto brusca e innecesaria en el sistema «ordinario» de protección por desempleo (Ley 45/2002), afecta o minusvalora su presencia en los programas de RAI.

²³ Al respecto, MOLINA NAVARRETE, C.: «Las «rentas activas» de inserción...», ob. cit. pág. 176, señala cómo en estos programas «se define no sólo una política de inserción sino un derecho a la inserción de estos colectivos». Quizás, tal afirmación sea un tanto atrevida ya que ello vendría casi a suponer la garantía estricta del acceso a un puesto de trabajo, pero apunta certeramente a la intención del Gobierno.

²⁴ En este sentido, MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C., resaltan cómo el nuevo marco regulador perpetúa la ausencia de derechos subjetivos en el terreno del empleo. Vid. sus valoraciones en su artículo «“Más acá y más allá del trabajo”: comentario a la Ley 56/2003, de empleo», *Revista del Centro de Estudios Financieros* núm. 10, 2004, págs. 63 y 64.

²⁵ Sobre la naturaleza jurídica del compromiso de actividad vid. las reflexiones de MERCADER UGUINA, J.R.: «El compromiso de actividad: significado, contenido y alcance», *Relaciones Laborales* núm. 4, 2003, págs. 118-21.

²⁶ Así lo manifesté en mi estudio sobre el primer programa «Comentarios a propósito del Real Decreto 236/2000...», ob.cit. pág. 2.



Ciertamente, la relación entre ambos compromisos es evidente²⁷, si bien en el caso de la RAI su similitud con los compromisos o convenios de las rentas autonómicas parece mucho más rotunda y tiene sin duda un mayor sentido. Así, de algún modo, el compromiso de actividad no sólo implica el compromiso de «mostrarse activo» —exigible, de otra parte a los perceptores del subsidio y de la prestación en tanto que lógica obligación de disponibilidad— sino sobre todo, la de ser un recordatorio de la finalidad principal del acceso a la prestación económica de RAI: la inserción. Por lo contrario, en el caso de la prestación y subsidio de desempleo, la introducción del compromiso tiene poco más valor que el testimonial ya que, como se verá, la realidad no cambia sustancialmente tras la aprobación de la Ley 45/2002. Otra cosa es que con el compromiso se haya pretendido remarcar que la reforma ha reorientado la protección por desempleo hacia la activación de prestaciones²⁸, lo que por otra parte no es fácilmente conciliable ni coherente con un sistema contributivo de desempleo. Además, como se ha señalado oportunamente, el compromiso de actividad genera —o refuerza— también obligaciones para el servicio público de empleo, obligaciones que quizás y con carácter general no esté en disposición de cumplir²⁹.

Expresados los paralelismos en punto al compromiso de actividad, se examinarán a continuación las diferencias de planteamiento entre la RAI, de un lado, y la prestación y el subsidio de desempleo, del otro. En este sentido, una aproximación al compromiso de actividad de los perceptores de RAI en cualquiera de las versiones aprobadas hasta la actualidad, nos permite extraer los siguientes elementos básicos, que en este caso tomaré de los artículos 3.º y 7.º del programa para 2003—2004 (RD 945/2003):

- De un lado, destaca la obligación de los perceptores de llevar a cabo las actividades que se acuerden en el plan o itinerario de inserción, plan que será realizado entre el demandante y el tutor de empleo.
- Además, en refuerzo del plan o itinerario se establece un régimen individualizado de gestión de ofertas de colocación y de incorporación a acciones formativas, al que después me referiré extensamente (*vid* apartado núm. 3.3.3.).
- Finalmente, se añaden otras obligaciones que quedan recogidas en el punto 3 de la norma tercera del programa previsto para 2003-2004; entre otras, la aceptación de la oferta adecuada de empleo, presentarse a cubrir ofertas de empleo, renovar la demanda de empleo en los plazos establecidos en el documento de renovación o buscar activamente empleo.

²⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: «Las «rentas activas de inserción»...», ob. cit. pág. 173.
RABANAL CARBAJO, P.: «Disposiciones adicionales», ob. cit. pág. 170.

²⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: «Las “rentas activas de inserción”...», ob. cit., pág. 161.

²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La revisión de la reforma...», ob. cit., pág. 7.

En el caso de las prestaciones y subsidio por desempleo el contenido del compromiso a suscribir (art. 231.2 LGSS) es más escueto³⁰ y poco novedoso, no teniendo el carácter personalizado que cabe deducir del previsto en la RAI³¹. Es más, como se ha señalado oportunamente, la generalización del compromiso de actividad implica «reiterar las obligaciones que el beneficiario ya tiene definidas en la Ley»³². En este sentido, a efectos prácticos, la redacción anterior del artículo 231 LGSS no difiere de la posterior a la Ley 45/2002; y por si fuera poco, la introducción generalizada de tal compromiso tiene aún menos sentido al constatarse que varios programas autonómicos de rentas mínimas han prescindido de tal requisito³³.

Por lo tanto, concluyendo con el recordatorio de las peculiaridades del compromiso de actividad y de su generalización entre los perceptores de prestaciones y subsidios por desempleo, cabe señalar algunos aspectos de particular interés para la RAI:

- De una parte, el compromiso tendría sentido cuando exista la posibilidad de que sea individualizado en atención a las circunstancias de cada perceptor, cosa que no parece desprenderse del nuevo artículo 231 LGSS, pero sí se deduce de los programas de RAI. Como veremos a continuación, la RAI diseña un cierto derecho individualizado o individualizable a la inserción, lo que se traduce en derechos reconocidos en la norma que dan sentido a tal documento.
- Además, la introducción del compromiso tendrá alguna utilidad cuando la norma proponga un proceso de inserción ordenado en diversas fases, lo que se da en los programas de RAI, pero no en el caso de perceptores de prestaciones y subsidios no contributivos de desempleo.
- En fin, no debe olvidarse que la introducción de estas figuras suscita una sensación de «patologización» del desempleo. Y a mi juicio, no cabe tratar a todos los perceptores de prestaciones contributivas y subsidios de desempleo como desempleados de muy larga duración. Antes al contrario, del mismo modo que en un momento anterior se ha criticado la utilización de los programas de RAI como ins-

³⁰ También señala este dato para el programa de 2002 RABANAL CARBAJO, P.: «Disposiciones adicionales», ob. cit. pág. 178.

³¹ Obsérvese que el artículo 231.2 LGSS establece con carácter genérico que «se entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones 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, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo».

³² En este sentido, MERCADER UGUINA, J.R.: «El “compromiso de actividad”...», ob. cit., pág. 117.

³³ ESTÉVEZ GONZÁLEZ, C.: *Las rentas mínimas autonómicas*, Madrid, CES, pág. 100.



trumentos de «repesca» de colectivos desprotegidos³⁴, debe criticarse la generalización del compromiso ya que fuera de dispositivos como la RAI o la renta mínima de inserción, son muy discutibles. De hecho, la reforma de 2002 nos ilustra con alguna «corrección» al respecto: se extiende el compromiso de actividad a todos los beneficiarios al tiempo que se excluye a los perceptores de prestaciones de desempleo durante los 100 primeros días de prestación, del deber de participación en acciones de mejora de la ocupabilidad.

Siguiendo con el análisis propuesto, procederé a examinar el tratamiento de los perceptores de la RAI en la intermediación, en el acceso a acciones formativas y, en fin, en materia de incentivos a su contratación o actividad autónoma.

3.2. Un estatuto jurídico privilegiado en la intermediación³⁵: el derecho a un acompañamiento personalizado y la preferencia en la presentación a ofertas de empleo

Entrando ya de lleno en el contenido de los programas de RAI, cabe destacar en primer lugar el reconocimiento del derecho a un tutor específico e individualizado —asesor de empleo— que está obligado a velar por la más pronta inserción del beneficiario de la RAI (art.7 RD 945/2003). A estos efectos, el tutor de empleo deberá llevar a cabo un seguimiento al menos mensual, y elaborará un plan personal de inserción laboral y una gestión individualizada de eventuales ofertas de empleo que puedan favorecer la inserción del beneficiario, particularmente durante los primeros 45 días de presencia en el programa³⁶. Obsérvese que en las cinco ediciones del programa, se ha exigido que el plan personal de inserción laboral se esta-

³⁴ Expresión empleada por MOLINA NAVARRETE, C.: «Las “rentas activas de inserción”...», ob. cit., pág. 172.

³⁵ Se observará que se ha optado por la denominación «intermediación» en lugar de «colocación» en atención al cambio operado por la Ley de Empleo. A este respecto, son acertadas las valoraciones críticas de MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C.: ««Más acá y más allá...»», ob. cit., pág. 53, al recordar que «El artículo 20 pretende replantear en términos más correctos la relación entre los conceptos de «intermediación» —más estricto— y «colocación» —más amplio—, de modo que el primero es instrumental para la segunda (...) Sin embargo, la delimitación de la finalidad esencial de esta función de intermediación en el mercado de trabajo se hace en los mismos términos en que la LBE definió la «política de colocación», por lo que se vuelve a la confusión». Dicho en otros términos, la intermediación de la Ley de Empleo y la colocación de la Ley Básica de Empleo persiguen lo mismo: proporcionar a los trabajadores un empleo y trabajadores adecuados a los empleadores.

³⁶ Durante tal espacio de tiempo no se iniciarían acciones formativas, sino que se llevaría a cabo —supuestamente—una cuidada búsqueda de ofertas de empleo adecuadas al perfil del trabajador. Si ello es así, parece razonable no llevar a cabo otro tipo de acciones, razón por

blezca en el plazo de 15 días entre el tutor y el beneficiario, si bien algún autor ha señalado el riesgo de que el desempleado pueda tener un papel muy residual en la elaboración del plan ³⁷.

Ciertamente, este conjunto general de disposiciones, y más en particular, la asignación de un tutor personal es una medida de una notable singularidad en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico ya que ni la ya derogada Ley 51/1980, Básica de Empleo ni los reglamentos que de soslayo entraron a regular el proceso de colocación, reconocían derecho subjetivo alguno a acompañamiento individualizado ³⁸. Por ello, si bien tal tipo de afirmaciones, vertidas en los cinco programas de RAI aprobados, pueden provocar más de una reacción de escepticismo, el reconocimiento del derecho a un tutor es un elemento de distinción de la RAI. En este sentido, cabe señalar que hoy en día nos encontramos sin un estatuto detallado de derechos de los demandantes de empleo ³⁹. De hecho, del marco regulador vi-

la cual no comparto en este caso la observación de FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «El programa de renta activa...», ob. cit., pág. 913, en el sentido de que «No se alcanza a ver con claridad la función de este *«periodo de espera»* de cuarenta y cinco días para la iniciación de tales acciones, teniendo presente que se trata de sujetos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo». En todo caso, si no se planifica ni se lleva a cabo una intensa búsqueda de ofertas de empleo, el periodo de espera carece de todo sentido.

³⁷ Se ha apuntado el riesgo de actuaciones autoritarias y poco consensuales en las que el tutor de empleo marque unilateralmente el proceso. Sobre esta cuestión: FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «El programa de renta activa...», ob. cit. pág. 912.

³⁸ De todos modos, el Servicio Público Estatal de Empleo pretende garantizar tutorías a todos los desempleados que tengan necesidad, y así parece asegurarlo el SPEE mediante entidades asociadas que desarrollen funciones de orientación. Al respecto, *vid. www.inem.es/ciudadano/p_empleo.html*. (consultado 28-2-04). Ahora bien, no es un derecho reconocido reglamentariamente, sin perjuicio de que entre los fines de la política de la colocación reflejados en la ya derogada Ley 51/1980, Básica de Empleo, figurase la colaboración —se supone que del antiguo INEM— en la orientación profesional de los demandantes de empleo que lo precisaran (art. 39 h) Ley 51/1980). Asimismo, la vigente Ley 56/2003, de Empleo, utiliza como mecanismo de clasificación de programas y medidas activas de empleo, la rúbrica de «Información y orientación hacia la búsqueda de empleo» (art. 25 a)), de modo que cabrá incluir preferentemente bajo dicha expresión algunos programas y medidas. En cualquier caso, la orientación profesional no es el equivalente a un derecho preferente a la colocación y al completo acompañamiento en la búsqueda de empleo. En este sentido, el artículo 1 de la Recomendación núm. 87/1949 de la OIT, define la orientación laboral como «la ayuda prestada a un individuo para resolver los problemas referentes a la elección de una profesión y al progreso profesional, habida cuenta de las características del interesado y de la relación entre éstas y las posibilidades del mercado del empleo». Sobre la orientación en materia de formación profesional es también de interés el artículo 14 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Calificaciones y de la Formación Profesional.

³⁹ Una excelente reconstrucción del mismo en el marco de la ya derogada Ley Básica de Empleo en: OJEDA AVILÉS, A.: «El procedimiento de colocación revisitado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 14, 1983.



gente sólo cabrá deducir el derecho de los trabajadores desempleados a la utilización gratuita de los servicios públicos de empleo y entidades colaboradoras (art. 22.4 de la Ley de Empleo), y el derecho a la igualdad en el proceso de colocación (art. 22.2 de la Ley de Empleo), a lo que cabría añadir además el derecho a la utilización —también gratuita— de los servicios en caso de mejora de empleo y demanda de pluriempleo, posibilidad reflejada en la Orden de 11 de marzo de 1985, de criterios estadísticos para la medición del paro registrado. Cabe observar que el estatuto del usuario del servicio público de empleo ha sido objeto de simplificación tras la aprobación de la Ley de Empleo ya que han desaparecido dos deberes de improbable cumplimiento: a) el de inscripción de trabajadores desempleados —ahora limitado a los trabajadores perceptores o solicitantes de prestaciones o subsidios de desempleo (art. 27.1 Ley de Empleo)— y b) el peregrino deber de comunicar al servicio de empleo la finalización del contrato⁴⁰.

Al respecto, creo que el derecho a un particular acompañamiento debería haber sido un elemento contemplado en el marco de la Ley de Empleo. Sin embargo, la Ley se limita a señalar algunas directrices generales en el terreno de los objetivos (art. 2 c) y fines de la política de empleo (art. 6.1 b)) pero sin establecer derecho subjetivo alguno. El mismo tono es empleado en el ámbito de los principios de organización y funcionamiento (art. 8.4). De todo ello, cabe deducir que en ningún caso se ha procedido a reconocer con carácter general un derecho subjetivo al acompañamiento, como sucede en los programas de RAI, lo que sin duda habría sido una traslación positiva desde la RAI al régimen general de la intermediación⁴¹. Por lo tanto, la Ley de Empleo no ha superado en este punto la fase de las grandes líneas ya expresadas en la exposición de motivos de la Ley 45/2002, de gran interés para los colectivos con mayores dificultades⁴². A este respecto, noticias

⁴⁰ Tal deber, expresado en el artículo 42.3 de la Ley derogada, recaía también —y yo diría que preferentemente— sobre el empresario.

⁴¹ Algo de todo eso pretendía la enmienda núm. 169 presentada por el grupo socialista al Proyecto de Ley de Empleo ya que de ella derivaba el derecho del usuario del servicio a acceder a un itinerario personalizado en un plazo cierto. A partir de la enmienda, MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C.: «“Más acá y más allá...”», ob. cit. pág. 40, señalan que tal medida «hubiera permitido desterrar el riesgo de arbitrariedad administrativa que ahora se consolida, al tiempo que hubiera supuesto la instauración de un verdadero derecho de inserción reconocido a favor del sujeto desempleado».

⁴² La exposición de motivos recuerda que para una conveniente convergencia con Europa, «es esencial facilitar a los Servicios Públicos de Empleo recursos humanos y materiales y suficientes. Con este fin se impulsará la necesaria dotación presupuestaria a incluir en los Presupuestos Generales del Estado de 2003, abordándose en el ámbito de la Conferencia Sectorial para Asuntos Laborales tanto la distribución de nuevos efectivos para los Servicios de Empleo estatal y autonómicos como cuantas cuestiones permitan que la integración laboral de quienes carecen de empleo —especialmente los colectivos con mayores dificultades— se extienda de manera eficaz y general».

aparecidas recientemente apuntan a que el aumento del presupuesto del SPEE se destinará, al menos en parte, a dotar de más personal a los servicios públicos de empleo españoles⁴³. Asimismo, el Plan Nacional de Empleo para 2003 prevé la incorporación de 5000 nuevos empleados al servicio público de empleo, lo que parece bastante irreal, aunque de producirse generaría mayores expectativas de calidad en las funciones de intermediación⁴⁴.

Retomando el análisis de la posición de los beneficiarios de la RAI ante el servicio público de empleo o entidades colaboradoras, cabe destacar que en las ediciones hasta ahora conocidas se proclama un cierto derecho preferente de aquéllos a la cobertura de las ofertas de empleo⁴⁵, lo que debiera establecerse de un modo algo más claro y razonado, ya que ello implica postergar criterios como el de la antigüedad del demandante, lo que no siempre va a ser de recibo. Piénsese por ejemplo, que otros trabajadores con una delicada situación ante el mercado de trabajo pueden ser objeto de una postergación difícilmente justificable. De cualquier modo, cabe reiterar aquí la conveniencia de regular esta y otras cuestiones en un futuro reglamento de intermediación, de más que improbable gestación.

A este respecto, los programas de RAI añaden una cuestión práctica relevante y es que el deber de los servicios públicos de empleo de atender a los beneficiarios del programa, contiene una clara válvula de escape introducida en el programa de 2001 y consolidada en los de 2002 y 2003—2004, sin duda tras constatarse que aquellos servicios no podían cumplir de modo solvente los cometidos asignados⁴⁶. Así, tanto la disposición adicional quinta del RD 781/2001 —ésta última con mayor detalle— la regla 13.^a de la dis-

⁴³ Al respecto, es de interés la noticia aparecida en *www.mtas.es*, (gabinete de comunicación, consultado el 2-10-03) donde se señala que el presupuesto del INEM para 2004 supera casi en un 6 por 100 al del ejercicio anterior. En la noticia se destaca que «entre otras medidas, se realizará un importante esfuerzo en la modernización del servicio público de empleo, mediante la incorporación de mil nuevos efectivos destinados a las oficinas de empleo», a los que la noticia añade los 400 nuevos empleados que se irán incorporando a lo largo de 2003.

⁴⁴ Más interesante habría sido sin duda la aprobación de la disposición final 4.^a del Proyecto de Ley de Empleo, que recogía una garantía de número mínimo de empleados de la oficina por cada 200 trabajadores inscritos no ocupados. Sobre esta cuestión *vid.* MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Más acá y más allá...», *ob. cit.*, pág. 40.

⁴⁵ Así, en el programa vigente para 2003, (artículo 7 c)], bajo la rúbrica «Gestión de ofertas de colocación», se señala que el tutor de empleo «promoverá la participación del demandante de empleo en los procesos de selección para cubrir ofertas de colocación». No se recoge en este programa la obvia referencia existente en el programa anterior (Ley 45/2002) a ofertas gestionadas por entidades que colaboren con los servicios públicos de empleo.

⁴⁶ Tal estado de cosas se constataba, por ejemplo, en las Directrices para el empleo de 2002 donde se señala —Combatir el desempleo juvenil y prevenir el de larga duración— que los «Estados miembros deberán seguir modernizando sus servicios públicos de empleo, en particular supervisando los progresos realizados, fijando plazos concretos y facilitando la adecua-



posición adicional primera de la Ley 45/2002 o el artículo 17 del RD 945/2003, efectúan una llamada a la colaboración de entidades externas especializadas o conocedoras de las particulares dificultades en la inserción de los colectivos afectados. Para ello se formalizará un convenio entre la entidad colaboradora, —agencia de colocación, entidad asociada a servicios integrados para el empleo, u otras⁴⁷— y el servicio público de empleo. Tales convenios autorizarán a las entidades colaboradoras a llevar a cabo acciones de mejora de la ocupabilidad y también la intermediación de los demandantes beneficiarios (art. 17 RD 945/2003), exigiéndose a estas entidades la integración laboral de un determinado volumen de beneficiarios: para el programa de 2003 (art. 17.1 RD 945/2003) se requiere un volumen de inserción no inferior al 30 por 100 de los demandantes admitidos⁴⁸. En caso de no alcanzarse el volumen mínimo de inserciones, la Orden de 18 de septiembre de 2003 (TAS/26403/2003) sobre programas experimentales en materia de empleo (aplicable al programa de RAI), clarifica la cuestión⁴⁹ al señalar que la inserción de trabajadores por debajo de la cifra pactada, comportará una reducción en el importe total de la subvención acordada entre el servicio de empleo y la entidad colaboradora. Asimismo, la Orden señala que deberá interpretarse como inserción (art. 2.2) la contratación como trabajador por cuenta ajena por una duración no inferior a seis meses. Además, el programa de 2003-2004 recuerda que los convenios se suscribirán con entidades «que acrediten resultados previos de integración laboral», (art. 17.1 RD 945/2003), de lo que cabría deducir que un deficiente nivel de resultados puede impedir nuevos convenios; al menos en la convocatoria inmediatamente posterior.

En materia de entidades colaboradoras cabe subrayar los siguientes aspectos.

En primer lugar, la apertura a tales entidades refleja las limitaciones de nuestros servicios públicos de empleo en su actividad a favor de los colec-

da reconversión del personal». Además, el documento añade que «Los Estados miembros fomentarán la cooperación con otros prestadores de servicios a fin de incrementar la eficacia de la estrategia de prevención y activación».

⁴⁷ Esta expresión de máxima flexibilidad en lo que respecta a las entidades intervinientes fue la contenida en el Real Decreto 781/2001 (disposición adicional quinta). Los programas posteriores no la reflejan pero queda implícita en los textos. De todos modos, en la actualidad esas «otras entidades», serían las entidades colaboradoras reconocidas por la Ley de Empleo (*vid. más adelante*).

⁴⁸ Téngase en cuenta que en programas anteriores el nivel de inserciones exigido era inferior, no debiendo estar por debajo del 25 por 100 de los demandantes admitidos.

⁴⁹ DE LA CASA QUESADA, S. y MOLINA HERMOSILLA, O.: «La renta activa...», *ob. cit.*, pág. 127, resaltaban respecto al programa de 2001 que «no quedan especificadas en la norma las consecuencias que acarrearía el incumplimiento de este compromiso», una afirmación que también era de aplicación en el programa para 2002.

tivos con particulares dificultades, a pesar de su teórica inclinación por tal tipo de demandantes, expresada por la exposición de motivos de la Ley 10/1994, de 19 de mayo⁵⁰. Tal estado de cosas no es en absoluto de extrañar si tenemos en cuenta que la *Agence Nationale pour l'Emploi* francesa, notablemente mejor dotada que los servicios españoles, muestra notables limitaciones en situaciones similares⁵¹.

De otra parte, el carácter experimental y residual de los programas ha permitido una mezcolanza anárquica de las entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo. De este modo, tácitamente en los programas para 2002 y 2003 y expresamente en el de 2001⁵², se permite que las agencias de colocación lleven a cabo funciones que van más allá de la intermediación, mientras que las entidades asociadas de los servicios integrados para el empleo, podrán llevar a cabo funciones de intermediación, rompiéndose de hecho y con anterioridad a la aprobación de la Ley 56/2003, de Empleo, el «oligopolio» formal —nada respetado en la práctica, como es público y notorio— de las agencias de colocación y de los servicios públicos de empleo en las funciones de intermediación. Más aún, a las anteriores figuras, reguladas por el RD 735/1995, se añadió la posibilidad de intervención de «cualquier entidad (sin ánimo de lucro»⁵³), hallándonos ante una suerte de «estructura informal o atípica de colocación» a la que finalmente, la Ley de Empleo ha otorgado un cierto reconocimiento. A este respecto, cabe señalar que el artículo 21 de la Ley, incluye entre los denominados «agentes de la intermediación» a las entidades que colaboren con los servicios públicos de empleo (art. 21 a) con una naturaleza diferenciada de las agencias de colocación, que también son contempladas (art. 21 b)), conservando la denominación anterior a la Ley⁵⁴. Así, las entidades colabora-

⁵⁰ A tales efectos, se señalaba que la mejora de los servicios públicos de empleo debía ir dirigida a permitir que los servicios orientasen su actividad «hacia los colectivos que realmente necesitan su intervención para garantizar la igualdad de oportunidades en el derecho de acceso al trabajo».

⁵¹ Vid. al respecto BINHAS, S.: «Fausses promesses du “retour à l’emploi”», *Le Monde Diplomatique*, núm. 598, marzo 2003, donde se destacan las dificultades del servicio público de colocación en la inserción de los perceptores de subsidios incluidos en los programas de ayuda al retorno al empleo (PARE).

⁵² La disposición adicional quinta del RD 781/2000 estableció que «A los efectos señalados, tendrá la consideración de entidad colaboradora las agencias de colocación, las entidades asociadas de los servicios integrados para el empleo, así como cualquier entidad sin ánimo de lucro con la que el servicio de empleo público competente acuerde realizar el convenio citado».

⁵³ Recuérdese que tal posibilidad no está expresamente reconocida en los programas para 2002 y 2003 pero tampoco está excluida, en atención a la genérica definición de entidad colaboradora y los antecedentes del RD 781/2001. La razón del paréntesis está en lo que luego se dirá en texto principal.

⁵⁴ Un dato resaltado por MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C.: «“Más allá y más acá...”», ob. cit., pág. 56



doras se caracterizarían por realizar actividades de intermediación de modo gratuito (art. 22.4), sometidas al convenio formalizado con el servicio público de empleo y limitando su actuación al ámbito de los colectivos con especiales dificultades (art. 22.3). De ello cabe deducir que el programa de RAI ha abierto las puertas al reconocimiento de una práctica flexibilizadora en materia de intermediación⁵⁵: a saber, ya no se trata de hacer entrar a las entidades en el marco jurídico de las agencias de colocación, sino que se sigue un planteamiento mucho más simplificado: autorizar a las entidades a llevar a cabo funciones de intermediación en el marco de programas específicos. En todo caso, para estos programas debiera permitirse un acceso permanente e inmediato de las entidades a las ofertas de empleo que se presenten ante el servicio público de empleo.

Más allá de los sujetos implicados en estos programas, parece evidente la necesidad de una adecuada financiación de las entidades colaboradoras, financiación que se hará constar en el convenio y sobre cuya concreción, han desaparecido en los programas de 2002 y 2003, las referencias previstas en el de 2001⁵⁶. De todos modos, la ya mencionada Orden de 18 de septiembre de 2003, sobre programas experimentales en materia de empleo, regula los aspectos más importantes de los convenios entre el servicio público de empleo y las entidades colaboradoras, detallando suficientemente el sistema de financiación⁵⁷. Por lo tanto, cabría interpretar que la Orden de 18 de septiembre de 2003 constituye el desarrollo reglamentario de los convenios a suscribir entre servicios públicos de empleo y entidades colaboradoras en la ejecución de este programa; desarrollo previsto en el art. 17 RD 945/2003 en relación con su disposición final 3.^a

Por otra parte, cabe destacar un aspecto llamativo del programa de 2002, confirmado por el de 2003-2004: la desaparición de la referencia a la necesidad de que las entidades colaboradoras del programa actúen sin ánimo de lucro⁵⁸. Posiblemente se haya eliminado tal matiz por considerarse super-

⁵⁵ De todos modos, con anterioridad a su reflejo en la norma, tales prácticas eran frecuentes, sobre todo en el terreno de la integración de personas con discapacidad. De hecho, como apuntan MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C.: «“Más allá y más acá...”», ob. cit, pág. 55, «La Ley es producto de su tiempo y no hace sino reflejar lo que ya es una práctica generalizada y consolidada en la actualidad».

⁵⁶ A estos efectos es muy posible que en ambos ejercicios se haya echado mano de la anterior convocatoria para acciones experimentales, regulada por la Orden de 30 de octubre de 2001.

⁵⁷ De acuerdo con el artículo 6.1 de la Orden, la financiación total se pactará de acuerdo con el número de personas a atender y los objetivos previstos de inserción «sin que la cantidad a percibir pueda ser superior a 1.800 euros por persona atendida y 5.400 euros por persona atendida e insertada en el mercado de trabajo».

⁵⁸ Muestra también su perplejidad RABANAL CARBAJO, P.: «Disposiciones adicionales», ob. cit. pág. 179.

fluo, o tal vez se haya barajado la eventual utilización de empresas de trabajo temporal para la integración de colectivos con particulares dificultades. Tal propuesta parecería un despropósito —piénsese en empresas de trabajo temporal ingresando total o parcialmente la cuantía de la RAI durante los meses pendientes de cobro a la vez que percibe la tarifa por cesión de la empresa usuaria— pero debe tenerse en cuenta que en el caso español, el Comité de Representantes de Minusválidos ha hecho alguna propuesta en lo que concierne a la participación de empresas de trabajo temporal en la integración laboral de personas con discapacidad⁵⁹. Asimismo, en la experiencia francesa, las entidades gestoras de las prestaciones por desempleo, en pugna con el servicio público de colocación, han forzado la participación de empresas de trabajo temporal como colaboradoras en procesos de inserción⁶⁰, algo que no parece encajar en los límites que para estas empresas prevé el ordenamiento jurídico español. Ciertamente, tal posibilidad es más que dudosa ya que la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal (art. 2.1 b)) obliga a estas entidades a desarrollar exclusivamente funciones de interposición, lo que las inhabilita *a priori* como colaboradoras del servicio público en programas de RAI. Como argumento de cierre, cabe señalar que la Orden de 18 de septiembre de 2003, reguladora de las subvenciones a las entidades colaboradoras exige en su artículo tercero la necesidad de que aquéllas sean personas jurídicas sin ánimo de lucro, por lo que la participación de entidades con ánimo de lucro queda totalmente prohibida.

Añadir por lo demás que las entidades colaboradoras han de tener un cierto volumen de actividad —y por ende, de medios personales y materiales— para participar en los programas de RAI. Así, la mencionada Orden de 18 de septiembre de 2003 prevé que el número mínimo de desempleados a atender no será, con carácter general, inferior a 100. Todo ello salvo que el número de beneficiarios del programa registrados en el ámbito territorial⁶¹, «aconsejen otra cantidad que en ningún caso será inferior a 60».

⁵⁹ En su documento *Un plan de empleo para las personas con discapacidad en el siglo XXI*, Madrid, 2002 (versión publicada en www.cermi.es/Texto/plan-empleoXXI.asp) consultado el 2-10-2003, págs. 55-54, apelan a la intervención de las empresas de trabajo temporal en la integración de personas con discapacidad, actividad en la que intervendrían conjuntamente asociaciones de personas con discapacidad.

⁶⁰ Al respecto, en la experiencia francesa, Adecco Francia ha firmado un convenio de tres años con el servicio público de colocación (*Agence Nationale pour l'Emploi*) con la finalidad de participar en los procesos de evaluación de las competencias y de las capacidades profesionales de los demandantes de empleo. Sobre el particular *vid.* BINHAS, S.: «Fausses promesses...», *ob. cit.*

⁶¹ Se supone que cuando la Orden se refiere a ámbito territorial, quiere decir ámbito territorial de la entidad colaboradora.



Finalmente, recordar que las Comunidades Autónomas que hayan asumido el traspaso de la gestión en materia de trabajo, empleo y formación desarrollarán las políticas activas de empleo o acciones para el cumplimiento del programa (art. 13.2 RD 945/2003). De esta intervención se deriva el deber de informar al SPEE o al Instituto Social de la Marina sobre inserciones laborales o incorporaciones a planes de empleo y formación o, en su caso, sobre incumplimiento de obligaciones que hayan podido detectarse⁶². En este último caso, la información deberá ser inmediata. Más allá de la gestión de las acciones de inserción, cabe subrayar que el SPEE mantiene la competencia a la hora de dictar resolución que reconozca o deniegue la admisión al programa (art. 13.1 RD 945/2003). Asimismo, en coherencia con las atribuciones en materia de gestión de prestaciones, el SPEE o el Instituto Social de la Marina —para el caso de trabajadores procedentes del Régimen Especial de Trabajadores del Mar—se encargarán de la gestión y de la resolución de incidencias concernientes a la prestación económica.

Efectuado el comentario a propósito del acompañamiento de los beneficiarios de la RAI, a continuación se llevará a cabo un análisis de otros mecanismos previstos al efecto de fomentar su inserción.

3.3. **Medidas de apoyo al empleo para los beneficiarios de la renta activa de inserción: preferencia en el acceso a acciones formativas, subvención y bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social**

3.3.1. *El acceso preferente a acciones formativas en caso de inserción fallida*

En lo que concierne a las medidas de apoyo al empleo para los beneficiarios de la RAI, cabe destacar la existencia de un triple contenido. De un lado, resaltamos las medidas directamente dirigidas a mejorar la empleabilidad cuando el beneficiario no haya llegado a insertarse en el plazo de 45 días de su entrada en el programa. En tal caso, se ha previsto en todos los programas de RAI el derecho a «un acceso preferente» a cursos de formación profesional ocupacional, programa de talleres de empleo, o de escuelas taller y casas de oficio o bien a planes de empleo para la contratación de desempleados en la realización de obras de interés general y social (art. 7 d) RD 945/2003). El programa de 2003-2004 (art. 7 c, 4.º) ha añadido con carácter genérico la posibilidad de «acceso preferente a otras actuaciones que incrementen las posibilidades de inserción», mencionando a título

⁶² Con carácter general, *vid.* también el artículo 27.4 de la Ley de Empleo.

ejemplificativo «las acciones de apoyo a la búsqueda de empleo y las de información y asesoramiento al autoempleo». Por ello, cabe considerar que se mantiene de modo tácito la referencia a acciones de voluntariado, establecida en los programas de 2001 y 2002⁶³.

Ciertamente, se observa que en este apartado los programas han incidido en el régimen jurídico de la formación profesional ocupacional y en el de las otras acciones mencionadas. A título de ejemplo, la afirmación de que los beneficiarios de la RAI dispondrán de acceso prioritario a acciones de formación (art. 7 c)), incide de alguna manera en la regulación del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional (RD 693/1993, de 3 de mayo). En este sentido, considero que el uso de la expresión «acceso prioritario» pretende afirmar un cuasi-derecho subjetivo a la formación profesional ocupacional para los beneficiarios de la RAI, lo que no está formulado en estos términos en el RD 693/1993 para ningún colectivo, ya que en general se disfruta de preferencias (art. 1.2)⁶⁴ que serán tenidas en cuenta en la selección de los alumnos, regulada por el artículo 5 RD 693/1993. Téngase en cuenta que los programas se refieren a un acceso preferente a acciones genéricas, no a ofertas formativas específicas para colectivos específicos, mencionadas en el artículo 12 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

Por lo demás, el acceso prioritario a la formación profesional ocupacional no parece una cuestión menor si tenemos en cuenta la razonable relación causa efecto constatada entre la realización de acciones formativas y contratación laboral⁶⁵, todo ello sin perjuicio de las bajas tasas de inserción observadas en el caso de alumnos con bajo nivel formativo (frecuentes sin duda en la RAI), mayores de 45 años, o en general, otros colectivos beneficiados por el programa⁶⁶. Abundando en lo anterior, destacar también que

⁶³ Recordar que por razones de la ampliación subjetiva operada en el programa para 2002, se añadió la posibilidad de acceder al programa de fomento de empleo agrario, (punto 7.º del programa para 2002) opción obviamente desaparecida del programa vigente.

⁶⁴ Los supuestos preferentes formulados por el RD 693/1993 se formulan en plano de igualdad. De cualquier modo, los sujetos incluidos en los programas de RAI encajan particularmente en un supuesto previsto en el RD 693/1993: el de los «desempleados con especiales dificultades para su inserción o reinserción laboral, en especial mujeres que quieran reintegrarse a la vida activa, minusválidos y migrantes».

⁶⁵ En este sentido son de gran interés los datos publicados en el informe del INEM: *Inserción y reinserción profesional*, 1999, consultable en www.inem.es/ciudadano/p-observatorio.html, documento en el que a partir de las acciones formativas desarrolladas por el INEM en el año 1998, se resaltan los siguientes resultados: la tasa general de inserción de los demandantes de empleo que han seguido acciones formativas es del 69'05 por 100, si bien no se nos indica cuál es la calidad del empleo ni su duración.

⁶⁶ En base al documento citado más arriba, en el caso de los demandantes sin estudios básicos, la tasa de inserción es sensiblemente más baja: 46'25 por 100. Asimismo, para los

los programas de RAI inciden en el régimen regulador de los planes de empleo para la contratación de desempleados en la realización de obras y servicios de interés general⁶⁷. Así, los programas de RAI potencian el acceso de sus beneficiarios a estos planes, en base a un cuasi-derecho de acceso preferente, en atención a que las Órdenes de 19 de diciembre de 1997 —reguladora de las subvenciones por planes de empleo a órganos de la administración general del Estado, Comunidades Autónomas, Universidades y entidades sin ánimo de lucro— y de 26 de octubre de 1998 —reguladora de las subvenciones a entidades locales— establecen una regulación de acceso basada en otros criterios⁶⁸.

Más allá del acceso a los planes de empleo o formación, el programa para 2003-2004 (art.7 e] RD 945/2003) añade una novedad relevante y es que los perceptores de la RAI se incluyen entre las personas que podrán incorporarse a programas de colaboración social del RD 1445/1982, de 25 de junio⁶⁹. A mi juicio, al menos en el momento de aprobación del programa para 2003, la mención del colectivo en una norma reglamentaria como es el RD 945/2003 no era técnicamente suficiente ya que el artículo 6 de la ya derogada Ley 51/1980, Básica de Empleo limitaba el acceso a la colaboración social a los beneficiarios de la prestación y del subsidio por desempleo, lo que a mi juicio exigía operar la inclusión de los beneficiarios de la RAI en la Ley⁷⁰.

trabajadores mayores de 44 años, la tasa de inserción del 44'86 por 100 tampoco es muy halagüeña. En fin, en el caso de las personas con discapacidad (cuadro página 6) se señala para 1998 una tasa de inserción del 39'16 por 100.

⁶⁷ Se mencionan las disposiciones estatales aunque las Comunidades Autónomas pueden elaborar sus propias disposiciones reguladoras.

⁶⁸ Al respecto, la Orden de 19 de diciembre de 1997 (art. 6) prevé que se tendrán en cuenta los criterios de adecuación al puesto, mayores responsabilidades familiares o bien, ser desempleado amenazado de paro de larga duración. Por su parte, la Orden de 26 de octubre de 1998 establece criterios algo diferenciados y más numerosos. Así, deberán tenerse en cuenta a) la adecuación al puesto, b) la condición de discapacidad, c) el nivel de protección de desempleo; más bien el no nivel de protección d) las responsabilidades familiares y la edad y condición de mujer (art. 5).

⁶⁹ A este respecto, a pesar de la derogación de la LBE (art. 6) cabría considerar que el desarrollo reglamentario de la colaboración social conserva vigencia, ahora con la cobertura de la Ley 56/2003, de Empleo. A este respecto, la colaboración social podría encuadrarse entre las medidas o políticas activas orientadas a facilitar la práctica profesional (art. 25.1 c]).

⁷⁰ De todos modos, a los efectos de evitar una fastidiosa y circunstancial reforma de la Ley 51/1980, se optó muy probablemente por asimilar la prestación de RAI a un subsidio por desempleo, lo que incluiría a los perceptores de la RAI en el ámbito subjetivo de la colaboración social. No obstante, me remito a lo ya expresado en cuanto a las notables diferencias constatables entre el subsidio no contributivo y la prestación de RAI. Tras la derogación de la LBE sí sería correcto, desde una perspectiva de jerarquía normativa—que el Real Decreto 3/2004 incida en el ámbito subjetivo de la colaboración social, cuya regulación se encuentra fun-

Además de la objeción técnica señalada, cabe destacar que los trabajos de colaboración social tienen una duración que no podrá exceder de la que falte al trabajador para percibir la prestación o subsidio (art.38.1 b) RD 1445/1982). Por lo tanto, tales acciones pueden tener una duración muy limitada en el caso de perceptores de la RAI ya que como máximo la prestación económica se extenderá hasta los 10 meses.

3.3.2. *Las subvenciones salariales*

La particular apuesta por la inserción se manifiesta además en la posibilidad —francamente ficticia en los términos en que se expresa— de que el trabajador pueda compatibilizar el cobro de la prestación con un trabajo por cuenta ajena durante el tiempo pendiente de percepción (artículo 10.2 RD 945/2002). Como es sabido, la medida opera de modo que el trabajador percibe la prestación económica en su totalidad o en un 50 por 100, pero tal cuantía le es detraída del salario legal o convencional, razón por la cual me parece llamativo que la norma siga refiriéndose a la cuestión utilizando un término —compatible o compatibilidad— que sugiere la existencia de una acumulación de prestación y salario, cuando en realidad la norma no lo permite. Cabe advertir por lo demás, que esta medida no se introdujo en la primera versión de la RAI sino que hizo su aparición en la segunda edición del programa, aprobada mediante el RD 781/2001, si bien los programas de 2002 y 2003-2004 han ampliado y consolidado la medida. A estos efectos, la generalización en el uso de las prestaciones de desempleo como herramienta de política de empleo (Ley 45/2002), vuelve a identificar a la RAI como un excelente y discreto banco de pruebas de la política de empleo estatal. Aunque en este caso concreto se ha de señalar que si bien el artículo 25 del Anteproyecto de Ley de Empleo preveía la generalización de esta técnica, el Proyecto de Ley de Empleo y el texto definitivo de la Ley 56/2003, de Empleo (art. 23.2) han venido a matizar mucho más su entusiasmo⁷¹, lo que

damentalmente en el RD 1445/1982. A este respecto, cabría defender que los programas de colaboración social y sobre todo, su desarrollo reglamentario —RD 1445/1982—han sobrevivido a la derogación de la Ley Básica de Empleo, pudiéndose considerar que cuentan con la cobertura legal de los artículos 23.2 y/o 25.1 de la nueva Ley de Empleo.

⁷¹ Al respecto, ROJO TORRECILLA, E.: «Compatibilidad de trabajo por cuenta ajena y prestaciones por desempleo», *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2003, pág. 134, trae la cuestión a colación a propósito de las críticas ha suscitado tal medida, prevista en el Anteproyecto de Ley de Empleo (art. 25), y que se reflejaron en el dictamen número 7/2002 del Consejo Económico y Social, *Sobre el Anteproyecto de Ley de Empleo*, Madrid, 2002, págs. 11 y 12. En lo que concierne al texto definitivo de la Ley de Empleo, su artículo 23.2 es es mucho más moderado

estaría en consonancia con el nuevo artículo 228.4 LGSS. El régimen de tal compatibilidad en el caso de la RAI puede resumirse en base a los siguientes elementos (art. 10.2 c] y d] RD 945/2003):

— De una parte, en caso de trabajo por cuenta ajena a tiempo completo e indefinido, durante el tiempo pendiente de percepción, se mantiene una «compatibilidad» íntegra de la prestación económica, lo que constituye una notable singularidad —y también un notable beneficio⁷²— ya que en el caso de trabajadores perceptores del subsidio para mayores de 52 años, la «compatibilidad» se limita en cualquier caso a la mitad del subsidio (disposición transitoria quinta Ley 45/2002). Durante este tiempo, el empleador deberá cotizar por todas las cantidades: la correspondiente al salario efectivamente satisfecho y la correspondiente a la cuantía de RAI, cuya percepción directa conservará el trabajador. Por lo contrario, si el contrato es temporal, el empresario se beneficiará de la mitad de la prestación, pero la duración máxima del beneficio se doblará en el tiempo. En fin, si el contrato es a tiempo parcial, se aplicarán las reglas anteriores según el contrato sea indefinido o temporal; ahora bien, se deducirá del importe de la renta la parte proporcional al tiempo trabajado. En todos los casos el empleador quedará eximido de abonar al trabajador la parte equivalente a la prestación de RAI que siga percibiendo, aunque deberá cotizar por ella.

Desde una perspectiva de fondo, cabe efectuar alguna reflexión a propósito de la legitimidad de la «compatibilidad» entre prestación económica y salario en el caso de la RAI, teniendo en cuenta además, la decidida apuesta por la medida en este particular supuesto. Así, se ha criticado no sin razón el uso de las prestaciones por desempleo como mecanismo de política de empleo ya que, partiendo de que el acceso a las mismas depende de una cotización previa, su utilización como vía de ahorro no parece adecuada; además, el empresario se beneficia de un trabajo que no retribuye. De cualquier modo, sin perjuicio de la censura que tales opciones puedan merecer, en el caso de los programas de RAI tal medida no parece criticable ya que en términos generales el acceso a la prestación está desvinculado de cotizaciones previas. Si la prestación está al servicio de la inserción, difícilmente puede criticarse que luego se utilice para incentivar la contratación de los trabajadores incluidos en el programa. Por mucho que repugne que el empleador se beneficie de una prestación de servicios que no retribuye, las dificultades mostradas por los beneficiarios de la RAI parecen justificar la

señalando que las políticas activas de empleo «se complementarán y se relacionarán, en su caso, con la protección por desempleo regulada en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social».

⁷² Lo que ha llevado a RABANAL CARBAJO, P.: «Disposiciones adicionales», ob. cit., pág. 176, a calificar a los empleadores de «beneficiarios» de la RAI.

medida. En todo caso, cabe recordar los notorios paralelismos que se detectan entre la subvención salarial de los programas de RAI y la colaboración social —RD 1445/1982, de 25 de junio— que por cierto, ha sido incluida en 2003 como una acción adicional de inserción en favor de los perceptores de RAI. A este respecto, como es sabido, en las acciones de colaboración social la entidad beneficiaria de la prestación de servicios, se ahorra como mínimo el pago de una parte de la retribución que correspondería al trabajador desempleado. Asimismo, la colaboración social sería una carga que recae sobre el perceptor de prestaciones, y que derivaría del acceso a la protección por desempleo⁷³, lo que también sería aplicable en el caso de contrataciones de beneficiarios de la RAI. Sin embargo, restan algunas significativas diferencias entre la contratación ordinaria de beneficiarios de la RAI y la colaboración social: así, en aquel caso, el empleador debe cotizar por todos los conceptos y por todas las cuantías —salariales y prestacionales— percibidas por el trabajador, mientras que para el caso de la colaboración social no se ha de cotizar ni por la prestación ni por el complemento «parasalarial» percibido por el colaborador social⁷⁴, salvo la cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional (art. 38.5 RD 1445/1982).

En todo caso, los criterios que regulan la admisión en el programa de RAI, especialmente la ausencia de rentas, excluyen a determinados sujetos de la particular atención ante el empleo dispensada, lo que parece difícilmente conciliable con el principio de la igualdad⁷⁵. Además, el diseño del

⁷³ Así lo expresa LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 22, señala cómo las prestaciones de perceptores por desempleo «se sitúan dentro del modelo clásico de la carga correspondiente a una contraprestación social y constituyen una obligación ligada al derecho a la prestación de desempleo»

⁷⁴ Recuérdese que la entidad beneficiaria de la actividad del colaborador deberá completar la prestación o el subsidio correspondiente hasta el importe total de la base reguladora para el cálculo de la prestación contributiva que estuviese percibiendo o que hubiere agotado antes de cobrar el subsidio, lo que por cierto, no es aplicable a la RAI en una parte de los casos; en concreto, cuando se haya accedido a la RAI desde la inactividad. De todos modos, la norma ofrece la solución alternativa: se garantizará el 100 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento (art. 38.4 RD 1445/1982).

⁷⁵ En términos generales, la consideración de la condición de perceptor de prestaciones por desempleo para fomentar el empleo, sea cual sea la vía utilizada, genera dudas respecto al derecho a la igualdad en el acceso al empleo. Al respecto, para la Ley 45/2002, expresa estas reticencias ROJO TORRECILLA, E.: «Compatibilidad de trabajo...», ob. cit. pág. 140. Una visión crítica de tal opción en la Ley 42/1994 en ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Nota en torno a la constitucionalidad de las políticas de fomento del empleo de los trabajadores perceptores de prestaciones por desempleo», en Martínez Abascal, V.A. (coordinador): *Política de empleo y protección social*, Tarragona, Facultat de Ciències Jurídiques/Universitat Rovira i Virgili, pág. 337. En general ante el artículo 25 del Anteproyecto de Ley de Empleo: CES: *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Empleo*, cit. pág. 12. En igual sentido resalta estos riesgos RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La nueva renta...», ob. cit. pág. 10.



programa debiera evitar actitudes grotescas de empleadores ávidos de contratar trabajadores con un largo periodo pendiente de percepción. Por ello, como mínimo, habría sido más conveniente garantizar el incentivo durante un espacio temporal determinado, en lugar de hacerlo depender del tiempo pendiente de cobro. De todos modos, por todo lo apuntado, no se me antoja conveniente la generalización de esta singular subvención salarial, sin perjuicio de que su extensión a través de la Ley 45/2002 a los perceptores del subsidio de mayores de 52 años, pueda ser el preludio de todo lo contrario.

Otro elemento problemático evitado en los programas de 2002 y 2003-2004 es la acumulación abusiva de beneficios de empleo, lo que ha llevado al programa para 2003-2004 a la prohibición de mantener la percepción de la RAI en el caso de «contratos de inserción u otros subvencionados por el Instituto Nacional de Empleo» (art.10.1 d] RD 945/2003). A este respecto, se ha de señalar que la medida es obligada, ya que sería inaceptable acumular los beneficios de la RAI a las bonificaciones y subvención del RD 1451/1983, de 11 de mayo, sobre empleo selectivo y medidas de fomento del empleo de minusválidos⁷⁶; otro tanto cabe señalar respecto de los contratos de inserción⁷⁷. Es más, creo que debiera haberse ido más lejos todavía y haber establecido la prohibición de acceder a la subvención salarial cuando alguna disposición autonómica subvencione la contratación en determinados niveles.

En otro orden de cosas, también parece resaltable que los programas hayan apostado de un modo creciente por el autoempleo, lo que se traduce en una generosa compatibilización de la RAI con la actividad desarrollada por cuenta propia. No en vano, desde el programa inicial (RD 236/2000) en que se autorizaba la compatibilización de la renta con tres meses de actividad por cuenta propia, se ha pasado a aceptar su compatibilización con carácter general (art. 10.2 b] RD 945/2003) y sin límites temporales⁷⁸. Ciertamente, tal entusiasmo no se ha traducido en grandes resultados pero sí en alguna señal positiva, al menos en apariencia. Así, partiendo de las cifras

⁷⁶ Obsérvese que en tal caso sería harto grotesco acumular las ayudas previstas a la inserción de perceptores de RAI con una subvención de 3906'60 euros y unas bonificaciones —mínimas— permanentes de entre el 70 y el 90 por 100 sobre el conjunto de las cuotas patronales a la Seguridad Social (RD 1451/1983)

⁷⁷ A estos efectos, las subvenciones salariales de los contratos de inserción ascienden a la base mínima del grupo de cotización al que corresponda la categoría profesional desempeñadas por el trabajador, así como los complementos salariales de residencia reglamentariamente establecidos. Además, las empresas quedarán exentas del pago de las cuotas a la Seguridad Social por dichos salarios (art. 15.1 d] TRLET).

⁷⁸ Nótese que, en todo caso, que en todos los programas aprobados la prestación se percibe durante un periodo máximo de 10 mensualidades (art. 5.1 RD 945/2003).

correspondientes a 2001⁷⁹, de un total de 2127 perceptores de la RAI colocados, 41 lo hicieron por cuenta propia⁸⁰, lo que supone un porcentaje de autoempleo cercano al 2 por 100 y superior al del 0'9 y 1 por 100⁸¹ de, respectivamente, los perceptores de la prestación y del subsidio. Además, si tenemos en cuenta que la tasa de inserción de los perceptores de RAI es notablemente más baja (*vid infra* punto 4) estos datos adquieren mayor relevancia ya que la tasa de autoempleo de un 2 por 100 debería ajustarse al alza.

3.3.3. *Bonificaciones por la contratación de trabajadores perceptores de RAI*

En último término cabe recordar que la decidida incentivación del empleo de los trabajadores incluidos en la RAI se remacha mediante el establecimiento de bonificaciones a las cuotas patronales a la Seguridad Social por contingencias comunes, unas bonificaciones que han acabado estabilizándose con una notable coherencia, tras algunos tropiezos iniciales. Así, en lo concerniente a los beneficiarios de la RAI en su primera versión (RD 236/2000), lo sorpresivo de su aprobación comportó que no hubiese referencia específica alguna en el programa de fomento de empleo de 2000, lo que implicaba la aplicación de las bonificaciones previstas para los trabajadores mayores de 45 años, circunstancia que se prolongó hasta la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, en el que se establecieron unas bonificaciones específicas pero de escaso interés desde una perspectiva comparativa con otros supuestos⁸².

Finalmente, la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo (disposición final primera), ha dado lugar a un modelo coherente y «com-

⁷⁹ Se advierte que se han tomado las cifras de 2001 porque las de 2002 no reflejan de modo fiel la evolución de los beneficiarios, al haber accedido a los mismos los trabajadores eventuales agrarios de Andalucía y Extremadura, excluidos posteriormente en el programa para 2003. Asimismo, respecto a las cifras de 2003, en el momento de redactarse estas líneas no se ha podido acceder a las mismas.

⁸⁰ MTAS: *Anuario de Estadísticas Laborales*, 2001 PRD-10. Bajas de Beneficiarios, según clase de prestación, por causa de baja.

⁸¹ *Ibidem*, PRD-10, se dan los siguientes datos: en el caso de perceptores de la prestación, de un total de 1.081.980 altas por colocación, se constatan 9910 colocaciones por cuenta propia. Para los beneficiarios del subsidio, de un total de 321.553 altas por colocación, un total de 3.199 lo son por el desarrollo de actividad por cuenta propia.

⁸² La bonificación específica se estableció en un 65 por ciento de las cuotas empresariales por contingencias comunes durante dos años. El problema, posteriormente enmendado, estaba en que en su conjunto tales bonificaciones no eran tan beneficiosas como las previstas para trabajadores mayores de 45 o de 55 años, que se prolongaban —y se prolongan— durante toda la vida del contrato, lo que las hacía notablemente más atractivas.

petitivo» —aunque algo atropellado en su génesis⁸³— de bonificaciones, que se ha mantenido sin modificaciones en los programas de fomento de empleo vigentes para 2003 (art. 47 de la Ley 53/2002, de 31 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) y 2004 (art. 44 de la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social)⁸⁴. De este modo, para las contrataciones⁸⁵ realizadas en 2003 y 2004 el sistema de bonificaciones prevé una interesante división entre subcolectivos:

a) De una parte, la bonificación básica a aplicar sobre las cuotas patronales por contingencias comunes es del 65 por 100 durante los dos primeros años de contratación.

b) Ahora bien, cuando las personas contratadas sean mayores de 45 años, a las anteriores bonificaciones sucederán, tras los dos primeros años de contratación, otras de carácter permanente en un volumen del 45 por 100. Asimismo, si las personas contratadas fuesen mayores de 55 años, tras los dos primeros años de contratación, se tendrá derecho a otras bonificaciones permanentes del 50 por 100 hasta que se alcance la edad de 65 años.

En cualquier caso, cabe advertir que va a ser difícil que el empleador se beneficie al completo y en un primer momento de esas bonificaciones si tenemos en cuenta que las mismas serán incompatibles —parcial o totalmente— cuando, en concurrencia con otras medidas de apoyo público establecidas para la misma finalidad —en este caso, las subvenciones salariales previstas *ad hoc*— superen el 60 por 100 del coste salarial anual del contrato que se bonifica (punto seis del programa de fomento de empleo para 2004). Parece lógico pensar que si la retribución salarial es modesta, la suma de la cuantía de la RAI y la bonificación a las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, superará el 60 por 100 de los costes empresariales en cómputo anual.

Por otra parte, debe recordarse que en la contratación de determinados subcolectivos de perceptores de la RAI sería posible la aplicación de otra

⁸³ RABANAL CARBAJO, P.: «Disposiciones adicionales», ob. cit. págs. 176-177 subraya cómo la precipitación en las reformas introducidas mediante el Real Decreto-Ley 5/2002, llevó a limitar la reforma de las bonificaciones a las contrataciones de beneficiarios de la RAI efectuadas por trabajadores autónomos, una disfunción superada mediante la Ley 53/2002, de acompañamiento.

⁸⁴ A este respecto, los incentivos reflejan la estabilidad general de estos programas, lo que ha llevado a MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C.: «“Más acá y más allá...”», ob. cit., pág. 61, a señalar en referencia al programa para 2004 que «resulta evidente la escasa originalidad que, como venimos poniendo de manifiesto, presenta en relación a aquellos que lo han venido precediendo en el tiempo».

⁸⁵ Recuérdese, no obstante, que las bonificaciones no se limitan a las contrataciones laborales, ya que aquéllas se prevén para cooperativas y sociedades laborales que incorporen como socios trabajadores o de trabajo, entre otros, a beneficiarios de la RAI, siempre que se haya optado por un régimen de Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena.

disposiciones normativas más beneficiosas. Este será el caso, por ejemplo, de las bonificaciones previstas por la contratación de trabajadores con discapacidad, reguladas en el RD 1451/1983, a las que me he referido con anterioridad⁸⁶. Por el contrario, para el caso de las personas víctimas de la violencia doméstica, las bonificaciones previstas con carácter general —65 por 100 de las cuotas patronales por contingencias comunes durante 24 meses⁸⁷— no superan a las establecidas para incentivar la contratación de perceptores de RAI.

Finalmente, el vigente programa de fomento de empleo parece indicar que las bonificaciones son únicamente de aplicación en el caso de contratación indefinida de perceptores de la RAI. De todos modos, considero necesario reflexionar a propósito de la conveniencia de que las bonificaciones a la contratación temporal, fundada en una situación de exclusión social debidamente acreditada por los Servicios Sociales competentes (punto 1.3 del artículo Uno del programa para 2004), pudiese alcanzar a los perceptores de la RAI. En este sentido, da la impresión de que los perceptores de la RAI podrían encajar en el supuesto de «Perceptores de rentas mínimas de inserción o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma» ya que, si partimos de la premisa de que la RAI es una prestación asimilable a una renta mínima autonómica, parecería razonable incluir a los beneficiarios de la RAI entre los candidatos a generar bonificaciones en caso de contratación temporal. Además, debe atenderse a que el supuesto no daría lugar a abuso alguno ya que la percepción de rentas mínimas o prestaciones análogas no constituye una presunción *iuris et de iure* de situación de exclusión, sino que ésta deberá acreditarse por los Servicios Sociales competentes⁸⁸.

En lo concerniente a la conveniencia de bonificar la contratación temporal, creo que tal posibilidad es aceptable ya que, sin perjuicio de que sería mejor un contrato estable⁸⁹, la experiencia de mercado de trabajo es de

⁸⁶ Atiéndase a que este no es propiamente un supuesto encuadrable en el punto 4 del programa de fomento de empleo para 2003, ya que la regulación de incompatibilidades se establece entre supuestos regulados y previstos en el programa de fomento de empleo.

⁸⁷ Se trataría de las bonificaciones aplicables cuando la persona víctima de la violencia doméstica no procede del programa de RAI.

⁸⁸ Señala este aspecto en relación con el programa de fomento de empleo para 2000, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Los estímulos a la contratación laboral: una apuesta, no del todo uniforme, a favor del empleo estable», en Martínez Abascal, V.A. (Coordinador): *Presente y futuro de la contratación laboral y de las pensiones*, Granada, Comares, 2000, pág. 110

⁸⁹ A este respecto, ROJO TORRECILLA, E.: «Compatibilidad de trabajo...», ob. cit., pág. 134, se muestra crítico con el retorno a las bonificaciones por la contratación temporal de trabajadores de edad.



gran interés para estos colectivos⁹⁰. En cualquier caso, la opción interpretativa propuesta adolece de falta de solidez ya que el redactado del supuesto parece sugerir que las «rentas mínimas» o las prestaciones de «igual o similar naturaleza» deben ser autonómicas; de lo contrario, no se entendería la referencia del programa a la denominación «adoptada en cada Comunidad Autónoma». En fin, sin perjuicio de asumirse tales problemas interpretativos, considero que lo más razonable sería incluir a los perceptores de la RAI entre los colectivos de personas que, acreditada su situación de exclusión social, viesan reforzada su contratación temporal mediante unas bonificaciones del 65 por 100 de las cuotas empresariales por contingencias comunes durante dos años.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Tras haber destacado algunos aspectos técnicos de los programas habidos hasta el presente, de los escasos datos con que se cuenta⁹¹, cabe resaltar que sin duda, el número de beneficiarios ha sido muy bajo. En concreto, en promedio anual figuran 3966 para el programa de 2000, 7752 para el de 2001 y, en fin, en torno a 51.000 en el programa de 2002, con el matiz en este último caso, de que incide en el crecimiento de beneficiarios la ampliación un tanto flexible —y ya corregida— de los trabajadores excluidos de la protección por desempleo de Régimen Especial Agrario. En este sentido, se ha apuntado la conveniencia de favorecer el acceso a la RAI de todos los beneficiarios potenciales, que parecen ser mucho más numerosos de los que finalmente acceden a los programas⁹². En todo caso, la comparación con los beneficiarios de otras prestaciones es francamente apabullante: piénsese que el promedio de perceptores de prestaciones de desempleo en 2000 fue de 446.678 personas, cifra que se elevó a 501.258 en 2001⁹³.

⁹⁰ Una tesis defendida en mi trabajo «Comunidades autónomas y fomento del empleo de perceptores de renta mínima de inserción», *Relaciones Laborales* núm. 18, 1997.

⁹¹ Como se ha señalado con anterioridad, en el momento de redactarse estas líneas no se cuenta con datos detallados de 2003 y los referentes a 2002, que sí están disponibles, no son demasiado fiables los efectos de este comentario ya que a lo largo de 2002 buena parte de los beneficiarios de RAI fueron trabajadores eventuales agrarios de Extremadura y Andalucía, personas que a mi juicio no encajan en el perfil típico de beneficiario de la RAI. En todo caso, me remito a las reflexiones vertidas al inicio de este artículo.

⁹² Así lo expresa MOLINA NAVARRETE, C.: «Las “rentas activas de inserción”...», ob. cit. pág. 163, al apuntar que para el programa de 2001, apenas habían accedido al mismo un 12 por 100 de los potenciales beneficiarios. Añado yo que probablemente algunos de ellos han permanecido en las rentas autonómicas por ignorancia o por desidia.

⁹³ Fuente: MTAS: *Boletín de Estadísticas Laborales*, 3/2003, PRD-1, Beneficiarios de prestaciones según tipo de prestación y tasas de cobertura de desempleo.

Más allá del elemento cuantitativo parece interesante destacar algunos elementos cualitativos que se deducen de los datos facilitados por la administración. Así, las cifras globales de alta por colocación —por cuenta ajena y por cuenta propia— son bastante decepcionantes. De este modo, las cifras del año 2001⁹⁴ indican que de un total de 13.976 beneficiarios, sólo se insertaron un total de 2127; es decir, un 15'21 por 100 de los mismos. Se trata de una cifra que pone en evidencia las carencias formativas y de experiencia de mercado de trabajo de los beneficiarios del programa ya que, en contraposición, el porcentaje de baja por colocación es mucho más elevado en el caso de perceptores de subsidios y prestaciones por desempleo; respectivamente, de un 58'07 y de un 36'50 por 100⁹⁵.

En cualquier caso, más allá del intrínseco valor de esta figura para los colectivos a quien se dirige, la RAI ha tenido la utilidad de permitir experimentar técnicas y soluciones que en un momento posterior pueden y en algunos casos deben ser aprovechadas en políticas de mayor alcance. Algo de todo ello ha quedado reflejado en el trabajo realizado. Asimismo, se me antoja interesante que la política de empleo estatal dirija su atención a colectivos tradicionalmente ausentes de su interés ya que, posiblemente, la atención al empleo y a la protección social desde una prestación de Seguridad Social implica un tratamiento más normalizado y menos estigmatizante que el de las rentas autonómicas. Ahora bien, si el balance es positivo para la administración, debiera plantearse la posibilidad de que en un futuro próximo la prestación económica y las acciones de apoyo al empleo tengan carácter estable⁹⁶. A este respecto, el alcance temporal del programa de RAI para 2004 aparece como la antesala de su consolidación como incentivo permanente. En relación con programas anteriores el cambio es sustancial ya que la posibilidad de acogerse al programa se extiende desde el día 11 de enero hasta el 31 de diciembre de 2004, sin perjuicio de que «las acciones y percepciones derivadas de éste puedan realizarse, concluirse o percibirse con posterioridad a esa fecha» (punto 2 de la disposición final primera del RD 3/2004). A este respecto, la disposición final segunda del RD 3/2004⁹⁷ va

⁹⁴ No se han tenido en cuenta las cifras correspondientes a 2002 porque en ellas no se contemplan de modo diferenciado a los perceptores provenientes del desempleo agrario.

⁹⁵ Fuente: *Anuario de Estadísticas Laborales y de Asuntos Sociales*, 2001, PRD-10. Bajas de beneficiarios según clase de prestación, por causa de la baja.

⁹⁶ En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: «Las «rentas activas de inserción»...», ob. cit., pág. 170.

⁹⁷ Curiosamente, esta disposición señala que el Gobierno podrá prorrogar el programa para 2003 (RD 945/2003) en futuros ejercicios, de lo que cabe intuir un respaldo al formato del programa para 2003. Ahora bien, no parece que tal disposición final fuese necesaria ya que a mi modesto entender, el Gobierno puede hacer lo que estime oportuno sin necesidad de tal disposición.



en la línea, tal vez innecesaria, de facilitar la consolidación del programa en su formato de 2003-2004.

Finalmente, subrayar que la aplicación de las soluciones puestas en marcha en la RAI a otras situaciones exige, a mi juicio, una reflexión sosegada sobre su necesidad, eventual eficacia y las posibilidades de ejecución por los servicios públicos de colocación o entidades colaboradoras.





LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO BAJO LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: «OPERACIONES DE AJUSTE» EN LAS FIGURAS DE EMPRESARIO Y TRABAJADOR

ANA ISABEL GARCÍA SALAS

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

EXTRACTO

La normativa de prevención de riesgos laborales no podrá ser totalmente eficaz en la lucha contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales mientras no se dé cumplimiento a sus disposiciones de una manera adecuada. Es por ello que este trabajo está destinado a facilitar la interpretación de la LPRL y su normativa adyacente en referencia a un sector específico incluido dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la misma, al que se reconocen unas determinadas peculiaridades sociológicas y jurídicas. La realidad del trabajo en el seno de sociedades cooperativas, así como la asimilación de las mismas y de los socios trabajadores a las figuras de empresario y trabajador a efectos preventivos, inspiran una serie de reflexiones y una concreta recogida de datos acerca de la forma en que puede articularse la asunción de derechos y deberes de seguridad y salud por parte de estos sujetos respetando esas peculiaridades.

La toma en consideración de las distintas legislaciones cooperativas estatal y autonómicas, así como la doble naturaleza de la posición del socio trabajador en cuanto a su pertenencia a la sociedad y su forma de prestar servicios con destellos laboralizantes, contribuyen a ir estableciendo pautas; y así concluir en diferentes sentidos, según que sea la propia LPRL la que establezca la regla especial, o la legislación cooperativa la que plantee la solución directa o indirectamente, o bien sea la jurisprudencia la que zanje la cuestión, etc. En cada una de las situaciones aquí planteadas, siguiendo un criterio en ningún caso taxativo sobre las más importantes «operaciones de ajuste» que cabría hacer al respecto, se procura, por un lado, diseñar un marco general de actuación de los sujetos protagonistas en la materia, y por otro, dar salida a algunos de los obstáculos que se presentan para la operatividad de la normativa de prevención en el ámbito cooperativo.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: TRABAJADOR Y EMPRESARIO EN EL SENO DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS
2. EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO
 - 2.1. La cooperativa en el papel de empresario y la participación en la misma del socio trabajador
 - 2.2. Algunas «operaciones de ajuste» en la aplicación de medidas de seguridad y salud en el trabajo
 - 2.2.1. El coste de las medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo
 - 2.2.2. Participación y representación de los socios trabajadores como medida de seguridad y salud en el trabajo
 - 2.2.3. Colectivos especialmente protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales
 - 2.3. La doble posición del socio trabajador ante el cumplimiento de sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo
3. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
 - 3.1. Responsabilidades de la sociedad cooperativa y del consejo rector. En especial, en cuanto al recargo de prestaciones de Seguridad Social
 - 3.2. Responsabilidades de los socios trabajadores

1. INTRODUCCIÓN: TRABAJADOR Y EMPRESARIO EN EL SENO DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

En respuesta a la vocación de universalidad que refleja la Exposición de Motivos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)¹, su artículo 3.1.p.º1.º extiende el ámbito subjetivo de aplicación de la misma «a las sociedades cooperativas, constituidas de acuerdo con la legislación que les sea de aplicación, en las que existan socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal, con las particularidades derivadas de su normativa específica»². Dos son entonces

¹ Es preciso aclarar que la reciente reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, por Ley 54/2003, de 12 de diciembre, no se refiere específicamente a la materia cooperativa; si bien puede afectarle en cuanto a la aplicación de algunas disposiciones preventivas generales objeto de modificación, que en todo caso no se extienden a los puntos tratados en este trabajo.

² Anteriormente, sólo se preveía esta sujeción en la normativa de cooperativas, en el artículo 118.5 de la Ley 3/1987, General de Cooperativas; al que ha seguido también el artículo 80.5 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LC): «Serán de aplicación a los centros de trabajo y a los socios trabajadores las normas sobre salud laboral y sobre prevención de riesgos laborales, todas las cuales se aplicarán teniendo en cuenta las especialidades propias de la relación societaria y autogestionada de los socios trabajadores que les vincula con su cooperativa». Asimismo, realizan esta remisión las legislaciones autonómicas, como la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (LSCA), en su artículo 123.3; la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia (LCG), artículo 107.5; la Ley 4/

las premisas de partida: una, el sometimiento de esta modalidad de trabajo a la normativa de prevención de riesgos laborales, y otra, el reconocimiento de las particularidades que son propias del trabajo en cooperativas.

En cuanto a la primera, la normativa prevencionista será aplicable tanto en el terreno de las cooperativas de trabajo asociado³, donde el elemento característico es la figura del socio trabajador (artículo 80.2 LC), como también —según se indicaba expresamente en el Anteproyecto de LPRL— a las demás clases de cooperativas que cuenten con socios trabajadores y con socios de trabajo⁴ —aunque la finalidad principal de estas últimas no consista en proporcionar dichos puestos⁵—. Y respecto a la segunda premisa, demuestra el legislador una buena dosis de realismo al referirse a las particularidades que, según se expresan en su normativa específica, rodean al trabajo en cooperativas⁶. Dichas particularidades fueron precisamente puestas

1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (LCM), artículo 105.4.d); y la Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de Cataluña (LCAT), artículo 116.4.c), entre otras. La nueva Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (LCV), por ejemplo, no dice nada expresamente, aunque prevé que «en lo no regulado de forma expresa por esta ley en materia de cooperativas de trabajo asociado, será de aplicación supletoria a la relación cooperativa lo dispuesto para ella en la Ley Estatal de Cooperativas» (artículo 89.3 *in fine*).

³ Definidas legalmente (artículo 80.1 LC), como «las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros». Del mismo modo, la doctrina ha elaborado también un concepto de Cooperativa de Trabajo Asociado (ver GONZÁLEZ DE PATTO, R. M., «El nuevo régimen jurídico de las relaciones de trabajo en las cooperativas de trabajo asociado: ambivalencias en el proceso de laboralización del socio trabajador», *T.L.*, núm. 53/2000, p.58), como «la que asocia fundamentalmente trabajadores organizados en empresa o colectivamente para ejecutar obras, tareas o servicios para terceros mediante su trabajo personal cuyo capital social está constituido por aportaciones de los socios trabajadores y en su caso de los asociados (si la figura se contempla en los correspondientes Estatutos)».

⁴ Los socios de trabajo —esto es, aquellos cuya actividad cooperativizada consistirá simplemente en la prestación de su trabajo personal, sin aportaciones de capital— no pueden ser previstos por los estatutos de una cooperativa de trabajo asociado —ni de explotación comunitaria de la tierra—, pero, en aquellas modalidades de cooperativas en que sí puedan serlo, gozarán del derecho al mismo grado de protección de su seguridad y salud que los socios trabajadores (ver, al respecto, el artículo 13.4 LC).

⁵ Como apunta GARCÍA MURCIA, J., en su artículo «Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo», *RR.LL.*, núm. 7/8, 2000, p. 148; en sintonía con el Dictamen 8/94 del Consejo Económico y Social (CES), sobre el Anteproyecto de LPRL, adoptado por el Pleno del Consejo el día 19 de octubre de 1994 (Dictámenes CES, 1994, p. 121).

⁶ Dichas peculiaridades se encuentran precisamente en la Ley 27/1999, cuyo ámbito de aplicación, sin embargo, se circunscribe «a las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias comunidades autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal» (artículo 2.a LC); porque no se puede olvidar que la materia cooperativa ha sido una competencia asumida legislativamente por algunas Co-

de manifiesto por el Dictamen 8/94 del CES⁷, que consideraba necesaria una modificación de la idea original del Anteproyecto de Ley; de manera que al texto de la definitiva LPRL no fuera añadida la inclusión de las sociedades cooperativas sin más, sino con un reconocimiento expreso de las características propias derivadas de su normativa correspondiente, como finalmente se hizo. Ahora bien, la conjunción de ambas premisas no llega a limitar muy sustancialmente la aplicación de la normativa preventiva, aunque se reconozcan las particularidades; ya que podría decirse que «prácticamente toda la LPRL y su desarrollo es trasladable íntegramente a este supuesto»⁸. Más bien, lo que se permite es «realizar operaciones de ajuste a la realidad cooperativa»⁹.

La muestra de ello se encuentra, sin ir más lejos, en el artículo 3.1.p.º2.º LPRL, redactado con el siguiente tenor: «Cuando en la presente Ley se haga referencia a trabajadores y empresarios, se entenderán también comprendidos en estos términos, respectivamente, (...) los socios de las cooperativas a que se refiere el párrafo anterior y las sociedades cooperativas para las que prestan sus servicios». La propia LPRL realiza, pues, la primera «operación de ajuste» entre la relación laboral común —prototipo empleado por la normativa de seguridad y salud— y la relación societaria en una cooperativa. No obstante, se observa una equiparación de sujetos —cooperativa/empresario y socio/trabajador por cuenta ajena—, que es planteada de manera excesivamente generalista quizás, y da la impresión, por ello, que se expresa en términos absolutos; lo cual no es exactamente así, pues se precisa adaptar la LPRL, en algunos de sus aspectos, a una realidad más compleja que la que se utiliza como modelo en su articulado —en ocasiones, inexplicablemente simplista—. Concretamente, se pone de relieve, sin resquemor alguno, el tipo de relación que debido a esta equiparación va a presidir la interacción de ambos protagonistas, a efectos del régimen jurídico aplicable en materia de prevención de riesgos laborales, y que es el que plantea las cuestiones más interesantes; pues la relación con los trabajadores no socios será la de cualquier tipo de sociedad civil o mercantil con sus asalaria-

munidades Autónomas, a través de sus Estatutos de Autonomía (gracias al permiso que concede el artículo 149.3 CE), dando lugar al nacimiento de leyes autonómicas como las que acabamos de mencionar anteriormente. Esta circunstancia limita el campo de aplicación de la ley estatal; aunque las normativas autonómicas coinciden con aquella en muchos de sus extremos (como se podrá comprobar).

⁷ Dictámenes CES, *op. cit.*, p. 122.

⁸ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A. V. y OTROS, (*Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Civitas, 2001, p. 58).

⁹ Como acertadamente matiza CARDONA RUBERT, M. B., «Prevención de Riesgos Laborales en las cooperativas», *AS*, 2001-V, p. 502.

dos por cuenta ajena¹⁰ —a salvo la circunstancia de la convivencia de ambas categorías de trabajadores y los problemas de cómputo para, por ejemplo, la elección de delegado de prevención o la constitución de servicios de prevención¹¹—.

Teniendo en cuenta, por ello, que entre las sociedades cooperativas y los socios trabajadores no existe formalmente una relación de trabajo por cuenta ajena, sino una relación societaria (artículo 80.1 *in fine*), la LPRL ha querido asimilar dicha situación a la «relación de ajenidad sobre la que está montada esta normativa»¹², siguiendo «el criterio sustantivo relativo a la forma de prestar servicios»¹³. Y aunque es cierto que desde el punto de vista material la relación también carece de algunas notas importantes de laboralidad, como la ajenidad en los riesgos¹⁴, la regulación cooperativa muestra suficientes destellos de laboralización como para que las «operaciones de ajuste» obtengan el suficiente éxito; así, mediante la previsión de un estatuto laboral del socio trabajador inspirado en el Título I del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁵ —en la propia Ley estatal de Cooperativas, y aún más en las legislaciones autonómicas¹⁶—, permitiendo su afiliación al

¹⁰ En esta línea, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, 1996, p. 61.

¹¹ Como explican más detalladamente CARDONA RUBERT, M. B., «Prevención de Riesgos Laborales...», *op. cit.*, pp. 504 y ss; o MORENO MÁRQUEZ, A., *Los sujetos protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 2002, pp. 125 y 126.

¹² Ver GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995...*, *op. cit.*, p. 61.

¹³ MORENO MÁRQUEZ, A., *Los sujetos protegidos...*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴ Así lo argumenta ORTIZ LALLANA, M. C. (*La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*, Bosch, 1989, pp. 36 y ss), basándose en la imputación de pérdidas a los socios trabajadores (artículo 59.2.c LC); o en la naturaleza extrasalarial del elemento retributivo (que ha venido a confirmar el artículo 80.4 LC). Por su parte, SANTIAGO REDONDO, K. M. (*Socio de cooperativa y relación laboral*, Ibidem, 1998, pp.258 y ss.), sale en defensa de la laboralidad de la relación del socio trabajador con la cooperativa, utilizando, entre otros argumentos, la discutible ajenidad en los riesgos, que el propio autor identifica con la nota de retribución.

¹⁵ 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.

¹⁶ Así, por ejemplo, del artículo 123.1 LSCA, se desprende incluso la consideración del derecho laboral común norma mínima: «Las líneas generales relativas a la organización laboral, la jornada, el descanso semanal, las fiestas, vacaciones y permisos, la clasificación profesional, la movilidad funcional y geográfica, las excedencias o cualquier otra causa de suspensión o extinción de la relación de trabajo en régimen cooperativo y, en general, cualquier otra materia vinculada a los derechos y obligaciones del socio como trabajador, deberán ser regulados por los Estatutos o por acuerdo de la Asamblea General, respetando las disposiciones de este capítulo y los derechos y garantías legalmente establecidos en el derecho laboral común» (ver asimismo, al respecto, GONZÁLEZ DE PATTO, R.M., «El nuevo régimen jurídico...», *op. cit.*, p. 68); en el mismo sentido, y por citar otros ejemplos, el artículo 89.3 LCV, o el artículo 107.1 LCG.

Régimen General de la Seguridad Social —en virtud de la opción que la Disposición Adicional Cuarta de la Ley General de Seguridad Social (LGSS)¹⁷ concede a la cooperativa a través de sus Estatutos—, etc¹⁸. De hecho, es tal el proceso de laboralización seguido que, en ocasiones, la Inspección de Trabajo, al fiscalizar el trabajo en cooperativas —tal y como resulta del artículo 113 LC—, ha creído encontrarse ante un fraude de ley por encubrimiento de una relación laboral por cuenta ajena. Y realmente podría pensarse que ello es así, dadas las numerosas similitudes en la manera de prestar el trabajo; si bien, queda claro que, cumpliendo los requisitos exigidos por la Ley de Cooperativas, «tal organización debe reconocerse como una pura y dura realidad jurídica» (STSJ Cataluña, 25 de julio de 2001, RJ 3651).

Por todo ello, no es de extrañar la progresiva consolidación de la teoría sobre la naturaleza mixta que posee la relación del socio trabajador con la cooperativa¹⁹; confirmada como «*status* jurídico mixto», por la STS de 29 de mayo de 1990 (RJ 4516), pues «se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo, con tratamiento jurídico-laboral en no pocos aspectos». Es más, ante una relación jurídica mixta, como la que contemplamos, donde existe una regulación distinta a la laboral común —que, no obstante, es de aplicación subsidiaria—, así como la relajación en el cumplimiento de algunas de las notas de laboralidad, no podría descartarse que, llegado el momento, asistiéramos al nacimiento de una nueva relación laboral especial²⁰; pues estas diferencias no han sido óbice para que a otros colectivos se les haya reconocido tal condición²¹. Así, el personal de alta dirección no se encuentra realmente sujeto a una relación de dependencia y subordinación, que se asemeja más bien a un contrato civil con prestación de servicios; y el empleado del hogar familiar ni siquiera presta sus servicios a un verdadero empresario, sujeto de derechos y obligaciones generales, sino a un titular del hogar

¹⁷ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Reunificado de la Ley General de Seguridad Social.

¹⁸ Más detalladamente, expone estas razones LUJÁN ALCARAZ, J., «El socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas», AS, 1999-V, pp. 131 y ss.

¹⁹ MONTOYA MELGAR, A., «Sobre el socio trabajador...», *op. cit.*, p. 145.

²⁰ En el contexto del apartado i) del artículo 2.1 ET: «Se considerarán relaciones laborales de carácter especial (...) cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley».

²¹ Afirmaba GONZÁLEZ DE LENA, F. («Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores», *RRLL*, núm. 2, 1986, p. 16) que «la regulación de las relaciones laborales de carácter especial ha buscado conciliar la aplicación en estos ámbitos específicos de los derechos y deberes básicos, comunes al conjunto de la normativa laboral, con la valoración de las peculiaridades que, precisamente por concurrir en estas relaciones, han determinado su especialidad con respecto a las relaciones laborales comunes»

familiar o empleador, al que ni siquiera le es de aplicación precisamente la LPRL (según el artículo 3.4 de la misma).

Cierto es que la propia razón de ser de la cooperativa se resiste a un proceso de ese tipo, y además está constituida por socios que tienen exclusivamente una relación mercantil con la misma²²; lo que implica, entre otras cosas, participar en la dirección de la sociedad y en el reparto de beneficios. Pero, no sólo esta participación dista de ser una intervención directa en las facetas típicamente empresariales que afectan a su prestación de trabajo —como más adelante se comprobará—, sino que el reparto de beneficios no es exclusivo de la condición de socios —en tanto en cuanto puede ser pactado, por ejemplo, por personas que intervengan en operaciones mercantiles sujetas al Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto (artículo 1), que se incluyen en el listado de relaciones laborales de carácter especial—. No quiere decirse con todo esto que estemos ante una relación laboral especial descolocada o desenfocada, cuya reubicación aquí se reivindique —entre otras cosas, porque el listado del artículo 2.1 ET no obedece a un patrón rígido o cerrado—; sino ante una relación que, a nuestro juicio, reúne cualidades suficientes para que, si ello fuera conveniente y beneficioso para los sujetos afectados —fundamentalmente para los actuales socios trabajadores—, se pudiera barajar esta posibilidad.

De momento, en la materia de prevención de riesgos laborales, la idea general se centra en que los socios trabajadores de cooperativas, como también los trabajadores por cuenta ajena contratados por la propia cooperativa, gozan de los derechos que en esta materia les asistan como trabajadores. En el caso de la seguridad y salud como condición de trabajo, la mayoría de las reglas aplicables se integrarían, por tanto, en lo que ya se vino a denominar «grupo normativo estrictamente laboral»²³. Tampoco la doctrina más especializada²⁴ ha advertido problema alguno en establecer la fic-

²² Resulta muy relevante la referencia de LUJÁN ALCARAZ, J. («El socio trabajador de las cooperativas...», *op. cit.*, pp. 130 y 131) a esta situación, sobre la que comenta esencialmente: «Se trata desde luego de una concreta opción legislativa contraria a la laboralización de la relación de trabajo de estos socios con la cooperativa que, desde un punto de vista técnico, resulta irreprochable: pese a la más que probable existencia de argumentos suficientes para afirmar la concurrencia en la relación discutida de las típicas notas de trabajo dependiente por cuenta ajena (...) resulta oportuno advertir cómo la coexistencia de una doble relación social y laboral no sólo está admitida en las sociedades capitalistas, sino que es regla cuando las relaciones entre socio trabajador y sociedad laboral se trata».

²³ MONTÓYA MELGAR, A., «Sobre el socio trabajador de la cooperativa de trabajo asociado», en AA. VV., *Estudios en memoria del Profesor Bayón*, Tecnos, 1980, p. 145; que estableció diferencias en virtud de la distinta naturaleza de las reglas que se aplican a las cooperativas.

²⁴ Ver también, GARCÍA MURCIA, J., «Trabajo autónomo...», *op. cit.*, p. 148.

ción de la equiparación empresario/cooperativa; pues, a efectos de la seguridad y salud laboral, la prestación de servicios realizada por los socios trabajadores es desempeñada, en la práctica, en un contexto similar al de la propia empresa en lo que a su organización y dirección se refiere, con impartición de órdenes e instrucciones por parte de los órganos de dirección, al más puro estilo empresarial²⁵.

2. EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

2.1. La cooperativa en el papel de empresario y la participación en la misma del socio trabajador

Siguiendo este modelo laboralizado, la cooperativa, institución de base societaria, ejercerá el papel de empresario en cuanto a los deberes que a éste son atribuidos en los artículos 14 a 28 LPRL —deber general de prevención, principios de acción preventiva, evaluación de riesgos, plan de prevención, puesta a disposición de medios de protección colectivos e individuales, deberes de información, consulta y participación, formación preventiva, documentación, vigilancia de la salud, medidas de emergencia, de riesgo grave e inminente, etc...—; así como en todas aquellas disposiciones especiales en función de la actividad, previstas a lo largo de la extensa normativa de prevención. Para ello, según se desprende de la LPRL, la sociedad cooperativa deberá poner en funcionamiento las mismas reglas, protocolos e instrumentos exigidos a las empresas para conseguir que la prevención sea una realidad en el seno de la misma. Pero, para que esto sea practicable en toda su extensión, es preciso analizar previamente, entre otros aspectos, la complejidad que envuelve la forma en que se organiza la dirección de una cooperativa.

Como persona jurídica, la cooperativa llevará a cabo el cumplimiento de estas obligaciones a través de la actuación de sus órganos de dirección y gobierno —la Asamblea General y el Consejo Rector, fundamentalmente—. La Asamblea General «fijará la política general de la cooperativa» (artículo 21.1 LC) y perfilará la normativa interna de la misma (artículo 21.2.c LC); y el Consejo Rector se ocupará, de manera permanente, de llevar a término y concretar las indicaciones generales de la Asamblea, pues será el «órgano colegiado de gobierno al que corresponde, al menos, la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la sociedad coo-

²⁵ Como corrobora ORTIZ LALLANA, M. C., *La prestación laboral...*, op. cit., p. 41.



perativa» (artículo 32.1 LC)²⁶. Con esta última atribución de competencias generales, se está diciendo además que a los dos máximos órganos de poder en la cooperativa se sumarán una serie de órganos y de puestos de dirección en cascada, que serán supervisados y controlados por el propio Consejo Rector (como directores, comisiones, gerencias, etc.)²⁷. Pero la figura empresarial es la sociedad cooperativa, sin ningún género de dudas, en todos y cada uno de los apartados a los que se refiere la normativa de prevención. Si fuera de otro modo, el legislador habría diferenciado a la sociedad de sus órganos representativos, teniendo en cuenta así la indicación realizada por el CES en referencia al papel de los distintos órganos de la cooperativa; dicha indicación consistía en completar el artículo 3.1.p.2.º LPRL —donde se equiparan las sociedades cooperativas a los empresarios— con la siguiente excepción: «salvo que esta Ley o sus normas de desarrollo se refieran al Consejo Rector o al representante de aquellas».

Asimismo, dentro de la estructura cooperativa, se prevé la creación estatutaria de otros órganos, como las secciones (artículo 5 LC, y concordantes en las correspondientes normativas autonómicas), en el sentido de agrupaciones voluntarias de socios en unidades autónomas de gestión —incluso con cuentas y patrimonios separados, pero sin personalidad jurídica independiente—, que, dentro del objeto social general de la cooperativa, realizan actividades económico-sociales específicas, derivadas o complementarias al mismo —según se desprende de lo establecido en las distintas normativas—. En cuanto a su funcionamiento general, sus decisiones se encuentran sometidas al control de la Asamblea y su representación y gestión siguen correspondiendo al Consejo Rector, sin perjuicio de que se designe un director o apoderado de la sección. Estas secciones podrían adquirir relevancia en materia de prevención de riesgos laborales, desde el momento en que suponen una descentralización productiva y directiva interna a la propia cooperativa, con las dificultades que ello conlleva y los consiguientes esfuerzos en el ámbito de la organización preventiva y de la integración de la prevención en la empresa; aún más si la actividad que realizan puede considerarse de una peligrosidad mayor que la que alcanzan otros tipos de activi-

²⁶ El papel que juegan ambos se encuentra muy bien delimitado en palabras de SANTIAGO REDONDO, K. M. (*Socio de cooperativa...*, *op. cit.*, pp. 192 y ss): «No es la Asamblea quien administra de manera constante la fuerza de trabajo; se limita a dibujar el esquema en el que tiene que desplegarse y a tomar ciertas decisiones de gran trascendencia. (...) Es el órgano llamado a poner en práctica sus directrices, el Consejo Rector, el que, con amplia autonomía además, se ocupará de tal cometido; es él, en definitiva, el que aparece como punto visible de la organización».

²⁷ Ver, en este sentido, las referencias a la delegación de facultades y a la figura del director realizadas por las normativas autonómicas; así, el artículo 48 LCV, el artículo 45 LCM, o los artículos 44, 48 y 49 LCAT.

dad que se lleven a cabo en el seno de la sociedad —en cuanto a la constitución de servicios de prevención propios o contratación de ajenos, pasando por un procedimiento especial de evaluación de riesgos, el correspondiente plan de prevención, la adopción de medidas específicas de protección, de emergencia, de formación preventiva, etc.—.

Ahora bien, en medio de toda esta estructura directiva y de representación, la cooperativa presenta una importantísima peculiaridad, cual es la participación de los socios trabajadores en estos órganos. El artículo 20 LC comienza diciendo que «la Asamblea General es la reunión de los socios». Y el artículo 34.2 LC advierte que, salvo que haya que designarse a una persona física para que represente a un consejero persona jurídica o se nombren a personas cualificadas y expertas que no excedan de un tercio del total, «tan sólo podrán ser elegidos como consejeros quienes ostenten la condición de socios de la cooperativa»; dicha elección se realizará además por la Asamblea General, por los propios socios (artículo 34.1 LC). En este contexto, aun cuando su participación decisional en la Asamblea guarde una cierta distancia con la ejecución del trabajo propiamente dicha²⁸, y una eventual incorporación al Consejo Rector o a sus órganos delegados suponga normalmente —aunque no siempre— la asunción de funciones directivas que darán contenido a su prestación —ya sea similar a la desempeñada por la alta dirección, la dirección común o la del mero desempeño del cargo de consejero—, este doble rol, en definitiva, del socio trabajador, que ha derivado —como se ha admitido— en el reconocimiento de una relación de naturaleza jurídica mixta con forma mercantil, no puede sino afectar de alguna manera el desenvolvimiento de la «aparente relación laboral» a la que se quiere aplicar la LPRL. No se está hablando aquí de que la figura del socio trabajador pueda diluirse completamente en la posición empresarial²⁹ —aunque esta identificación va siendo mayor cuanto más pequeña sea la cooperativa—. Se trata más bien de que ese beneficio que el socio trabajador obtiene directamente de su participación en los más altos niveles de decisión, tanto por las compensaciones económicas, como por la creación, conformación y regulación del puesto del trabajo que posteriormente ocupa, no resulta baladé en el reparto de unas obligaciones, tan especialmente gravosas para la posición empresarial, como son las que conforman los deberes de seguridad y salud en el trabajo.

²⁸ Así, SANTIAGO REDONDO, K. M. (*Socio de cooperativa...*, *op. cit.*, p. 178) procura demostrar la compatibilidad entre esta participación y la laboralidad de la situación del socio trabajador.

²⁹ Claramente argumenta, SANTIAGO REDONDO, K. M. (*Socio de cooperativa...*, *op. cit.*, p. 164) que «la participación en sentido estricto presupone la ausencia de titularidad. Se participa porque no se es titular de la organización».



2.2. Algunas «operaciones de ajuste» en la aplicación de medidas de seguridad y salud en el trabajo

Teniendo presente todas estas circunstancias, se habrá de poner en práctica la LPRL, adaptando su letra a la realidad de la cooperativa. Porque, en verdad, la LPRL no ha hecho tantas referencias a las particularidades de las cooperativas, como así le recomendó el CES, y como, a simple vista, parece insinuar el artículo 3.1. LPRL.

2.2.1. *El coste de las medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo*

El primer ejemplo puede encontrarse en un apartado tan general como el coste de las distintas medidas de seguridad y salud en el trabajo, que el artículo 14.5 LPRL prohíbe hacer recaer sobre los trabajadores. Este punto fue objeto de intento de modificación por parte del CES, en su Dictamen 8/94, cuando dicha consideración se recogía en un apartado que formaba parte del artículo 28 del Anteproyecto de Ley (hoy artículo 29 LPRL). En este sentido, se proponía una importante matización consistente en que, en el caso de cooperativas integradas por socios trabajadores, la Asamblea General podía decidir sobre la posibilidad, cuantía y forma de costear aquellas medidas con cargo a los mencionados socios. Dicha matización no fue finalmente recogida por la LPRL, ni en su artículo 14 ni en el artículo 29. No obstante, se trata ésta de una cuestión perfectamente posible en la práctica, teniendo en cuenta que dichos socios trabajadores son también sociedad en sí mismos, y, por lo tanto, de una u otra manera, el coste de estas medidas terminan recayendo en ellos, aunque sea de forma indirecta³⁰. El modo en que se hiciera recaer sería objeto asimismo del acuerdo de la Asamblea General, en atención a las reglas de funcionamiento de las cooperativas. Pero no se puede ser ajeno a los peligros que esta posibilidad de monetarización de su seguridad y salud en el trabajo podría acarrearles a los socios trabajadores; por lo que debe entenderse que, con su silencio, la LPRL intenta prohibir igualmente esta posibilidad en el caso de las sociedades cooperativas, para preservar a los socios trabajadores de los riesgos y tentaciones de dicha política.

³⁰ Así, el propio CES reconocía que «es claro que existe una autogestión del trabajo y, puesto que la política retributiva la deciden los propios socios (ya que no hay ajenidad, ni relación laboral), no debería impedirse que sea el propio colectivo social laborante el que decida si debe asumir un cierto sacrificio (siempre parcial) de sus rentas societarias en beneficio de una mayor, y mejor, seguridad y calidad en las condiciones de trabajo».

Sobre cuestiones parecidas, también se advierten más particularidades en la aplicación de la normativa de prevención al régimen de cooperativas; como, por ejemplo, que el coste de la formación preventiva —que tampoco «recaerá en ningún caso sobre los trabajadores» (artículo 19.2 LPRL)— pudiera ser sufragado con cargo a la reserva constituida en la figura del Fondo de Educación y Promoción (artículo 56 LC)³¹. Se trata de una institución típicamente cooperativizada, compuesta básicamente por excedentes cooperativos³², subvenciones o donaciones, previsiones estatutarias o asamblearias y el montante de las sanciones económicas a los socios trabajadores, y que tiene entre sus finalidades precisamente su formación y educación.

Finalmente, en relación con estos temas económicos, el artículo 15.5 LPRL menciona expresamente a las sociedades cooperativas, con el objeto de otorgarle, como a los empresarios y a los trabajadores autónomos, la facultad de «concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo» a favor de sus socios trabajadores.

2.2.2. *Participación y representación de los socios trabajadores como medida de seguridad y salud en el trabajo*

En materia de participación y representación, se plantean también otros problemas importantes, pues los socios trabajadores no ejercen estos derechos «en los términos en los que se recoge en el ET o la LOLS, (...) dada la naturaleza asociativa de la relación del socio (...)»³³. De hecho, uno de los temas, en los que se ha detenido especialmente la normativa de prevención ha sido el relativo al procedimiento de designación de los Delegados de Prevención. Ante la ausencia de representación unitaria, la Disposición Adicional Décima LPRL ha marcado unas pautas que podríamos llamar «de ajuste» o de acoplamiento de la figura en cuestión: «El procedimiento para la designación de los Delegados de Prevención regulados en el artículo 35 de esta Ley en las sociedades cooperativas que no cuenten con asalariados deberá estar previsto en sus Estatutos o ser objeto de acuerdo en Asamblea General. Cuando, además de los socios que prestan su trabajo personal, existan asalariados se computarán ambos colectivos a efecto de lo dispuesto en el número 2 del artículo 35. En este caso, la designación de los Delegados de

³¹ Recogido también, con una terminología aproximada, en las legislaciones autonómicas (artículo 68.2 LCG, artículo 72 LCV, artículo 64 LCM, artículo 69 LCAT, etc).

³² Que puede ir del 5% al 10% de los mismos, poco más o menos, dependiendo de la normativa que se aplique.

³³ MORENO MÁRQUEZ, A., *Los sujetos protegidos...*, op. cit., p. 125.

Prevención se realizará conjuntamente por los socios que prestan trabajo y los trabajadores asalariados o, en su caso, los representantes de éstos».

Estas reglas de designación no han dejado indiferente a la doctrina³⁴, fundamentalmente por el modo *burdo* en que se mezclan ambos colectivos de trabajadores, cuyos regímenes deberían quedar bien diferenciados para no suscitar problemas. Se ha hablado con «extrañeza» de la existencia de un cómputo conjunto entre socios y asalariados, de si el delegado debe provenir de uno u otro colectivo, del propio ámbito de representación del delegado, etc³⁵; asimismo se intentan salvar escollos como el de la designación del Delegado de Prevención cuando haya representación unitaria de los trabajadores asalariados³⁶. Probablemente, se quiso dar por parte de la LPRL una solución que respetase ese objetivo de equiparación del socio trabajador con el trabajador por cuenta ajena, de manera que ambos disfrutasen, al mismo nivel, de las ventajas de una institución como la del Delegado de Prevención —aun cuando no deja ésta de ser una figura representativa, creando ciertos conflictos de intereses entre las condiciones de la actividad laboral del socio y su participación en los órganos de la sociedad cooperativa—. Y todo esto ha conllevado ciertas «irregularidades» formales que han debido corregirse con un exigente rigor interpretativo y un gran esfuerzo en su desarrollo aplicativo³⁷.

Así, podemos entender que en las cooperativas que no cuenten con trabajadores asalariados, la LPRL se remite a los Estatutos o a la Asamblea General de la cooperativa para que se establezca dicho procedimiento de designación. Ahora bien, cuando existan asalariados, permite, en primer lugar, computarlos junto a los socios trabajadores para la determinación del número de delegados (según la escala del artículo 35.2 LPRL); esto es, la Ley parece clara en cuanto a que se refiere a ambos colectivos sumados³⁸.

³⁴ Sobre este tema no deja de pronunciarse la más reciente doctrina. Así, a las ya mencionadas importantes aportaciones de CARDONA RUBERT, M. B., «Prevención de Riesgos Laborales...», *op. cit.*, pp. 504 y ss, y MORENO MÁRQUEZ, A., *Los sujetos protegidos...*, *op. cit.*, pp. 125 y 126, hay que sumar el estudio que, en profundidad, realiza sobre esta figura ÁLVAREZ MONTERO, A., *El delegado de prevención. Estudio crítico en su régimen jurídico*, Comares, 2001, pp. 140 y ss.

³⁵ CABEZA PEREIRÓ, J., y LOUSADA AROCHENA, J. F., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Comares, 1998, p. 270.

³⁶ Como plantea CARDONA RUBERT, M. B., «Prevención de Riesgos Laborales...», *op. cit.*, p. 506.

³⁷ Hay que reconocer, en este sentido, la magnífica labor de ÁLVAREZ MONTERO, A., *El delegado de prevención...*, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

³⁸ Este cómputo también es el que operará para determinar la constitución o no de un servicio de prevención propio de la cooperativa, que según concreta el artículo 14 del R. D. 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención (RSP), deberá considerarse en empresas que cuenten con más de 500 trabajadores, o más de 250 si

En segundo lugar, también hace expreso su deseo de que los Delegados de Prevención sean designados por ambos colectivos conjuntamente; se entiende, por tanto, que sin necesidad de constituir distintos colegios electorales, uno de socios y otro de asalariados —en lugar de estos últimos, lo harían sus representantes si los hubiera, cuyo voto sería ponderado—. En esta línea, todos y cada uno de los Delegados que salieran elegidos deberían representar sin ninguna distinción a todos los trabajadores, sean o no socios. Sin embargo, nada se dice sobre quién puede ser designado Delegado de Prevención, es decir, entre qué grupo o colectivo habrá de elegirse. Quien más se ha implicado en aportar una solución a esta concreta laguna, afirma que la Disposición Adicional Décima de la LPRL «directamente no tiene como objetivo la modificación del cuerpo elegible, sino del cuerpo electoral»³⁹; o sea, que habiendo representantes del personal en el seno de la cooperativa —aun cuando en puridad sean representantes únicamente de los trabajadores asalariados—, el futuro Delegado de Prevención saldrá de entre estos representantes. Ésta no deja de ser una solución válida —sobre todo porque si la LPRL hubiese querido que la designación se realizara conjuntamente por y entre los socios y los asalariados, lo podría haber dicho, como lo dice en el artículo 35.2—, pero ciertamente se rompería con ese espíritu aglutinador que parece querer transmitirse desde la Disposición Adicional, en el que los socios trabajadores se sientan igualmente representados. No debería descartarse, en este punto, la necesidad de un consenso entre los colectivos implicados, que aportase alguna solución concreta; la cual, mientras siga esta línea, se antoja perfectamente válida, sea cual fuera la elegida.

Coincidimos, no obstante, con la doctrina⁴⁰ en concluir que, tanto si los socios trabajadores conviven con trabajadores asalariados o no, el órgano de representación que surgiese de la aplicación de todas las reglas anteriores no sería exactamente un Delegado de Prevención propiamente dicho —como el que podría constituirse en un momento dado mediante convenio colectivo, siguiendo la facultad dispositiva del artículo 35.4 LPRL⁴¹—. Tendría sus mismas competencias, prerrogativas y garantías, pero sería de distinta naturaleza, con distinto régimen, de origen distinto⁴².

desarrollan alguna actividad especialmente peligrosa incluida en el anexo I del citado Reglamento. De la misma opinión, CARDONA RUBERT, M. B., «Prevención de riesgos...», *op. cit.*, p. 508.

³⁹ ÁLVAREZ MONTERO, A., *El delegado de prevención...*, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁰ ÁLVAREZ MONTERO, A., *El delegado de prevención...*, *op. cit.*, pp. 140 y 144.

⁴¹ Muy esclarecedor resulta, desde la perspectiva estrictamente laboral, el análisis de GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995...*, *op. cit.*, pp. 225 y ss.

⁴² El artículo 76 LSCA, por ejemplo, crea un posible marco de construcción de esta figura, señalando que «los estatutos podrán prever la creación de cuantos órganos se estimen

Sea como fuere, gracias al reconocimiento y adaptación de esta figura, esencial para el ejercicio de los derechos colectivos, se puede dar salida a derechos de información y consulta, como los contemplados en el artículo 18 LPRL (que se completa con la enumeración de supuestos de consulta del artículo 33 LPRL), así como todos aquellos que se diseminan a lo largo del propio articulado —como el previo informe para exceptuar supuestos del reconocimiento médico voluntario (artículo 22.1 LPRL) o la previa consulta sobre la relación de puestos de trabajo exentos de riesgo para la trabajadora embarazada (artículo 26.2 LPRL)—. Del mismo modo, se atribuirán a este Delegado de Prevención todas las competencias y facultades previstas en el artículo 36 LPRL⁴³, así como en otros preceptos, en cuanto a: la constitución de un Comité de Seguridad y Salud del que los Delegados de Prevención forman parte (artículo 38.2 LPRL), la colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en sus visitas a los centros de trabajo, así como la recepción de información de la misma (artículo 40 LPRL), etc.

Por añadidura, se puede dificultar el cumplimiento de otras obligaciones preventivas relacionadas con este tema, al no recogerse, en lo que hubiese sido un interesante ejercicio de creatividad, soluciones para suplir la inexistencia de representación general de los socios trabajadores en el seno de las cooperativas; cuando, por ejemplo, además de la designación del Delegado de Prevención, dicha representación general esté llamada a paralizar la actividad de manera colectiva o a elaborar un determinado informe en el ejercicio de su derecho de consulta. En principio, nada obsta verdaderamente para que sea el Delegado o Delegados de Prevención los que asuman estas funciones. El artículo 21.3 LPRL, por ejemplo, les encomienda la adopción de medidas en caso de riesgo grave e inminente, «cuando no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal». Y, como quiera que esta circunstancia no es la misma y la LPRL no prevé ciertamente los posibles supuestos de inexistencia de dicha representación⁴⁴ —como también podría suceder en empresas de hasta 10 trabajadores, donde la representación unitaria es opcional (artículo 62.1 ET)—, estos casos

convenientes para el mejor desarrollo y funcionamiento de la cooperativa (...); por lo que, en cualquiera de los contextos expresados, se podría crear un órgano que realice las funciones previstas.

⁴³ «Colaborar con la dirección de la empresa (...). Promover y fomentar la cooperación de los trabajadores (...). Ejercer una labor de vigilancia y control (...), etc.».

⁴⁴ También repara en ello MORENO MÁRQUEZ, A. (*Los sujetos protegidos...*, *op. cit.*, p. 127), recordando que siempre queda la alternativa de la paralización individual de la actividad. Esta sola alternativa resulta, a nuestro juicio, a todas luces insuficiente, si se quiere conseguir la tan reiterada equiparación, que pasa, entre otras cosas, por la posibilidad de paralizar la actividad con carácter colectivo en virtud de la decisión de un órgano de representación, debidamente especializado, informado y protegido legalmente.

requieren inexcusablemente una «operación de ajuste» que, en definitiva, cumpla con el espíritu de la Ley.

En principio, podría haber conformidad en cuanto a la asunción de competencias por el Delegado de Prevención. Pero, sobre esta solución, no deja de rondar una idea importante; pues, siguiendo ese espíritu, también parece que la LPRL busca, en la atribución de funciones a los órganos de representación unitaria (delegado de personal o comité de empresa / junta de personal), la toma de determinadas decisiones de gran trascendencia, dando respaldo como colectivo a la figura del Delegado de Prevención, frente a posibles represalias empresariales —con independencia de las garantías que legalmente se ofrecen—, frente a los trabajadores o frente a la Autoridad Laboral. Parece un problema más sociológico que jurídico-laboral, al que probablemente haya de dársele una respuesta del mismo corte. Una de estas respuestas posibles estaría relacionada con la naturaleza de la base social de la cooperativa, en la que el poder de los socios trabajadores se extiende a través de los distintos órganos, también de dirección, desde donde no debería plantearse un enfrentamiento con la representación especializada de los mismos socios en el desempeño de sus tareas, e incluso fomentar su defensa de cara a la galería.

Finalmente, habrá que considerar algunos puntos que quedan pendientes en materia de participación y representación, relativos al desempeño de otras competencias de carácter general —como las recogidas en el artículo 64 ET—, que terminan influyendo de una manera u otra en la actividad preventiva de la empresa —como negociar las condiciones de trabajo, la recepción de informaciones estratégicas (situación económica de la empresa, número y modalidades de contratos, etc.), tener conocimiento de la imposición de sanciones muy graves a los trabajadores, o el propio nombramiento y también revocación del delegado de prevención—. En este sentido, se pueden compensar estas ventajas evidentes que proporciona la existencia del órgano unitario con el disfrute de algunos de los derechos de los socios, recogidos en el artículo 16 LC, como asistir y participar en los debates, formulando y votando propuestas (apartado 2.a)⁴⁵ —facultad que, en este ámbito, supliría la participación en lo que sería negociar colectivamente las condiciones de trabajo—; o como «recibir la información necesaria para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones» (apartado 2.g) —para lo que, como mínimo, podrá tener libre acceso a los libros, examinar la documentación, etc. (apartado 3)—⁴⁶; etc.

⁴⁵ Recogida por todas las normativas autonómicas en su apartado dedicado al derecho de los socios.

⁴⁶ También en las legislaciones autonómicas se reconocen, de forma parecida, derechos de información para los socios: artículo 39 LSCA, artículo 23 LGC, artículo 26 LCV, artículo 24 LCM, etc.



2.2.3. *Colectivos especialmente protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*

Como es sabido, la LPRL, en sus artículos 26, 27 y 28, establece disposiciones especiales de protección de la maternidad, de los menores y de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal —así como, en su artículo 25, establece medidas generales de protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos—. Estas disposiciones son evidentemente aplicables a las relaciones de trabajo asociado surgidas en el seno de las cooperativas. No obstante, la toma en consideración de diferentes normativas acerca de un mismo tema —como puede ser la protección de estos colectivos en materia de prevención de riesgos laborales—, unida a la regulación específica para cooperativas, puede resultar confusa al intentar sacar conclusiones sobre algunos aspectos concretos.

Por ejemplo, en el terreno de la protección de la maternidad, se podrían llevar a cabo algunos ajustes y aclaraciones. Así, en primer lugar, a propósito de la regulación de la situación de riesgo durante el embarazo del artículo 26.3 LPRL⁴⁷ —que permite la suspensión del contrato por esta causa y la calificación de contingencia protegida por la Seguridad Social (artículos 134 y 135 LGSS)—, el artículo 16 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las Prestaciones Económicas del Sistema de la Seguridad Social por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo dispone literalmente: «Serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras por cuenta ajena, en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, siempre que, estando afiliadas y en alta en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social, acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo». La referencia a las trabajadoras por cuenta ajena, en una materia como la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas —aun a través de la normativa de Seguridad Social—, podría ser suficiente para extender este beneficio a las socias trabajadoras de cooperativas *ex* artículo 3.1 LPRL, con las particularidades derivadas de su normativa específica. No obstante, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras —que introdujo precisamente el apartado 3 del actual artículo 26 LPRL—, hace expresa referencia, en su Disposición adicional primera, al trabajo en cooperativas, confir-

⁴⁷ «Si dicho cambio de puesto de trabajo no resulta técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo (...).».

mando la postura descrita, en los siguientes términos: «Podrán acogerse a los beneficios establecidos en esta Ley los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas y trabajadores de las sociedades laborales, (...) con independencia del régimen de afiliación de la Seguridad Social, en el que estuvieren incluidos, con las peculiaridades propias de la relación societaria».

Las peculiaridades que de manera reiterada se reconocen a la relación societaria no van a provenir del derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo, porque para ser beneficiaria de la misma es indiferente el régimen de Seguridad Social en el que esté de alta la socia-trabajadora. Pero en cuanto a la situación laboral de fondo, no partimos de un contrato de trabajo que se pueda suspender; en las cooperativas de trabajo asociado lo que se suspendería es «la obligación y el derecho del socio trabajador a prestar su trabajo, con pérdida de los derechos y obligaciones económicas de dicha prestación», como describe el artículo 84.1 LC al presentar las causas de suspensión⁴⁸. Y, en todo caso, se prevé como causa de suspensión «la incapacidad temporal del socio trabajador» (apartado a) —de posible aplicación, en un momento dado, pues la situación de riesgo durante el embarazo pertenece al género de la incapacidad temporal para trabajar—. En este mismo contexto, el apartado 2 del artículo 84 hace asimismo una referencia al riesgo que para la salud de la madre puede suponer la incorporación al trabajo tras el parto, que no debe confundirse con la situación protegida de riesgo durante el embarazo con su correspondiente prestación de Seguridad Social por el tiempo que sea necesario; pues aquélla se refiere simplemente a una limitación al disfrute por el padre del periodo de descanso a compartir con la madre —que además procedería de la causa de suspensión correspondiente a la «maternidad o paternidad del socio trabajador (...)» (apartado b). Otra cosa sería que este riesgo laboral posterior al parto se prolongase temporalmente más allá de la baja por maternidad; situación que vuelve a protegerse por la normativa de prevención, que abarca, no sólo a las mujeres embarazadas, sino también a las de parto reciente o en periodo de lactancia.

Por otro lado, hay que decir que la Ley de Cooperativas no incluye, dentro del listado de motivos que dan derecho a permisos, el derecho de la trabajadora embarazada a permisos retribuidos para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto (artículo 26.5 LPRL). Ciertamente es que este listado puede ser ampliado por los Estatutos, Reglamentos de Régimen Interno, o acuerdos de la Asamblea, en los que se recogiese expresamente. Pero debe entenderse que su omisión no puede ser óbice para que la cooperativa esté obligada a conceder estos permisos, debidamente solicitados.

⁴⁸ En el mismo sentido, el artículo 124 LSCA.

En cuanto a la protección de los trabajadores menores de 18 años, la normativa estatal de cooperativas hace una mención escasa, pero en sintonía con la LPRL: «Los socios trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni los que el Gobierno declare, para los asalariados menores de dieciocho años, insalubres, penosos, nocivos o peligrosos tanto para su salud como para su formación profesional o humana» (artículo 80.6 LC). Y es que la LPRL remite al desarrollo reglamentario por el Gobierno las que serán limitaciones más específicas al trabajo de menores; pero mientras esto no se produce, se deberán seguir las reglas del antiguo Decreto de 26 julio de 1957 (según se recoge en la Disposición Derogatoria Única de la LPRL). El artículo 83.2 b) LC, por su parte, hace también una breve referencia al tiempo de trabajo de los menores —igualmente relacionado con la protección de su seguridad y salud—, en cuanto «no podrán realizar más de cuarenta horas de trabajo efectivo a la semana»; lo cual se tiene que poner en directa relación con los límites generales previstos en el ET⁴⁹, que sin lugar a dudas están complementando la normativa de prevención.

Reparando ya en la temporalidad como factor de riesgo, también en el seno de una cooperativa de trabajo asociado pueden integrarse, como se aprecia en alguna normativa, los llamados socios temporales, con motivo del incremento de la actividad de la sociedad a raíz de un encargo o contrato igual o superior a seis meses⁵⁰. Estos socios trabajadores perderían dicha condición una vez finalizado el encargo o contrato, aunque podrían mantener su situación por un máximo de diez años, tras los cuales causar baja o convertirse en socio ordinario. Se trata de una figura un tanto atípica, si se quiere; pero lo más importante a efectos preventivos es que, como ocurriría con cualquier trabajador asalariado temporalmente contratado por la cooperativa, a estos socios deben aplicárseles las reglas especiales que el artículo 28 LPRL prevé para este colectivo especialmente protegido —que fundamentalmente exige el mismo nivel de protección que los trabajadores fijos—.

Y finalmente, deben tenerse en cuenta también aquellas situaciones en las que la cooperativa actúe como empresa de trabajo temporal (ETT), así como sus obligaciones hacia los socios trabajadores en misión. Cuando una ETT se constituye como sociedad cooperativa, debe encontrarse principalmente integrada por socios que dentro de la misma participan con vocación de permanencia, pero que concentran su actividad en realizar prestaciones

⁴⁹ Los artículos 34 y ss. ET establecen unas limitaciones respecto al tiempo de trabajo: la jornada no podrá ser de más de ocho horas; se prohíben, por tanto, las horas extraordinarias y también el trabajo nocturno; cuando un turno de trabajo tenga un mínimo de 4 horas y media, se deberá hacer un descanso de 30 minutos; y tendrán derecho a un descanso semanal obligatorio de 2 días ininterrumpidos.

⁵⁰ Regulados, por ejemplo, en el artículo 127 LSCA.

de trabajo de carácter temporal en aquellas empresas usuarias que hayan contratado su puesta a disposición con la ETT. Esta circunstancia provoca que la cooperativa/ETT deba ajustarse asimismo al reparto de obligaciones con la empresa usuaria, previsto en el artículo 28.5 LPRL y en el Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores en el ámbito de las empresas de trabajo temporal —fundamentalmente, deberes de formación preventiva y vigilancia de la salud; debidamente comprobados y documentados ante la empresa usuaria, como se desprenden de las obligaciones complementarias relacionadas por el artículo 3 del R. D. 216/1999—. Lo mismo debe predicarse respecto de aquellos trabajadores asalariados contratados por la cooperativa para ser puestos a disposición.

Al hilo de esta cuestión, el artículo 6 de este R. D. —que recoge las Disposiciones relativas a la organización de las actividades preventivas en la empresa de trabajo temporal y en la empresa usuaria— señala: «Las empresas de trabajo temporal deberán organizar sus recursos para el desarrollo de las actividades preventivas en relación con sus trabajadores, incluidos los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de empresas usuarias, conforme a las disposiciones del capítulo III del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención». El reglamento, en realidad, procura asimilar al personal de estructura de la ETT con los trabajadores en misión, para que, aunque no realicen su prestación en el centro de trabajo de la ETT, sean computados a la hora de constituir órganos como los servicios de prevención —o incluso la representación de trabajadores—. En el caso de cooperativas que actúen como ETTs, estaríamos hablando paralelamente tanto de socios trabajadores y asalariados clasificados como personal de estructura, como de socios trabajadores y asalariados clasificados como trabajadores en misión. A este bloque último, siempre que tenga la condición de temporal para la cooperativa/ETT, se referiría también la segunda parte del artículo 6 del R.D. 216/1999: «Para determinar la modalidad de organización que deba utilizarse y los medios y recursos necesarios para dicha actividad, los trabajadores contratados con carácter temporal para ser puestos a disposición de empresas usuarias se computarán por el promedio mensual de trabajadores en alta durante los últimos doce meses». Parece ser que aquí no se aplica el cómputo general de 200 días trabajados y fracción en el último año (del artículo 35.3 LPRL, extendido desde la regulación de los Delegados de Prevención a la de los Servicios de Prevención⁵¹), sino el promedio mensual de trabajadores a que se refiere el precepto.

⁵¹ Extensión refrendada, por ejemplo, por CARDONA RUBERT, B., «Prevención de riesgos laborales...», *op. cit.*, p. 508.



2.3. La doble posición del socio trabajador ante el cumplimiento de sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo

A los socios trabajadores, por su parte, también les van a ser exigibles, en el desarrollo de su prestación de trabajo, las obligaciones del artículo 29.1. y 2. LPRL⁵², previstas para todo el conjunto de los trabajadores; sin perjuicio de aquellas que, en desarrollo de esta materia, puedan ser incluidas en los Estatutos de la cooperativa o en los Reglamentos de Régimen Interno. Distinto será que, por otra parte, asuman obligaciones en su calidad de socios exclusivamente⁵³ —como «cumplir los acuerdos», «participar en las actividades cooperativizadas», «guardar secreto», «cumplir con las obligaciones económicas», etc...—; incluso la posibilidad de que pertenezcan —como, de hecho, lo hacen— a la Asamblea General y al Consejo Rector.

No obstante, al mezclar esta última peculiaridad con los principios que inspiran los deberes de los trabajadores en materia de prevención —obediencia, diligencia y buena fe—, surgen dudas razonables sobre la compatibilidad entre la posición de socio participante en la estructura orgánica de la cooperativa y el cumplimiento de deberes que tienen que ver fundamentalmente con la obediencia debida a las órdenes de «superiores jerárquicos» que el mismo socio ha tenido la oportunidad de elegir, basadas además en directrices generales que el mismo socio ha tenido también la oportunidad de proponer y votar. Esas dudas probablemente no se basen en cuestiones formales, pues, desde esta perspectiva, se pueden separar fácilmente ambas facetas en la figura del socio trabajador. Puede decirse que, desde el momento en que el socio finaliza su intervención en los órganos de dirección y gobierno, actúa formalmente como un trabajador más, prestando su fuerza de trabajo y acatando las órdenes e instrucciones de aquellos que integran la estructura directiva. Cuando el Consejo Rector y restantes órganos dele-

⁵² 1. «Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario». 2. «Los trabajadores, con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán en particular: 1.º Usar adecuadamente (...) las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte (...). 2.º Utilizar correctamente los medios y equipos de protección (...). 3.º (...) utilizar correctamente los dispositivos de seguridad (...). 4.º Informar de inmediato (...) acerca de (...), un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. 5.º Contribuir al cumplimiento de las obligaciones (...). 6.º Cooperar con el empresario (...).».

⁵³ Artículo 15 LC, artículo 38 LSCA, artículo 24 LCG, artículo 27 LCV, artículo 23.1 LCM, artículo 26 LCAT, etc.

gados comienzan a tomar decisiones concretas en el ejercicio de sus competencias, no puede decirse que se trate de decisiones del socio⁵⁴.

Ahora bien, psicológicamente no pueden separarse de manera radical las dos facetas que caracterizan al socio trabajador de una cooperativa. Por un lado, actúa habitualmente como un trabajador por cuenta ajena, sujeto al deber de obediencia; que es consecuencia de la estructura jerárquica de la relación laboral, basada sobre el trabajo subordinado. El trabajador debe obedecer independientemente de su valoración personal acerca de la necesidad o no, de la conveniencia o no, de la pertinencia o no del cumplimiento de dichas medidas. Pero, por otro lado, el socio se siente también «representación y gobierno» de esa sociedad en la que participa desde distintos planos; por lo que no es descartable la aparición habitual de episodios de desobediencia e indisciplina, por cuestionar o estar en desacuerdo con la toma de decisiones o la impartición de órdenes concretas, por ejemplo. En materia de prevención de riesgos laborales, se podrían producir, en consecuencia, manifestaciones de la conducta descrita como: el incumplimiento de determinadas medidas de prevención adoptadas por la sociedad, el abandono del lugar de trabajo sin las debidas precauciones en la ponderación rigurosa de la situación de riesgo grave e inminente ante una orden irregular, etc.

3. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

3.1. Responsabilidades de la sociedad cooperativa y del consejo rector. En especial, en cuanto al recargo de prestaciones de seguridad social

La condición de empresario que otorga el artículo 3.1 LPRL a las sociedades cooperativas las sitúa como responsables en cada uno de los órdenes aplicables en materia de prevención de riesgos laborales por los incumplimientos que se les imputen en esta materia⁵⁵. Así, y siguiendo el general artículo 42.1 LPRL, serán responsables administrativas —atendiendo a la regulación de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)⁵⁶, cuyo artículo 2.6 ya las hace expresamente responsables de las infracciones posteriormente tipificadas respecto a sus socios trabajadores y

⁵⁴ Como ya diferenció SANTIAGO REDONDO, K. M. (*Socio de cooperativa...*, *op. cit.*, p. 175).

⁵⁵ A este aspecto se refiere también, sin ninguna duda, GARCÍA MURCIA, J., «Trabajo autónomo...», *op. cit.*, p. 149.

⁵⁶ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.



socios de trabajo—, responsables civiles y responsables penales —según las reglas previstas en las normativas de los correspondientes órdenes, el Código civil (Cc) y el Código penal (Cp)⁵⁷—, así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social.

Responderán, eso sí, con las particularidades propias de una persona jurídica; esto es, respondiendo con su patrimonio —cuyo endeudamiento recae también sobre los socios, aunque la responsabilidad de cada uno «estará limitada a las aportaciones al capital social que hubiere suscrito»⁵⁸— de las multas administrativas y de las indemnizaciones por daños y perjuicios. Y en el terreno penal —por el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 316 y 317 Cp) y por delitos de homicidio y lesiones imprudentes (artículos 142 y 152 Cp)—, se les exime de la responsabilidad penal directa —en base al principio *societas delinquere non potest*—; que será asumida, según el artículo 318 del Código penal⁵⁹, por su administrador —que incurre efectivamente en la acción delictiva, aun en representación de la cooperativa misma⁶⁰— o por los miembros del consejo rector —que, con conocimiento de las medidas de prevención que iban a ser adoptadas y de las que no, no evitaron o remediaron el tipo objetivo del delito—. No obstante, otras modalidades de consecuencias jurídicas por incumplimiento, como suspensión de actividades o incluso la disolución de la sociedad, podrá ser soportadas directamente por una persona jurídica como es la cooperativa (artículo 129 Cp).

Los consejeros responderán asimismo por los daños causados, ya sea a la propia cooperativa, a los socios o a terceros. El artículo 43 LC remite, a estos efectos, a «lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas». A este respecto, el artículo 133.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA)⁶¹ establece que «los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realiza-

⁵⁷ Ley Orgánica, 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁸ Artículo 15.4 LC (que se puede completar con el artículo 19 de la misma, que regula la imputación de pérdidas), artículo 5 LSCA, artículo 6.1 LCG, etc. Cabe destacar que, en algunas legislaciones, el límite de las aportaciones de los socios puede verse relativizado, si los Estatutos prevén una «responsabilidad adicional del socio para el caso de insolvencia de la cooperativa» (artículo 4.2 LCV, artículo 5.2 y 3 LCM o artículo 54 LCAT).

⁵⁹ «Cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello».

⁶⁰ Como apunta GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones...*, *op. cit.*, p. 54.

⁶¹ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

dos sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo». Dicha responsabilidad será de carácter solidario para todos los administradores, «menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél» (artículo 133.2)⁶² —expresión que se asemeja al espíritu del artículo 318 del Código penal, en cuanto a las condiciones de imputación de la responsabilidad penal a los consejeros en el seno de una persona jurídica—. Las normativas autonómicas aportan además, de manera bastante coordinada entre ellas, un nuevo aspecto en la configuración general de esta responsabilidad; proclamando la no exoneración de responsabilidad de los consejeros, aun cuando el acto o acuerdo lesivo hubiese sido ordenado, aceptado, autorizado o ratificado por la propia Asamblea General⁶³. El ejercicio de la acción de responsabilidad contra los consejeros por daños a la cooperativa, finalmente, podrá llevarse a cabo, siempre que haya «acuerdo de la Asamblea General», en virtud del artículo 43 LC⁶⁴. Ahora bien, añaden con carácter generalizado las legislaciones autonómicas —aunque cada una estableciendo sus propios plazos y requisitos— que si la Asamblea decidiese no entablar dicha acción, cualquier socio o un porcentaje concreto de socios podrá hacerlo en nombre y por cuenta de la sociedad⁶⁵. Y todo esto, independientemente de las pertinentes acciones individuales de cada uno contra el Consejo Rector o sus miembros, para resarcir los daños causados a sus derechos o intereses particulares⁶⁶.

Mayor controversia suscita, sin embargo, la imputación a la sociedad cooperativa de una de las modalidades de responsabilidad prevista para los empresarios, como es el recargo de prestaciones de seguridad social, típico en la materia de prevención de riesgos laborales. Mencionado en el artículo 42.3 LPRL, su régimen jurídico se contiene en el 123 LGSS. Esta forma de responsabilidad consiste básicamente en la imposición al empresario del abono de un recargo de *plus* de entre un 30 y un 50% sobre la cuantía de la presta-

⁶² En la misma línea, regulan directamente esta responsabilidad el artículo 72 LSCA, el artículo 50 LCG, artículo 47 LCV, artículo 43 LCM, artículo 45 LCAT, etc; en los que se habla, por ello, también de la exigencia de gestión diligente, leal, confidencial y ordenada del Consejo Rector, y se exonera asimismo a los miembros que prueben su desconocimiento u oposición —exigiendo, en ocasiones, unos modos de prueba concretos, como constancia en acta o similar—.

⁶³ Artículo 72.4 LSCA, artículo 50.2 LCG, artículo 43.4 LCM, etc.

⁶⁴ Sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad a decidir por la Asamblea, también se pronuncian el artículo 73 LSCA, artículo 51 LCG, artículo 43.4 LCM, artículo 47.3 LCV, artículo 45.3 LCAT.

⁶⁵ Artículo 73.2 LSCA, artículo 51.3 LCG, artículo 47.3 LCV, artículo 45.4 LCAT.

⁶⁶ Artículo 73.5 LSCA, artículo 51.6 LCG, artículo 47.4 LCV.

ción de Seguridad Social que el trabajador accidentado tenga derecho a percibir a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocasionado por el incumplimiento de las medidas legal o reglamentariamente exigidas al empresario en materia de prevención de riesgos laborales ⁶⁷.

La problemática se centra concretamente en confirmar el derecho que pueda tener el socio trabajador a percibir este recargo, y la correspondiente imputación a la sociedad cooperativa del abono del mismo. Y aquella se plantea debido a que el artículo 42.3 LPRL condiciona la fijación del recargo a «lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema (de Seguridad Social)», donde se ubica al artículo 123 LGSS en la Sección 2.º del Capítulo III del Título II, dedicada al Régimen General de las Prestaciones de la Seguridad Social. Teniendo esto presente, tendrían claramente el derecho a disfrutar de este beneficio los socios trabajadores «asimilados a trabajadores por cuenta ajena» en «cooperativas integradas en el Régimen General» —como el apartado 1.a) de la Disposición Adicional Cuarta LGSS les reconoce—. En cuanto al pago del recargo, el artículo 3.1 del Reglamento sobre condiciones de Incorporación al Sistema de Seguridad Social de los Socios Trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado (R. D. 225/1989, de 3 de marzo) deja bien claro que: «Cuando la Cooperativa de Trabajo Asociado haya optado, respecto de sus socios trabajadores, por su incorporación en el Régimen General o en un Régimen Especial, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, corresponderán a aquella todas las obligaciones que, en materia de Seguridad Social, se atribuyen al empresario». Y, aun cuando no debe olvidarse que el pago del recargo de prestaciones va a tener una repercusión final sobre el patrimonio del socio —como parte integrante de la propia sociedad cooperativa—, esa puntual identidad no puede tener la consecuencia de privarle del recargo (STSJ Cataluña, de 16 de noviembre de 2001, JUR. 2002/27766).

Pero el encuadramiento de los socios trabajadores en el sistema de Seguridad Social no ha de encontrarse en todo caso en el citado Régimen General, pues la propia Disposición Adicional Cuarta LGSS permite que la cooperativa opte por integrar a sus socios trabajadores en regímenes distintos ⁶⁸, como «alguna de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad» (apartado 1.a) —para cooperativas agrarias o cooperativas del mar, por ejemplo— o simplemente «como tra-

⁶⁷ Imprescindibles, ver CRUZ VILLALÓN, J. y JOVER RAMÍREZ, C., «La responsabilidad de seguridad social en materia de seguridad y salud en el trabajo», *TL*, núm. 50/1999, pp. 245 y ss.; y CARRERO DOMÍNGUEZ, C., «Compatibilidad de responsabilidades y recargo de prestaciones», *TL*, núm. 63/2002, p. 95 y ss.

⁶⁸ Según el artículo 1 p.º 2.º del R. D. 225/1989, «la opción, que deberá alcanzar a todos los socios trabajadores de la Cooperativa, deberá ejercitarse en los Estatutos (...)».

bajadores autónomos en el Régimen Especial correspondiente» (apartado 1.b)⁶⁹. Y resulta que las diversas normativas que regulan los Regímenes Especiales omiten cualquier mención al recargo, por lo que nos planteamos si los socios trabajadores incluidos en estos regímenes podrán gozar de la posibilidad de cobrarlo llegado el caso.

Analizando dichas normativas más a fondo, puede inferirse que, para el caso de regímenes especiales en los que los socios trabajadores se asimilen a trabajadores por cuenta ajena, éstos podrán disfrutar de una equiparación de las prestaciones reconocidas en la misma «extensión, forma, términos y condiciones que en el Régimen General»⁷⁰. De ello, no puede deducirse automáticamente que se esté haciendo referencia también al recargo, salvo si se entiende una total asimilación de los Regímenes Especiales al General en todo lo no especialmente dispuesto en contrario, en la línea de la mayor equiparación posible⁷¹. En este contexto, podría incluirse la también responsabilidad de la cooperativa en cuanto al pago de prestaciones derivadas de accidente de trabajo ocurrido como consecuencia del incumplimiento de la orden de paralización de la actividad por la Inspección de Trabajo (según el artículo 195 LGSS) o como consecuencia del incumplimiento de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos exigidos (artículo 192.2 LGSS) —ambos preceptos dirigidos también al Régimen General—.

En cuanto a esto, la normativa preventiva, como la LPRL o los reglamentos de desarrollo específico de alguna de estas actividades —trabajo en el mar, por ejemplo—, no aclara nada más al respecto. Sólo el ya mencionado artículo 3.1 LPRL parece tener vocación de universalidad al realizar la equiparación en derechos y deberes de los socios trabajadores con los propios trabajadores por cuenta ajena al menos. Y es que, siguiendo un criterio basado en la igualdad —cuya bandera es manifiestamente enarbolada por la normativa de prevención, aplicando incluso medidas de discriminación positiva hacia aquellas situaciones o colectivos con necesidad de especial protección—, no podría entenderse la exclusión de los no adscritos al Régimen General del beneficio del recargo; por lo menos cuando se trate de trabaja-

⁶⁹ De conformidad con la legislación estatal, recoge expresamente esta opción el artículo 130 LSCA.

⁷⁰ Artículo 19 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio (...), por el que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social; o, en la misma línea, el artículo 29.1 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto (...) por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

⁷¹ Los apartados 3 y 4 del artículo 10 LGSS establecen la tendencia a la máxima homogeneidad de los Regímenes Especiales con respecto al Régimen General, en función de lo que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos regímenes.



dores por cuenta ajena —donde podemos calificar de empleador a la otra parte, y no tanto de contratista—. No sería más que un simple ejercicio de coherencia, en tanto en cuanto se le van a exigir las mismas obligaciones preventivas básicas. En realidad, el principio rector es que las diferencias entre los distintos regímenes deberían basarse simplemente en la adaptación de las normativas específicas a las concretas especialidades de cada actividad.

Cosa distinta ocurre cuando el encuadramiento del socio trabajador se produce en el RETA, o como trabajador por cuenta propia en cualquiera de los demás regímenes; y es que aquí las diferencias aumentan. En este contexto, las posibilidades de aplicación del recargo se complican, puesto que, del mismo modo que en los casos anteriores, hay que atender a la letra del artículo 2 del R. D. 225/1989, que de manera meridianamente clara expone que: «Una vez producida la incorporación al Régimen de Seguridad Social correspondiente, a los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo Asociado les será de aplicación en su integridad las normas reguladoras del respectivo Régimen, en los mismos términos y condiciones que rijan para el común de los colectivos que formen parte del campo de aplicación del mismo». Para exponerlo sencillamente: el aseguramiento por accidentes laborales para los trabajadores autónomos es actualmente opcional⁷², por lo que habría que partir de la base de si el socio trabajador en cuestión está protegido en caso de contingencias profesionales o no. En el primer caso, el derecho a una prestación de Seguridad Social le podría abrir la vía al cobro de un recargo sobre la misma. En el segundo, ya parece en todo extremo imposible. Pero, aun cuando el socio trabajador tuviese asegurada sus contingencias profesionales, ¿quién ostentaría formalmente la condición de empleador a efectos de imputarle el abono del recargo de prestaciones por incumplimiento de obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud? Desde el punto de vista estrictamente de Seguridad Social, parece que la respuesta es clara: no hay empleador, no hay recargo.

Esto no significa que no debemos estar al tanto de ciertas peculiaridades en materia cooperativa, como que el artículo 43 del Reglamento General sobre cotización (R.D. 2064/1995, de 22 de diciembre) —en consonancia con el artículo 3.2 del R.D. 225/1989)— responsabilice solidariamente a la sociedad por la obligación de cotizar de sus socios trabajadores, otor-

⁷² La Ley 53/2002 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su artículo 32.2, introdujo modificaciones en el Texto Refundido de la LGSS, entre las que se encuentra la nueva Disposición Adicional Trigésimo Cuarta, que, distinguiendo entre causa profesionales y comunes, permite a los trabajadores por cuenta propia «mejorar voluntariamente el ámbito de la acción protectora que dicho régimen les dispensa, incorporando la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (...)».

gándole la posición garantista propia de un empleador precisamente. Y no sólo eso, desde la perspectiva preventiva, tampoco dejarían de suscitarse múltiples interrogantes sobre la situación laboral real del socio trabajador —y de muchos trabajadores por cuenta ajena encubiertos como falsos autónomos— tanto en lo referente a la naturaleza y condiciones de su prestación de trabajo en la cooperativa, como a sus obligaciones de seguridad y salud⁷³. La solución vendría también de la mano de la casuística cooperativa, analizando los motivos que, en cada una de las sociedades, impulsaron el encuadramiento de sus socios en el colectivo de trabajadores por cuenta propia a efectos de Seguridad Social.

En este punto, no obstante, no debe olvidarse la propuesta que el apartado 5 de la Disposición Adicional Cuarta de la LGSS realiza al Gobierno, autorizándole a regular las circunstancias de la opción prevista entre las modalidades descritas, así como para adaptar las normas de los Regímenes Especiales a la realidad cooperativa y a las peculiaridades de su actividad. Tras lo expuesto, se presenta esta regulación como algo ciertamente necesario, aun cuando lo sería más una reorganización normativa en lo que a la figura del recargo de prestaciones se refiere.

3.2. Responsabilidades de los socios trabajadores

En caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 29.1 y 2 LPRL, los socios trabajadores de cooperativas responderán, atendiendo a la mención específica realizada en el artículo 29.3 LPRL —y en concordancia también con el artículo 82 LC—, según las disposiciones disciplinarias recogidas en sus Estatutos o en los Reglamentos de Régimen Interno —al igual que se remite a los convenios colectivos para trabajadores por cuenta ajena, o a la normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las Administraciones Públicas—. Estos documentos —que deberán ser aprobados, según el artículo 21.2.c LC, por la Asamblea General— recogerán las faltas y sanciones disciplinarias —entre las que se incluirán las relativas a la seguridad

⁷³ Probablemente, en coherencia, habría que ser igualmente rigurosos en otros aspectos de la prevención; exigiéndoles deberes de coordinación de actividades empresariales (según el artículo 24.5 LPRL), o imputándoles las infracciones administrativas previstas para la figura empresarial (aunque el artículo 2.8 LISOS cuida la terminología y se refiere más adecuadamente a «los trabajadores por cuenta propia»). Y éstas parecen ser cuestiones que no están en la mente del legislador, como pone de manifiesto el artículo 3.1 LPRL, identificando a los socios, a estos efectos, con el resto de trabajadores (de la misma opinión, CARDONA RUBERT, M. B., «Prevención de Riesgos Laborales...», *op. cit.*, p. 503).

y salud en el trabajo—, así como todas las demás cláusulas referidas al régimen disciplinario de los socios trabajadores.

Algunas pautas para la reglamentación del régimen disciplinario de los socios trabajadores en cooperativas son recogidas, no obstante, en la propia legislación estatal y autonómica; es por ello que destacaremos algunos de estos aspectos. Así, la Ley de Cooperativas, en sus artículos 82 y 18, ajustándose al principio de tipicidad de las infracciones (artículo 18.1⁷⁴), determina la inclusión en los Estatutos de «los tipos de faltas que puedan producirse en la prestación de trabajo, las sanciones, los órganos y personas con facultades sancionadoras delegadas y los procedimientos sancionadores con expresión de los trámites, recursos y plazos» a seguir (artículo 82.1 y 2)⁷⁵, así como los propios plazos de prescripción de las propias infracciones (artículo 18.2)⁷⁶. Las normativas autonómicas reparan también expresamente en algunas garantías, como la audiencia previa de los interesados, para todos los supuestos —en el contexto, por ejemplo, de un expediente contradictorio, con derecho a alegaciones por escrito, etc.—⁷⁷.

Eso sí, «la expulsión de los socios trabajadores sólo podrá ser acordada por el Consejo Rector» (artículo 82.3); decisión que se podrá recurrir en el plazo de 15 días⁷⁸, ante el Comité de Recursos o ante la Asamblea General⁷⁹. Transcurrido este plazo sin recurso o ratificada la expulsión por el órgano correspondiente, el acuerdo será ejecutivo. Y sólo entonces, dado el necesario cumplimiento del régimen expuesto, podrá el socio acudir a la jurisdicción social para que dicha expulsión sea objeto de revisión. Esto quiere decir, ni más ni menos, que, en el marco de esta normativa, la vía previa adecuada a la vía jurisdiccional será el trámite reflejado en el artículo 82.3

⁷⁴ «Los socios sólo podrán ser sancionados por las faltas previamente tipificadas en los Estatutos, que se clasificarán en faltas leves, graves y muy graves».

⁷⁵ Existe, en este sentido, una pequeña contradicción con el artículo 18.3.a LC, en el que se establece que «la facultad sancionadora es competencia indelegable del Consejo Rector». En el mismo sentido, se expresan el artículo 41.3.a LSCA —sin perjuicio del artículo 122.2 LSCA, que, para las cooperativas de trabajo asociado, permite expresamente que el Consejo Rector delegue en directivos y mandos la facultad de sancionar, aun cuando dicha sanción pueda impugnarse ante el propio Consejo Rector—, el artículo 25.3.a LCG, el artículo 25.3.a LCM, o el artículo 21.1.a LCAT —aunque el artículo 22 LCAT permite a continuación el establecimiento, *ex* Estatutos sociales, de la figura de un instructor «para que colabore con el consejo rector en la tramitación de los expedientes sancionadores».

⁷⁶ Como el artículo 41.2 LSCA, que directamente establece que «las infracciones leves prescriben al mes, las graves a los dos meses, y las muy graves a los tres meses»; así también se pronuncian las demás legislaciones autonómicas.

⁷⁷ Artículo 41.3.b LSCA, artículo 25.1 LCG, artículo 25.3.b LCM, y artículo 21.1.b LCAT.

⁷⁸ Los plazos son aleatorios, en virtud de si se aplica legislación autonómica, y cuál.

⁷⁹ El artículo 122.2 *in fine* LSCA curiosamente no permite, por ejemplo, recurso ante la Asamblea General en el caso de infracción laboral en las cooperativas de trabajo asociado.

LC o «vía cooperativa previa», y no la vía conciliatoria ordinaria⁸⁰. Asimismo, la expulsión sólo procederá en los casos de faltas muy graves (artículo 18.5)⁸¹, en sintonía con el despido disciplinario del trabajador por cuenta ajena (artículo 54 ET), que exige, como mínimo «un incumplimiento grave y culpable del trabajador». De hecho, en temas de expulsión por motivos laborales, suele coincidir, incluso, la norma cooperativa aplicable con los supuestos legalmente previstos en el artículo 54.2 ET⁸²; como la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza, el fraude, la deslealtad...⁸³. No debe olvidarse tampoco que el ET es norma de aplicación supletoria respecto de la Ley de Cooperativas en cuestiones contenciosas (artículo 87.1 LC), que tengan relación directa con la actividad laboral del socio⁸⁴ —como debe entenderse *a contrario sensu* del propio artículo 87.1 *in fine* LC y de la STS de 12 de junio de 1987 (RJ. 4347), referidos a supuestos no relacionados con la prestación de trabajo, sino con la «pura» relación societaria—⁸⁵.

En cuanto al resto de posibles responsabilidades imputables a los trabajadores en materia de prevención, a las que los socios trabajadores deben someterse, como la responsabilidad civil o la responsabilidad penal, les serán aplicables igualmente las reglas generales del Código Civil y del Código Penal, respectivamente.

Así, el Código civil señala, en sus artículos 1.101 y ss, y 1.902 y ss, los regímenes jurídicos de las responsabilidades civiles —ya sean de carácter contractual o extracontractual, respectivamente—, que suponen la obligación de indemnizar por daños y perjuicios a las víctimas de sus incumpli-

⁸⁰ Siguiendo la estela del mencionado artículo 82.3 LC y del artículo 87.3 LC, se han pronunciado, entre otras, la STSJ País Vasco, de 9 de enero de 2001 (AS. 1093), la STSJ Galicia, de 16 de mayo de 2002 (JUR. 146029) y la STSJ Baleares, de 3 de julio de 2002 (JUR. 270407).

⁸¹ Las legislaciones autonómicas se manifiestan en la misma línea. GONZÁLEZ DE PATTO, M. R., («El nuevo régimen jurídico...», *op. cit.*, p. 82) señala, en este sentido, que las causas de exclusión determinadas en la ley andaluza, por ejemplo, demuestran hasta qué punto se observa «un nuevo síntoma de la pretensión laboralizadora de las relaciones de trabajo de socios trabajadores por parte del legislador autonómico (...)». De hecho, dice el artículo 122.1 LSCA: «En esta clase de cooperativas [de trabajo asociado] podrán ser consideradas faltas motivadoras de exclusión, además de las que, en su caso, hayan podido establecer los Estatutos, aquellos incumplimientos graves y culpables del socio trabajador que, con arreglo a la legislación laboral, autorizan su despido».

⁸² El artículo 89.6 LCV, por ejemplo, es casi idéntico a éste.

⁸³ Como corroboran la STSJ Comunidad Valenciana, de 7 de marzo de 2001 (AS. 3342), o la STSJ País Vasco de 6 de noviembre de 2001 (AS. 1194).

⁸⁴ Es más, el artículo 122.4 LSCA, por ejemplo, señala que: «Las sanciones que puedan imponerse al socio como consecuencia de su relación laboral se tramitarán con arreglo a la legislación procesal laboral, incluidos los plazos de impugnación».

⁸⁵ Ver la STSJ Aragón, de 30 de septiembre de 2002 (AS. 2786).

mientos, también en materia de prevención de riesgos laborales. Entre estas posibles responsabilidades, se incluiría también la responsabilidad indirecta del artículo 1903.p.º4.º Cc a cargo de la propia cooperativa por actos de sus socios, con derecho a posterior repetición contra ellos (artículo 1.904 Cc); según puede desprenderse de los requisitos que se exigen para que pueda invocarse: relación de dependencia, la actuación culposa del dependiente⁸⁶, y que el daño se haya generado como consecuencia de las tareas encomendadas⁸⁷. Quizás el primer requisito pueda resultar más controvertido en el ámbito cooperativo, por la necesaria relación de dependencia. Sin embargo, ésta no tiene por qué provenir indispensablemente de un contrato de trabajo, sino que puede identificarse perfectamente con un contrato de naturaleza mercantil, siempre que se presenten dichos signos de dependencia, con el socio trabajador integrado en el ámbito de organización y dirección del empresario, como parece ser aquí⁸⁸.

Cabe destacar, en esta línea, el tratamiento que se otorga a la imputación de responsabilidades, a propósito de la existencia de secciones que pueden actuar autónomamente en el seno de las cooperativas; pues las leyes de cooperativas prevén una responsabilidad de la sociedad cooperativa por actos de las secciones y, en realidad, de los miembros que las componen —ya que las secciones carecen de personalidad jurídica—. La normativa parece hacer referencia a una responsabilidad patrimonial universal de la cooperativa, de carácter subsidiario respecto a las aportaciones y garantías de los socios integrados en la sección (artículo 5.2 LC y artículo 9.3 LCG, expresamente); que, tanto en el caso de responsabilidades contractuales como extracontractuales, podrá repetir contra los mismos (artículo 8.7 LCV y artículo 5.2 LCAT). En el contexto de esta responsabilidad, se comprende que la Asamblea General de la cooperativa pueda «acordar la suspensión con efectos inmediatos de los acuerdos adoptados por la junta de socios de una sección» (artículo 9.4 LCG, artículo 8.5 LCV, artículo 6.2 LCM, artículo 5.3 LCAT) —por su parte, el artículo 6.3 LSCA simplemente permite que sea el Consejo Rector el que acuerde la suspensión de los acuerdos, lo que deberá ratificar la Asamblea General—.

Por último, en cuanto a la responsabilidad penal en la que pudieran incurrir los socios trabajadores, hay que remitirse a los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, fundamentalmente; son delitos comunes, por lo que cualquiera puede cometerlos, sin necesidad de circunstancias ni cualificaciones

⁸⁶ SsTS (1.ª) de 20 de diciembre de 1996 (Ar. 9197), de 8 de mayo de 1999 (Ar. 3101) y de 19 de junio de 2000 (Ar. 5291).

⁸⁷ SsTS (sala 1.ª), de 26 de febrero de 1996 (Ar. 1595), y de 4 de abril de 1997 (Ar. 2639).

⁸⁸ Según argumenta SANTIAGO REDONDO, K. M. (*Socio de cooperativa...*, *op. cit.*, pp. 162 y ss.).



especiales. En cambio, la imputación del delito de riesgo contra la seguridad e higiene en el trabajo, de los artículos 316 y 317 Cp, restaría sólo para los casos en que dichos socios trabajadores asumieran posiciones de dirección o mando ⁸⁹.

⁸⁹ Ver GARCÍA SALAS, A. I., «El mando intermedio en la prevención de riesgos laborales», *La Ley*, 2000.



EL SUBSIDIO PARA EMIGRANTES RETORNADOS: CUESTIONES PARA UN DEBATE

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

Becario del Plan Regional de Investigación del Principado de Asturias
Universidad de Oviedo

EXTRACTO

Si hasta la fecha podía afirmarse que la legislación española venía siendo exquisitamente respetuosa con los principios inspiradores del Derecho comunitario, con la nueva regulación del subsidio asistencial para emigrantes retornados se ha dado un vuelco sustancial. Y ello, en primer lugar, porque en un presunto intento por ahorrar costes sociales, el legislador español ha introducido el requisito de ostentar la nacionalidad española como exigencia para que los beneficiarios puedan lucrar este subsidio. Tal reforma obliga a plantearse la compatibilidad de semejante exigencia con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad que se erige como uno de los pilares fundamentales del ordenamiento comunitario, expresamente consagrado en el Reglamento 1408/71 sobre coordinación de regímenes de Seguridad Social.

En segundo lugar, al no poder ya lucrar esta prestación aquellos emigrantes que retornen de países en los que resulta aplicable el Derecho comunitario, se suscita la incógnita de si con tal restricción se infringe el derecho a la libre circulación de trabajadores consagrado en el artículo 39 del Tratado de la Unión y desarrollado por el Reglamento 1612/68.

ÍNDICE:

1. LA CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA DEL SUBSIDIO PARA EMIGRANTES RETORNADOS
2. EL POLISÉMICO CONCEPTO DE TRABAJADOR RETORNADO
3. EL REQUISITO DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO
4. PAÍSES DE RETORNO Y EL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN
5. DE LA NUEVA DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMOTERCERA TRLGSS Y DEL TIEMPO TRABAJADO EN EL EXTRANJERO Y SU CÓMPUTO

1. LA CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA DEL SUBSIDIO PARA EMIGRANTES RETORNADOS

Aunque la vigente regulación del subsidio asistencial para emigrantes retornados se encuentra contenida en el artículo 215.1.c) TRLGSS, ha de tenerse presente que su actual redacción es fruto del Real Decreto-ley 5/2002, derogado y sustituido por la Ley 45/2002, que no introdujo modificación alguna en este punto. Tampoco las últimas reformas en el ámbito de la protección por desempleo han afectado al contenido del artículo 223 TRLGSS, precepto clave por lo que respecta a las vías de financiación tanto del nivel contributivo como asistencial de desempleo. La exégesis de dicho precepto obliga a concluir que tanto las prestaciones como subsidios por desempleo se financian a través de un sistema «mixto».

Con ello se quiere significar que no existe una única fuente de financiación para este tipo de subsidio (cotizaciones frente a impuestos), sino que la acción protectora se sufraga de manera indiferenciada a través de las cotizaciones por desempleo, así como con las aportaciones del Estado consignadas en las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado¹. Puesto que son idénticas las vías de financiación del nivel contributivo de desempleo y del asistencial, no pudiéndose afirmar que el primero se financia exclusivamente con cotizaciones y el segundo mediante impuestos, se comprenderá la polémica suscitada en torno la naturaleza jurídica del subsidio asistencial por desempleo.

El propio adjetivo asistencial alentó la tesis de que se trataba de una prestación de Asistencia Social, y ello fue el motivo de que no fuera inicialmente incluido por el gobierno español en su declaración relativa a los regímenes de Seguridad Social coordinados por los Reglamentos 1408/71 y 574/72, exclusión ésta última que hubo de ser corregida por el Tribunal Supremo en Unificación de Doctrina y que se encuentra totalmente superada tras la rectificación al respecto efectuada por las autoridades españolas². Que

¹ A. BARRADA RODRÍGUEZ y B. GONZALO GONZÁLEZ: *La Financiación de la Protección Social en España. A propósito del Pacto de Toledo*. 2.ª edición. CES. Madrid. 1998; p. 207.

² Diario Oficial de la Comunidad Europea C 321 de 1993 de 27.11.1993.

tanto el nivel contributivo como el asistencial de desempleo se incluyen actualmente dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 1408/71 lo confirma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea³.

Despejadas las dudas en el plano comunitario, subsisten, sin embargo, las incógnitas a nivel de Derecho interno⁴, puesto que se da la paradójica situación de que el subsidio por desempleo es, simultáneamente, asistencial y contributivo (artículo 86.2 en conexión con el artículo 38, letra c, ambos del TRLGSS). Esta es la conclusión que se alcanza interpretando *contrario sensu* el artículo 86.2 TRLGSS, a tenor del cual hay que concluir que todas las prestaciones por desempleo —incluidas las del nivel asistencial— han de calificarse como contributivas, ya que no figuran expresamente mencionadas entre las de modalidad no contributiva. Y todo ello sin perjuicio de que la distinción entre prestaciones contributivas o no contributivas resulte ser artificiosa, ya que en última instancia la doctrina científica atribuye a la cotización naturaleza tributaria⁵.

Pero, al margen de que resulte cuanto menos discutible la naturaleza contributiva de los subsidios asistenciales por desempleo, cabría quizás defender respecto al subsidio asistencial para emigrantes retornados su carácter de prestación no contributiva de Seguridad Social⁶, en base a los siguientes argumentos:

- 1) Se trata de una prestación de Seguridad Social, no de Asistencia Social, y en su consecuencia, es competencia exclusiva del Estado la legislación en esta materia (artículo 149.1.17 CE).
- 2) El desempleo es un típico riesgo de Seguridad Social, incluido en el Convenio 102 de la OIT, sobre Norma Mínima de Seguridad Social.
- 3) Para lucrar este subsidio no se requiere acreditar ningún período de carencia, ni siquiera haber trabajado en España.

³ Sentencias de 15.6.1995, asuntos acumulados 422, 423 y 424/93 (ZABALA ERASUN) Rec., p. I-1567; y de 20.2.1997, asuntos acumulados 88, 102 y 103/95 (MARTÍNEZ LOSADA) Rec.; p. I-869.

⁴ Por todos, J.R. MERCADER UGUINA: «Desempleo y Libre Circulación de Trabajadores». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social Internacional y Comunitario* núm. 7/1998; p. 4.

⁵ Por todos, cfr. E. BORRAJO DACRUZ: *Estudios Jurídicos de Previsión Social*. Aguilar, Madrid, 1962; pp. 73-101.

Auto del TSJ de la Rioja de 11.9.2001 (AS.3607): «la tesis predominante en la actualidad califica a la cuota de Seguridad Social como exacción parafiscal con régimen jurídico propio y específico, distinto del común de tales exacciones, que no guarda relación con la capacidad contributiva de los sujetos a los que grava».

⁶ Y las mismas conclusiones son predicables respecto al subsidio por desempleo regulado en el artículo 215.1.d) TRLGSS.



- 4) Su reconocimiento está subordinado a la prueba de insuficiencia de recursos y a la existencia de cargas familiares.
- 5) Su cuantía es uniforme.
- 6) Se configura como un derecho subjetivo perfecto.

Todos estos rasgos son los propios de auténticas prestaciones no contributivas de Seguridad Social. Pero el legislador español no ha optado por calificar al subsidio asistencial como prestación no contributiva. Ello obedece, en opinión de algún autor⁷, a problemas vinculados a su posible inclusión en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71, puesto que tras la reforma introducida en éste último por el Reglamento 1249/92, España notificó en tal Anexo las prestaciones no contributivas de Seguridad Social instauradas por la Ley 26/1990 y que, con anterioridad a dicha reforma, eran exportables al amparo del Derecho comunitario⁸.

2. EL POLISÉMICO CONCEPTO DE TRABAJADOR RETORNADO

En Derecho español —al igual que ocurre en Derecho comunitario— el concepto de trabajador no es unívoco, puesto que es posible diferenciar entre un concepto a efectos laborales y otro —más amplio— a efectos de Seguridad Social⁹. La cuestión que se suscita es la de si, a efectos del artículo 215.1.c) TRLGSS, el concepto de trabajador retornado se identifica con la noción de trabajador por cuenta ajena a efectos del Estatuto de los Trabajadores o con la de sujeto protegido por el sistema de Seguridad Social, o si, por el contrario estaríamos ante un concepto sociológico en vez de jurídico.

Es preciso comenzar señalando que la legislación española en ningún momento exige del emigrante retornado que haya trabajado o cotizado en territorio nacional con carácter previo a su salida de España. Como tampoco que antes de abandonar el país hubiera estado protegido por alguno de los regímenes de la Seguridad Social española. Lo decisivo resulta haber

⁷ A. BARRADA RODRÍGUEZ y B. GONZALO GONZÁLEZ: «La Financiación de la Protección Social en España. A propósito del Pacto de Toledo». *Op. cit.*; p. 208.

⁸ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO: *La Aplicación del Derecho Comunitario a las Prestaciones Especiales No Contributivas*. Comares. Granada. 1997; p. 131: la supresión de la cláusula de residencia, y la consiguiente exportación tanto de prestaciones contributivas como no contributivas tenía su fundamento legal en el artículo 10 del Reglamento 1408/71. Tras la introducción del artículo 10 bis, se suprimió la exportación de las prestaciones no contributivas, pero únicamente en el caso de que hubieran sido notificadas en el Anexo II bis.

⁹ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO: «El Concepto de Trabajador por Cuenta Ajena en Derecho Español y Comunitario». *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 37/2002; pp. 37-59.

trabajado, pero no en España, sino en determinados países del extranjero. Esto conduce a plantearse diversas cuestiones:

- La prestación de servicios que el emigrante retornado haya desempeñado en el extranjero, ¿ha de ser necesariamente por cuenta ajena? ¿Podría también lucrar el subsidio quien hubiera desempeñado una actividad por cuenta propia en el extranjero? No es ocioso recordar que en Derecho español los trabajadores por cuenta propia han estado tradicionalmente excluidos de la protección por desempleo (si bien la Ley 45/2002 lo prevé para los autónomos agrarios).
- Quien haya desempeñado algún tipo de actividad profesional en el extranjero que no generase en el país de su realización la obligación de afiliación o alta, ¿tendría derecho al subsidio para emigrantes retornados? A estos efectos habría que tener presente el panorama legislativo de muchos países donde resulta imposible hablar con propiedad de un Derecho del Trabajo y mucho menos de un Derecho de la Seguridad Social.

¿El estatus de trabajador ha de ser determinado conforme a la legislación española o a la del país donde se haya realizado la actividad? Parece evidente que por aplicación del principio de territorialidad la legislación española no resultará aplicable a actividades concertadas en el extranjero. Como tampoco parece convincente pretender que la calificación jurídica que en un Estado extranjero se atribuya a la prestación de servicios resulte vinculante para la Administración española.

En cualquier caso, a estos efectos resulta muy significativo que para el reconocimiento del derecho al subsidio para emigrantes retornados, nuestra Administración exija del solicitante que acredite la fecha de la última salida y retorno a España, así como los períodos trabajados en el extranjero.

Y es que si lo decisivo son los períodos trabajados fuera de España, y no la calificación jurídica que a dicho trabajo se le atribuya en el país de su realización o en España, parece descartable que los únicos posibles beneficiarios hayan de ser personas que hubieran desempeñado una actividad que conforme al Derecho español pudiera calificarse de «por cuenta ajena». A mayor abundamiento, como ninguna trascendencia a los efectos del reconocimiento del subsidio tienen los períodos que hubieran podido cotizarse en el extranjero, es del todo indiferente que el trabajador migrante haya cotizado, o no, por el trabajo desarrollado fuera de España. Y, de haber cotizado, resulta igualmente intrascendente al régimen al que lo hubiera hecho.

Se ha de reconocer, sin embargo, que los pronunciamientos judiciales sobre estas cuestiones no son uniformes. Así, la STSJ de Andalucía —Málaga— de 18.5.2001 (AS.2561), con cita de la STSJ de Murcia de 14.10.1999 (AS.6393), reconoce el derecho al subsidio para emigrantes retornados a quienes ejercieron en el extranjero una actividad como becarios, aunque el trabajo desarrollado «no se corresponda con alguno de los que en España

dan lugar a la protección», con base en que el artículo 215.1.c) TRLGSS alude a «hubiera trabajado, expresión que en opinión de la Sala es proclive a acoger situaciones de desprotección con mayor amplitud e inherentes al ámbito asistencial en el que se mueve el subsidio solicitado». En contra de esta tesis se pronuncia la STSJ de Andalucía —Sevilla— de 9.11.2001 (Jur 2003\2522) que exige como presupuesto de acceso al derecho, «haber ostentado en el extranjero la condición de trabajador».

A mayor abundamiento, y ciñéndonos al articulado del TRLGSS, es preciso resaltar cómo es posible distinguir entre un concepto restringido de emigrante retornado —artículo 215.1.c) TRLGSS— frente a un concepto amplio, que es el contenido en la Disposición Adicional Primera, Uno, apartado 2, letra b) TRLGSS, como se verá después. Conforme a éste último precepto, pueden ser beneficiarios de la Renta Activa de Inserción los emigrantes que retornen de cualquier país extranjero y hayan trabajado 6 meses en los mismos. A tales efectos, por tanto, se reduce el período requerido en cuanto a la duración de la estancia en el extranjero mientras que, simultáneamente, se amplía el elenco de países donde se han podido prestar los servicios.

Por último, y al margen de lo prevenido en el TRLGSS, conviene señalar que la práctica administrativa viene reconociendo —sin cobertura legal suficiente— el derecho al subsidio para emigrantes retornados a quienes nunca anteriormente habían residido en España: este es el caso de los españoles hijos de emigrantes, que han nacido en el extranjero y retornan a España desde un país de los que permiten el acceso al subsidio. Ante este *sui generis* concepto de emigrante «no retornado» a España es preciso criticar la contradicción que supone, por un lado, el endurecimiento de los requisitos que se exigen a quienes previamente sí han residido en España, en contraste con la generosa posibilidad de lucrar el subsidio por quienes puede que nunca previamente hubieran pisado territorio nacional.

3. EL REQUISITO DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

Sin duda alguna, una de las novedades más destacadas de la reforma de la regulación del subsidio por desempleo para emigrantes retornados radica en que se exija expresamente a los beneficiarios ostentar la nacionalidad española. Justificaba algún autor esta modificación en la intención de remarcar el carácter «asistencial» del subsidio en cuestión¹⁰ y de concordar dicho precepto con el artículo 7 LGSS. Y se consideraba que se ponía así

¹⁰ P. GETE CASTRILLO, «El régimen jurídico de la prestación por desempleo: reformas», *Relaciones Laborales*, 4, 2003, p. 51.

fin a una interpretación judicial que en el pasado había permitido conceder este subsidio a ciudadanos comunitarios, en virtud del principio de igualdad de trato ¹¹.

Sin embargo, cabe defender —a efectos puramente polemizadores— que esta nueva regulación podría vulnerar el Derecho comunitario, por cuanto que cabría sostener que infringe el principio de igualdad de trato ¹². A mayor abundamiento, en virtud de la primacía y el efecto directo que se predica del Derecho comunitario, no podría en ningún caso denegarse el subsidio en cuestión a los ciudadanos de Estados en los que el Reglamento 1408/71 resulte aplicable sólo por el hecho de no ostentar la nacionalidad española.

Como punto de partida, habría que comenzar planteándose la cuestión de si un trabajador comunitario puede emigrar desde España. Parece claro que la respuesta debe ser afirmativa, ya que de no ser posible, carecería de sentido la nueva redacción del artículo 215.1.c): puesto que todo emigrante

¹¹ A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «La reforma de la protección por desempleo en el Real Decreto-Ley 5/2002», en VV.AA. (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, coord.), *Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 46. Los mismos autores, posteriormente, consideran que el subsidio sí podría concederse a ciudadanos de otros países que gozaran de igualdad de trato: «La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002», en VV.AA. (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, coord.), *La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 56.

¹² Artículo 12 TCE: «En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad». Esta discriminación prohibida puede ser directa o indirecta, equivaliendo la primera a aquellas situaciones en que un derecho se concede «ostensiblemente a los nacionales y se niega a los extranjeros, ciudadanos de otro Estado miembro». Esta regla no es absoluta, y el propio Tratado prevé la existencia de excepciones, fundamentadas principalmente en motivos de orden público, seguridad o salud pública (como es el caso de algunas de las libertades fundamentales). En cualquier caso, estas excepciones deben ser interpretadas, según el TJCE¹², de forma restrictiva, como precisamente por su carácter de quiebra de la norma general, y aún más desde la creación de la Ciudadanía de la Unión, que si bien no equivale a una «nacionalidad europea», representa un gran avance en la materia.

El Reglamento 1612/68 es el más conocido de los instrumentos mediante los cuales se desarrolló este principio en el campo de la libre circulación de trabajadores. Su artículo 7 establece que «en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional, o de nuevo empleo, si hubiera quedado en desempleo».

A su vez, el Reglamento 1408/71 contiene la regulación principal de esta regla en lo que se refiere a la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena que se desplazan en el interior de la Comunidad. El artículo 3 establece que «las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento».

debería ser obligatoriamente español no sería necesario añadir la restricción basada en la nacionalidad. Esta limitación nace del convencimiento por parte del legislador de la posibilidad de que un ciudadano no español emigre desde nuestro país y retorne.

Conforme a la doctrina judicial¹³ fundamentada en la anterior redacción del artículo 215.1.c) TRLGSS, que omitía el calificativo «español», el subsidio había de ser otorgado a determinadas categorías de extranjeros (lo que viene a confirmar la posibilidad de emigrar desde un país del que no se es nacional). Sin embargo, según el texto actual y siguiendo las instrucciones dictadas por el INEM, se denegaría el subsidio cuando el trabajador no ostentase la nacionalidad española. Y como ya se ha defendido anteriormente, ello podría infringir el Derecho comunitario. Se expondrán ahora sintéticamente las razones.

En el hipotético caso de un trabajador comunitario que emigre desde España, es obvio que anteriormente había ejercitado su derecho a la libre circulación para llegar a España desde su país de origen. Al desplazarse, queda automáticamente incluido en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1408/71, puesto que su artículo 2 afirma que «el presente Reglamento se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los estudiantes, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros». La utilización de las palabras «hayan estado» junto a «estén» indica claramente que la condición de trabajador sometido al Reglamento 1408/71 no se pierde, una vez que se ha tenido, puesto que basta con haber estado en el pasado incluido en el campo de aplicación para seguir estándolo.

Como argumento añadido, debe traerse a colación la doctrina sentada en 1964 por el TJCE en el caso Unger¹⁴, y que tanto contribuyó a ampliar el ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación de los regímenes de Seguridad Social. El Tribunal afirmó en aquella ocasión que debía atenderse a un concepto de «trabajador asalariado que se desplaza en el interior de la Comunidad», categoría que es la recogida en el título del Reglamento 1408/71, y no la de «trabajador migrante». El trabajador europeo es beneficiario donde quiera que se encuentre de una protección social apropiada¹⁵.

¹³ STSJ Murcia, 26.03.93 (Ar. 1573). M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 14.ª edición, Civitas, Madrid, 1995, p. 227, n. 170 califican esta sentencia de «fundamentadísima». A. ARUFE VARELA, «El nuevo compromiso de actividad, de situación legal de desempleo, y de beneficiarios del subsidio por desempleo», *Actualidad Laboral*, 33, 2002, p. 728, añade a esta sentencia, manejada por todos los autores, la STSJ Castilla la Mancha, 25.01.99 (Ar. 160).

¹⁴ Sentencia de 19.3.1964, asunto 75/63 (UNGER), Rec. p. 347.

¹⁵ G. LYON-CAEN y A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, 7.ª ed., Dalloz, Paris, 1991, p. 215.



Estudiando la aplicación *ratione materiae*, la letra g) del punto 1 del artículo 4 del Reglamento 1408/71 indica que las prestaciones de desempleo están incluidas en su campo de aplicación. El punto 2 del mismo artículo añade además que se aplica tanto a regímenes contributivos como no contributivos, generales o especiales. Únicamente se especifica (punto 4 de este artículo) que no es materia objeto del Reglamento la asistencia social. Como ya se ha indicado anteriormente, el subsidio para emigrantes retornados es una prestación de Seguridad Social a los efectos del Reglamento.

Por otra parte, el artículo 10 bis del mismo Reglamento, que permite a los Estados excluir determinadas prestaciones no contributivas a los efectos de su exportación, no resulta de ningún modo aplicable en la presente situación, puesto que el subsidio de desempleo para emigrantes no está contenido en el correspondiente Anexo II bis (como sí lo están, entre otras, las prestaciones no contributivas de Seguridad Social instauradas por la Ley 26/1990). Con todo, si el subsidio apareciera en dicho Anexo, ello no impediría su concesión, sino únicamente permitiría añadir un requisito de residencia en España para su perceptor.

En cualquier caso, las reglas de igualdad de trato no suponen un obstáculo para que los Estados desarrollen su propia normativa de Seguridad Social. Un Estado miembro puede legalmente subordinar la concesión de un subsidio por desempleo al requisito de que los interesados hayan cubierto en último lugar períodos calificados como «períodos de seguro» o «períodos de empleo» en virtud de su propia legislación. También los requisitos de residencia se autorizan siempre que no sean contrarios a la regla de la igualdad de trato, que no sólo prohíbe las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas disimuladas de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, abocan de hecho al mismo resultado ¹⁶. Pero ninguna de estas excepciones está presente en este caso, ni puede ser alegada para justificar la exclusión de los ciudadanos comunitarios del subsidio para emigrantes retornados.

Por tanto y como consecuencia lógica de todo lo expuesto, España —como Estado miembro de la UE—, no puede reservar para sus propios ciudadanos exclusivamente una prestación coordinada por el Reglamento 1408/71, excluyendo a los ciudadanos de los Estados en el que el citado Reglamento resulta aplicable. Y estas conclusiones son igualmente aplicables a los ciudadanos de los Estados firmantes del Tratado del Espacio Económico Europeo ¹⁷ (Islandia, Noruega y Liechtenstein) y a Suiza, por cuanto que respec-

¹⁶ Sentencia de 7.6.1988, asunto 20/85 (ROVIELLO), Rec. p. 2805.

¹⁷ El Acuerdo del Tratado del Espacio Económico Europeo entró en vigor el 1.1.1994.

to a este último país el 1 de junio de 2002¹⁸ entró en vigor el Convenio suscrito con la Unión Europea.

En definitiva, España —como país miembro de la Unión Europea— no puede denegar prestaciones de Seguridad Social a ciudadanos de Estados donde el Reglamento 1408/71 resulte aplicable o que tengan reconocido el derecho a la igualdad de trato en el ámbito de la Seguridad Social en virtud de compromisos internacionales asumidos por la Unión Europea y Terceros Estados¹⁹. Por ello puede afirmarse que una prescripción como la del artículo 215.1.c) TRLGSS vulneraría el Derecho comunitario por cuanto que atenta directamente contra el principio de igualdad de trato²⁰. Ciertamente, los afectados por esta discriminación son muy pocos, si bien eso no es óbice para que el incumplimiento de las obligaciones de España sea flagrante. En el caso de que un asunto de estas características se planteara ante los Tribunales, en virtud de la primacía y efecto directo del Derecho comunitario, el juez nacional podría inaplicar la exigencia de la nacionalidad exigida por el TRLGSS y conceder el subsidio.

Existen otras alternativas que ya supondrían la intervención del TJCE: en primer lugar, la Comisión Europea²¹ puede iniciar un procedimiento por incumplimiento contra nuestro país, que conllevará la obligación de reformar el precepto en cuestión, dado que el TJCE no es muy propenso a imponer multas coercitivas en estos casos. La otra alternativa es la cuestión prejudicial, planteada en el curso de un proceso entablado por un trabajador que se encuentre en las circunstancias descritas y a quien la Entidad Gestora deniegue la prestación, siempre y cuando el juez no decida inaplicar por sí mismo el precepto en cuestión. Corresponderá nuevamente al TJCE declarar si el citado precepto es incompatible con el Derecho comunitario.

Estas situaciones pueden, naturalmente, evitarse, ahorrando así sentencias contrarias a España que siempre crean una cierta sensación de descrédito por el incumplimiento frente a los socios comunitarios. Sería necesario reformar el TRLGSS y eliminar el adjetivo discriminatorio, o aún con ma-

¹⁸ Diario Oficial de la Comunidad Europea L 114 de 30.4.2002.

¹⁹ Igualdad de trato en el ámbito de la Seguridad Social tienen reconocidos los trabajadores de los países del Magreb y Turquía.

²⁰ Respecto a la igualdad de trato en el Derecho comunitario, cfr. J. CRUZ VILLALÓN, «Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el Derecho comunitario», en VV.AA. (J. CRUZ VILLALÓN, coord.), *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 43 y ss.

²¹ La Comisión ha perseguido sistemáticamente las cláusulas como ésta, por muy limitado que fuera el número de destinatarios. En 2001, los colectivos defendidos fueron dentistas, guardias jurados y lectores de lengua extranjera. Cfr. A.R. ARGÜELLES BLANCO y J.M. MIRANDA BOTO, «Crónica de la Jurisprudencia del TJCE en materia laboral y de Seguridad Social en el año 2001», *Aranzadi Social*, 3, 2002, pp. 67 y 68.

por sencillez (si bien con una técnica jurídica deficiente), indicar en las Instrucciones correspondientes del INEM que el requisito de la nacionalidad española debe entenderse cumplido automáticamente por los nacionales de los Estados en los que el Reglamento 1408/71 resulte aplicable y aquellos Terceros Estados que hayan suscrito Tratados con la UE en los que expresamente se recoja el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social.

Por último, pero no por ello menos importante, vale la pena señalar que la exigencia de la nacionalidad española también podría vulnerar lo prevenido en la Ley 4/2000 —reformada—, que proclama en su artículo 14.1²² que «los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles»²³. Salvo que se considere que el citado artículo 14.1 ha sido derogado tácitamente, no parece que sea ajustado a Derecho que extranjeros que hayan residido legalmente en nuestro país sean privados —por el mero hecho de su nacionalidad— de la posibilidad de acceder al subsidio comentado.

4. PAÍSES DE RETORNO Y EL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN

Con anterioridad a la reforma, para lucrar este subsidio era suficiente acreditar el retorno a España tras haber trabajado en cualquier país extranjero. Desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2002, y sin que la situación haya sido alterada por la Ley 45/2002, se aplica un criterio negativo o por exclusión: se exige que el retorno se produzca desde países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo o de países con los que no exista Convenio sobre protección por desempleo.

Por aplicación de esta regla, tras la reforma y contrarreforma en materia de desempleo, no pueden ser beneficiarios de este subsidio los trabajadores que hayan prestado servicios en los Estados de la Unión Europea, en

²² J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS: «La Protección de Seguridad Social a los Alógenos» en: VV.AA.; *Extranjeros en España. Régimen Jurídico*. Laborum. Murcia. 2001; pp. 95-137.

²³ T. GÓMEZ ÁLVAREZ y D. GARCÍA SAN JOSÉ: «Los Derechos Sociales y Sindicales en el Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones Internacionales Asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: Un Análisis Crítico». *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 228/2002, p. 77: «la distinción que el legislador español ha introducido, respecto de los extranjeros en situación regular o irregular... con relación al disfrute de algunos de los derechos y libertades fundamentales no es compatible con las obligaciones internacionales asumidas por España como parte en el Convenio».

Islandia, Noruega y Liechtenstein. Tampoco los que retornen de Suiza, desde la entrada en vigor el 1 de junio de 2002 del Convenio suscrito en entre este último Estado y la Unión Europea (o los que vuelvan desde Australia, con el que existe convenio bilateral que incluye la contingencia por desempleo²⁴). Llegados a este punto resulta casi obligado analizar la cuestión de si las reformas en el ámbito de la protección por desempleo vulnerarían, o no, el derecho a la libre circulación de los trabajadores.

Antes de pronunciarse en uno u otro sentido, es preciso traer a colación que uno de los objetivos perseguidos por el Tratado de Roma fue el de contribuir a la extensión de la libre circulación de los trabajadores migrantes en el seno de los Estados en los que resulte de aplicación el Derecho comunitario. Este fin no sería posible, o se vería severamente restringido si, como consecuencia del ejercicio de tal libertad, los migrantes nacionales de dichos Estados vieran mermados sus derechos en materia de Seguridad Social por el hecho de haber estado sometidos a las legislaciones de Seguridad Social de uno o más países.

El derecho a la libre circulación de los trabajadores se encuentra actualmente consagrado en el artículo 39 del Tratado de Amsterdam, al que la jurisprudencia comunitaria ha reconocido, reiteradamente, efecto directo²⁵. En desarrollo del actual artículo 39 se promulgó el Reglamento 1612/68, en cuyos considerandos se nos indica que la libre circulación constituye un derecho fundamental «para los trabajadores y su familia», cuya realización exige la eliminación de los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores²⁶. A estos efectos, el TJCE ha establecido que resultan indiferentes, tanto los motivos que impulsaron al trabajador de un Estado Miembro a buscar trabajo en otro país²⁷, como la naturaleza jurídica del vínculo entre empresario y trabajador²⁸.

A mayor abundamiento, el derecho a la libre circulación se reconoce a las personas que «desean ejercer una actividad económica», esto es, los que buscan trabajo²⁹. A la vista de lo expuesto, cabría sostener que privar a los trabajadores que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación de la posibilidad de lucrar el subsidio para emigrantes retornados constituye un

²⁴ El Convenio entre España y Australia de 1990 fue publicado en el BOE 11.6.1991.

²⁵ Entre otras muchas, Sentencias de 13.2.1985, asunto 267/83, (DIATT) Rec., p. 567; y de 18.5.1989, asunto 249/86, (Comisión/Alemania) Rec., p. 1263.

²⁶ Sentencia de 7.5.1986, asunto 131/85, (GÜL) Rec., p. 1573.

²⁷ Sentencia de 23.3.1982, asunto 58/82, (LEVIN) Rec., p. 1035.

²⁸ Sentencias de 12.2.1974, asunto 152/73, (SOTGIU) Rec., p. 153; de 23.3.1982, asunto 53/81, (LEVIN) Rec., p. 1035; de 3.7.1986, asunto 66/85, (LAWRIE-BLUM) Rec. p. 2121; y de 26.2.1992, asunto 357/89, (RAULIN) Rec., p. 1054.

²⁹ Sentencia de 31.5.1989, asunto 344/87, (BETTRAY) Rec., p. 1621.



obstáculo a la libre circulación. Cuestión ésta última que, en última instancia, habría de ser resuelta por el propio TJCE, caso de que se planteara a su consideración una cuestión prejudicial al respecto.

5. DE LA NUEVA DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMOTERCERA TRLGSS Y DEL TIEMPO TRABAJADO EN EL EXTRANJERO Y SU CÓMPUTO

La Ley 45/2002 ha dejado inalterada la redacción de la Disposición Adicional Trigésima Tercera del Texto Refundido, que fue incorporada al TRLGSS por el Real Decreto-ley 5/2002. En términos generales, y salvo mejor opinión, esta Disposición Adicional Trigésimotercera podría calificarse de superflua. Y ello, en primer lugar, por cuanto que resulta evidente que los Convenios Internacionales válidamente celebrados y una vez publicados en España forman parte del ordenamiento nacional (artículo 96.1 CE). A mayor abundamiento, el artículo 7.5 TRLGSS dispone que «con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos, o Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto...».

En segundo lugar, y por lo que al Derecho comunitario se refiere, del mismo se predica su primacía y efecto directo sobre los ordenamientos nacionales. Por tanto, es obvio que las disposiciones contenidas en los Reglamentos 1408/71 y 574/72 en materia de protección por desempleo resultan aplicables en España aunque estén en contradicción con la normativa nacional. Y ello, tanto si se trata de prestaciones contributivas como de subsidios asistenciales por desempleo.

En la actualidad, los trabajadores retornados de países donde el Derecho comunitario resulte aplicable³⁰, o con los que exista Convenio de Seguridad Social que incluya la contingencia de desempleo, podrán encontrarse en varias situaciones. Dichos trabajadores, en función de las cotizaciones que hubieran podido realizar antes de abandonar España podrán lucrar, según los casos, bien la prestación por desempleo de nivel contributivo, o el subsidio previsto en el artículo 215.1.2 TRLGSS.

Por lo que se refiere concretamente al subsidio para mayores de 52 años del artículo 215.1.3 TRLGSS, sólo podrán ser beneficiarios del mismo si previamente se les reconocen alguna de las modalidades o supuestos de subsidio distintos al de emigrante retornado, ya que el acceso a ésta última mo-

³⁰ Los Estados miembros de la Unión Europea, los países del Espacio Económico Europeo y Suiza.

dalidad les queda vedada conforme a la vigente redacción del artículo 215.1.c) TRLGSS. En todo caso, ello sin perjuicio de que pudieran tener derecho a prestaciones o subsidios por desempleo por aplicación del Reglamento 1408/71. Conforme al Derecho comunitario, las prestaciones y subsidios coordinados por el Reglamento 1408/71 son exportables a otros Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo durante un período de tres meses.

Una última novedad en la regulación del subsidio para emigrantes retornados es la ampliación del período que se exige haber trabajado fuera de España para generar el derecho. Mientras que con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2002 eran 6 meses, actualmente ese período se ha incrementado a 12 meses. Dado que los períodos cotizados en el extranjero, tanto a los efectos del reconocimiento de este subsidio como de su cuantía, no tienen ninguna trascendencia, a primera vista no es fácil intuir cuál haya podido ser el motivo que subyace a la reforma de este requisito.

A este respecto, se ha señalado³¹ que puesto que los permisos de residencia se extinguen «por la permanencia fuera de España de forma continuada durante más de seis meses en un período de un año, sólo con la elevación a doce meses de período de trabajo en el extranjero ya se obtenía el resultado pretendido: esto es, reservar el subsidio sólo a los nacionales españoles».

En cuanto al cómputo de los 12 meses trabajados fuera de España, el *dies a quo* para su cómputo es el de la última salida de España. Cuando los migrantes retornados no satisfagan el período mínimo de 12 meses trabajados en los países correspondientes, pero cumplan las previsiones contenidas en la Disposición Adicional Primera, Uno, apartado 2, letra b) TRLGSS, entre ellos ser mayor de 45 años, podrán ser admitidos al Programa de Renta Activa de Inserción. Esta previsión se ha mantenido en el Real Decreto 945/2003, de 18 de julio, por el que se regula para el año 2003 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

³¹ J. LUJÁN ALCARAZ: «El Subsidio por Desempleo» en: VV.AA.: *La Reforma del Despido y del Desempleo. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2002*. Laborum. Murcia. 2002; p. 178.



NUEVOS CAMINOS Y ASIGNATURAS PENDIENTES PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO EN LA ARGENTINA

SUSANA CORRADETTI

Abogada y Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires (UBA). Argentina

EXTRACTO

Las Normas Internacionales del Trabajo son un referente permanente en la doctrina argentina y latinoamericana. Esta vinculación entre el Derecho Laboral y las normas de la OIT no se da con la misma fortaleza en el mundo jurídico europeo. Algunos infieren que ello ocurre porque nuestros derechos laborales locales no superan los mínimos de los Convenios de la OIT, aún van por debajo de su protección y por eso la norma internacional implica una alusión necesaria. En la letra, los países latinoamericanos tienen reglas con alto grado de protección, sin embargo el alcance de la ley es escaso —precariedad, trabajo clandestino son causa del magro porcentaje de trabajadores efectivamente amparados por la ley— y es en esos casos en que se requiere una contención proveniente de un Organismo Internacional con alto prestigio en la región. Sostengo, sin embargo, que ésta no es la justificación más acertada. Deberá buscarse el motivo del peso de la normativa de OIT en nuestros países en la existencia, para el espacio social europeo, del derecho comunitario, que obliga a los Estados que lo integran con su carácter superior a las leyes internas y crea un grupo homogéneo de reglas protectorias. Esta situación no se da en el Mercosur, con un espacio sociolaboral tardío, afectado por los distintos cambios políticos, con un esquema institucional débil y normas que tienen dificultades y procedimientos tortuosos para insertarse en el derecho interno. Un sistema de garantías debe aprovecharse al máximo. Por eso nuestro aporte que presenta al lector europeo una realidad relativamente nueva. Por eso nuestra reflexión a modo de advertencia que permita develar la potencialidad de un nuevo orden jurídico y el riesgo de perder otra oportunidad para mejorar el nivel y ámbito de protección de los trabajadores.

ÍNDICE:

1. DEFINIR NO SIEMPRE ES BUENO
2. EL ESCENARIO LEGAL
 - 2.1. Un retrato del mundo jurídico en materia de discriminación
 - 2.2. El mundo jurídico puesto en movimiento
 - 2.3. El principio de igualdad en el nuevo orden jerárquico
3. NUEVOS CAMINOS Y ASIGNATURAS PENDIENTES PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO
 - 3.1. Nuevos caminos
 - 3.2. Asignaturas pendientes

1. DEFINIR NO SIEMPRE ES BUENO

Discriminación no es sólo desigualdad. Dice la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, en doctrina uniforme aunque no textual: Para que sea discriminatoria la desigualdad debe ser arbitraria... Dice el Diccionario de la Real Academia que una arbitrariedad es un acto contrario a la razón, a las leyes o a la justicia y que lo arbitrario es la voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o el capricho... Dice la OIT: Discriminación es cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza color, sexo religión, opinión política, ascendencia nacional y origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación¹; y la enunciación, aclara el propio texto, puede ser ampliada por los Estados miembros y, de hecho lo ha sido con las causales de discriminación por responsabilidades familiares, discapacidad, situación frente a la Seguridad Social, calidad de trabajador migrantes, recogidas todas en Convenios Internacionales adoptados con posterioridad.

No nos quedemos en las definiciones, toda definición tiende a encerrar un concepto, a diferenciarlo, y la igualdad de oportunidades y de trato merece un análisis más dinámico.

El derecho al trato igual, el derecho a no ser discriminado, es un derecho fundamental propio de la evolución cultural y de un cambio en el concepto de poderosos y oprimidos, una modificación del orden público que ahora advierte y censura lo que hace siglos se admitía como la fuerza de las cosas, como la realidad que unos no querían cambiar y otros no podían.

Las causales de discriminación son múltiples y se modifican con el transcurso del tiempo. Lo que es inmanente, es que hay alguien que excluye, maltrata, quita o retiene derechos sin fundamentación objetiva, por razones que suele guardarse para sí (de ahí la dificultad de la prueba) y que sólo resulta «cen-

¹ Artículo 1 inciso a) del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, 1958.

surable» social y judicialmente cuando se torna demasiado evidente y siempre que la sociedad y el derecho «registren» como discriminatoria la conducta.

Y este mal que afecta a la sociedad toda, que la enferma y aísla malsanamente a sus integrantes, que, precisamente, la desintegra, irrumpe con más fuerza en el mundo del trabajo porque en él salen a la luz las relaciones de poder, las fuerzas de inclusión y exclusión que permiten al trabajador gozar, o no, de la distribución de la riqueza que el sistema laboral debe garantizar.

En el ámbito laboral, la discriminación decide sobre la supervivencia de los individuos, desequilibra aún más la posibilidad de movilidad social. No es sólo una conducta social disvaliosa sino que compromete la vida del trabajador y su familia por caminos tortuosos, muchas veces inaccesibles.

Por eso no siempre el derecho, el sistema jurídico y el punitivo que lo acompaña, es oportuno o eficaz. Puede tener un alto valor disuasorio, pero no logrará, por sí, el cambio de la conducta si no es acompañado por una modificación de la cultura, la toma de posición de una sociedad que persiga estas prácticas lesivas para su propia subsistencia.

2. EL ESCENARIO LEGAL

2.1. Un retrato del mundo jurídico en materia de discriminación²

CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN VEDADAS y/o SANCIONADAS EN DISTINTOS ORDENAMIENTOS LEGALES

Ley de Contrato de Trabajo/ Otras leyes	LEY 23.592	OIT (CONVENIOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR ARGENTINA)	REFORMA LABORAL (L.25013) Despido discriminatorio	PACTO FEDERAL DEL TRABAJO
RAZA	RAZA	RAZA	RAZA	RAZA
RELIGIÓN	RELIGIÓN	RELIGIÓN	RELIGIÓN	RELIGIÓN
NACIONALIDAD	NACIONALIDAD	ASCENDENCIA NACIONAL	NACIONALIDAD	ASCENDENCIA NACIONAL
	IDEOLOGÍA	—	IDEOLOGÍA	
OPINIÓN POLÍTICA	OPINIÓN POLÍT.	OPINIÓN POLÍT.	OPINIÓN POLÍTICA	OPINIÓN POLÍTICA

² Los cuadros, adaptados a los requerimientos de este trabajo, que se incluyen a continuación, corresponden al libro «El Derecho Laboral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos Típicos», que coordinado por los Dres. ANTONIO L. VÁZQUEZ VIALARD y MARIO S. Fera (Buenos Aires, La Ley, septiembre de 2003) incluye un capítulo dedicado a Discriminación/Igualdad de Trato, págs. 43 y ss.. del que la suscripta es autora.

OPINIÓN GREMIAL	OPINIÓN GREMIAL	OPINIÓN GREMIAL, EJERCICIO DEL DERECHO DE SINDICACIÓN (C. 87 ; 98 ; 154).	<i>OPINIÓN GREMIAL</i>	MOTIVOS GREMIALES
SEXO	SEXO	SEXO	SEXO	SEXO
—	POSICIÓN ECONÓMICA	—	—	
—	CONDICIÓN SOCIAL	ORIGEN SOCIAL	—	ORIGEN SOCIAL
—	CARACTERÍSTICAS FÍSICAS	DISCAPACITADA D C.159	— <i>ORIENTACIÓN SEXUAL</i>	
—	—	COLOR	—	COLOR
—	—	RESPONSABILIDADES FAMILIARES, C. 156	—	RESPONSABILIDA- DES FAMILIARES
EDAD	—	—	—	EDAD
—	—	—	—	RESIDENCIA

Comentarios: El Pacto Federal del Trabajo (ley 25.212) que genera un sistema nacional integrado de Inspección del Trabajo y Régimen de Sanciones califica como sanciones muy graves las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo u ocupación por los motivos indicados en la columna respectiva. La enumeración está tomada del trabajo realizado por la Comisión que presidiera el Dr. Tomás Salas Franco, e integrara la suscripta, en 1997, año en que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social inició un estudio para lograr la unificación del régimen de sanciones. Recién con la sanción de la Ley 25.250 se completa el diseño de un sistema integrado de Inspección del Trabajo y la Seguridad Social, reconociéndose al entonces denominado Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de los Recursos Humanos, funciones de autoridad central de la inspección del trabajo en todo el territorio nacional pero respeta las jurisdicciones locales y señala que las autoridades actuarán bajo los principios de corresponsabilidad, coparticipación, cooperación y coordinación. Es curioso advertir que una causal de discriminación como «el lugar de residencia» podría ser sancionado con multa por la autoridad administrativa sin encontrarse prevista en otra disposición del complejo plexo normativo.

SANCIONES IMPUESTAS POR CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS³

LCT/ OTRAS	LEY 23.592	OIT	LEY 25.013	PACTO FED. DEL TRABAJO
La prohibición del Art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo no conlleva sanciones que se incluyan en la disposición legal. La conducta prohibida puede: a) justificar el despido indirecto; b) resultar nula e inoponible al trabajador. En los supuestos de despido por actos que discriminen en razón del estado de la mujer (embarazada) o del estado civil (matrimonio), el agravamiento de la indemnización con carácter sancionatorio, está especialmente prevista. También la Ley 23.551 prevé expresamente la protección de la estabilidad en el cargo del candidato y/o delegado gremial y sanciona las acciones discriminatorias en razón de la actividad gremial considerándolas prácticas desleales.	La ley impone la obligación de dejar sin efecto el acto discriminatorio o hacer cesar su realización, reparando el daño moral y material ocasionado a la víctima de la discriminación. Impone sanciones penales respecto de delitos cometidos por individuos (se incrementa la sanción del tipo penal de que se trate cuando el delito sea cometido por persecución y odio a una raza, religión o nacionalidad o con el objeto de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso) y crea un tipo penal para los que participen de acciones discriminatorias en una organización o propaguen ideas discriminatorias o alienten o inciten a la persecución o el odio con fines discriminatorios.	La Argentina es miembro de la OIT desde su creación en 1919. La OIT controla el cumplimiento de los CIT ratificados por sus países miembros, y especialmente aquellos referidos a derechos fundamentales (vgr. la igualdad de oportunidades y de trato) aún —según la doctrina de los órganos de control— cuando el CIT no haya sido ratificado, ya que estos derechos quedan incluidos en la Constitución de la OIT (han sido consolidados por la Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por la OIT, 1998) y deben ser respetados por el hecho de ser miembros. Como organismo de Derecho Internacional Público la OIT tiene por sanción la puesta en un párrafo especial de la memoria de la Conferencia Internacional del Trabajo al país incumplidor y la puesta en marcha de mecanismos de control para lograr reencausar la conducta violatoria de los derechos del trabajador.	El Art. 11 de la ley prevé para el caso de un despido discriminatorio —que gracias a la arrasadora acción del Poder Ejecutivo ⁴ quedó limitado a las causales de raza, sexo y religión, homólogas a las reconocidas por el Art. 81 de la LCT— un incremento de la tercera parte de la indemnización prevista en el Art. 7 de la ley (que a su vez reformó el Art. 245 de la LCT) para los trabajadores ingresados a la empresa con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, publicada en el B.O. del 24/9/98 sin aplicación del tope a la mejor remuneración normal y habitual, módulo de la indemnización por tiempo de servicio. La ley impone la carga de la prueba a la víctima de la discriminación y establece un trato desigual entre trabajadores ingresados a la empresa con anterioridad a su vigencia y respecto de trabajadores que sufran otras causales de discriminación no reconocidas por la norma incremento indemnizatorio.	El pacto construye un nuevo régimen sancionatorio tanto respecto de tipo y grado de las infracciones como respecto del monto y tipo de sanciones. Las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación (art. 4 inc. A) son consideradas infracciones muy graves. Las sanciones están fijadas en multa de mil pesos a cinco mil pesos por cada trabajador afectado por la infracción con más la clausura del establecimiento y la inhabilitación para acceder a las licitaciones públicas, con suspensión en los registros de proveedores del Estado (nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Debemos señalar que se ha eliminado la conversión de multa en arresto atento a la derogación de la ley 18.694, norma que consagraba esa facultad del Juez a pedido de la autoridad de aplicación (el Ministerio de Trabajo) y que siempre fue vista con disfavor por la Justicia.

³ Las sanciones enunciadas no invalidan la interposición de un Amparo, conforme lo previsto en el Artículo 45 de la Constitución Nacional que prevé el recurso, en los términos de su diseño, especialmente para casos de discriminación de cualquier tipo. En lo que hace a las causales este es el recurso más amplio porque no se constriñe a la indicación de causales de discriminación sino que refiere a la acción discriminatoria en forma genérica. La ley 23.708 que protege al enfermo/ portador de HIV se irradia sobre el ámbito laboral

⁴ La ley 25.013 tuvo veto parcial del Poder Ejecutivo. En el cuadro anterior se indican, en letra cursiva, las causales cercenadas por el veto.

2.2. El mundo jurídico puesto en movimiento

Resulta indispensable advertir que este complejo cuadro con tantas alternativas superpuestas, obrando simultáneamente sobre las causales de discriminación y que conllevan otros tantos regímenes punitivos, no puede comprenderse si no se aclaran los sistemas de relaciones entre las normas en función de su orden jerárquico.

La Constitución Nacional, sancionada originariamente en 1853, fue reemplazada en 1949 y restablecida en 1957 por el gobierno de la autodenominada «Revolución Libertadora» que derrocó al General J. D. Perón. Al restablecer la Constitución que originariamente ideara J. B. Alberdi, fundada en los principios de igualdad, libertad y propiedad, la Convención Constituyente de aquella época introdujo —como su único producto innovativo— una cuña hija del constitucionalismo social a su contenido de neto corte liberal. Tal inclusión consagra lo que la doctrina nacional ha denominado principio protectorio al asegurar al «trabajo en sus diversas formas... la protección de las leyes» garantizando, en un conjunto de cláusulas —muchas de ellas de debilísima operatividad— derechos individuales, colectivos y de la seguridad social. Entre ellas aparece el derecho a igual remuneración por igual tarea, reconocida por la doctrina como claramente operativa, y en ella se han fundado muchos de los antecedentes jurisprudenciales que consagraron la igualdad de trato en materia salarial. El texto fue interpretado por la Corte e incluida dicha interpretación en el art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo que dispone, sin embargo, que no habrá trato discriminatorio cuando el diferente tratamiento... «se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador». Este mandato sumado a la jurisprudencia que sólo en raras ocasiones, y nunca en el seno de nuestro más alto Tribunal, ha invertido la carga de la prueba, acota notoriamente el campo de acción para quien se siente discriminado en función de la discrecionalidad del empleador para mejorar por encima del piso mínimo Convenio Colectivo de Trabajo la remuneración de cualquier trabajador amparado en estos criterios de evaluación subjetiva.

Aires de reforma siempre intentaron suplir las fallas que, por el transcurso del tiempo y por la modificaciones que los sistemas regionales de integración y el peso de las normas internacionales sobre Derechos Humanos se hacían sentir en el texto de la Constitución Nacional pero la reforma tuvo recién viabilidad política con el Pacto de Olivos (noviembre de 1993) y la ley 24.309 sentó las directivas para el funcionamiento de la Convención Constituyente, fijando los temas susceptibles de ser objeto de tratamiento en la Convención. Más precisamente le estaba vedado a la Convención «introducir modificación alguna a las declaraciones derechos y garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera



Parte de la Constitución Nacional»⁵, o sea, los primeros treinta y cinco artículos.

Esta limitación fue alterada de varias formas. La primera por vía de ampliación, ya que la Convención Constituyente incorporó un Capítulo Segundo denominado Nuevos Derechos y Garantías. Pero la más importante, que hace a nuestra materia por variadas razones, resulta del juego entre la Reforma y el texto preexistente cuando, sin modificar la letra del artículo 31 de esa primera parte⁶, se consagra un nuevo orden jerárquico en la Argentina, sostenido ya con anterioridad por buena parte de la doctrina entre cuyos representantes me incluyo en lo que hace a la supremacía jerárquica de los Convenios Internacionales del Trabajo sobre la ley, pero que ahora se proclama en forma indubitable.

El mencionado artículo 31, reformado al momento de unirse la Provincia de Buenos Aires a la Confederación, sostenedor de una autoridad nacional a las que las provincias deben ajustar su actuación, fue siempre el centro de discusión sobre si el orden de mención de la Constitución, los tratados con las potencias extranjeras y la ley reflejaban los distintos niveles jerárquicos de dichas fuentes formales, o si todos los elementos normativos enunciados poseían un mismo nivel jerárquico. Se advierte que, por razones históricas, el artículo hacía mención a los tratados con las potencias extranjeras y no a otras fuentes de Derecho Internacional público que fueron apareciendo con los procesos de integración y el aumento de la importancia de las Relaciones Internacionales y tal anacronismo nunca fue superado en las sucesivas oportunidades de reforma.

Por obediencia a la limitación que pesaba sobre ella, la Convención Constituyente de 1994 forzó la referencia a nuevas fuentes legales de origen internacional y su inserción jerárquica ubicándola en artículos que nada tiene que ver con la materia.

Tal es el caso del artículo 75 que trata las atribuciones del Congreso de la Nación y que al indicar, en el inciso 22, que éste posee facultades para aprobar o desechar tratados, explicita el orden jerárquico de las fuentes ubicándolas de la siguiente manera:

- Constitución Nacional y Tratados con jerarquía constitucional (citados en el segundo párrafo del inciso 22 o incluidos en el listado con el procedimiento que allí se indica)

⁵ Texto de la ley 24309, art. 7.º.

⁶ «Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conforma ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales



- Otros Tratados concluidos con países u organizaciones internacionales. Concordatos con la Santa Sede
- Leyes

2.3. El principio de igualdad en el nuevo orden jerárquico

La inclusión en el segundo párrafo del inciso 22 del artículo 75 de Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos que refieren al principio de igualdad o a la prohibición de hacer discriminaciones⁷ consagra, entonces este derecho con rango constitucional.

La mención en el primer párrafo del citado inciso de los Tratados concluidos con... las organizaciones internacionales no es la forma más feliz que pudieron encontrar los Constituyentes para aludir a los Convenios Internacionales del Trabajo. Los Convenios de la OIT no se «concluyen» entre los países miembros de la Organización y ésta, sino que se adoptan en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo, después de un procedimiento de consulta, por el voto de delegaciones de los países miembros de integración tripartita, trabajadores, empleadores y gobiernos, que, en muchas ocasiones, privilegian su pertenencia sectorial a su origen nacional.

Sin embargo, dos razones avalan la postura doctrinaria que considera que la Constitución también alude a los Convenios Internacionales del Trabajo y a su rango supralegal en este párrafo: a) Los Convenios Internacionales del Trabajo son considerados instrumentos normativos del Derecho internacional público incluidos en la caracterización establecida por la Convención de Viena de 1972 sobre el derecho de los Tratados. b) en la discusión que se llevara a cabo en el seno de la Convención Constituyente el Conventional Dr. P. Kesselman insistió sobre la necesidad de hacer una mención expresa de esta fuente normativa del Derecho del Trabajo mientras que la opinión mayoritaria sostuvo que la mención los incluía sin necesidad de mayores precisiones.

Problemas aparte acarrea la capacidad auto ejecutoria de los Convenios de la OIT, ya que habitualmente disponen lineamientos generales que fuerzan a una reglamentación interna posterior, aún a pesar de una postura monista por parte del Estado que los ratifica.

⁷ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer



Los convenios sobre derechos fundamentales son auto ejecutorios per se y obligan al país miembro. La prohibición de hacer discriminaciones aparece como uno de los pilares de la Organización Internacional del Trabajo y, al estar incluido el derecho a trato igual en la Constitución de la Organización Internacional, el Estado miembro queda obligado, aunque no haya ratificado los Convenios sobre la materia, más aún a partir de la Declaración sobre Derechos Fundamentales adoptada en 1998 por la OIT.

Como si esto no bastase nuestro país ha ratificado un muy importante grupo de convenios sobre Igualdad de oportunidades y de trato⁸, y las disposiciones en ellos contenidos abren un nuevo campo de acción, de consecuencias no fácilmente previsibles, para las partes afectadas.

3. NUEVOS CAMINOS Y ASIGNATURAS PENDIENTES PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO

3.1. Nuevos caminos

La Reforma Constitucional, entonces, amplía considerablemente el campo normativo e introduce disposiciones operativas y supra legales en materia de discriminación.

Parece evidente y beneficioso que las disposiciones incorporadas aparezcan completando la normativa existente, integrándola, ampliando horizontes con la perspectiva que tendrá el ciudadano de contar con nuevas herramientas para poder defender el derecho a no ser discriminado en el trabajo. Pero la irrupción no conlleva solamente complitud sino que presenta situaciones de colisión.

Ocupémonos, primero de las buenas noticias. La oferta y demanda de trabajo en la Argentina es completamente libre y desreglada, salvo excepciones que encontramos, básicamente, en una limitadísima oferta pública de empleo proveniente de las agencias estatales de Empleo. Esta oferta parece funcionar sólo para el caso (remoto) en se le pueda ofrecer un puesto de trabajo a un beneficiario del seguro de desempleo. En caso de rechazarlo reiteradamente sin causa justificada, el beneficiario perderá el beneficio (conf. artículo 123, inciso h) de la ley 24.013).

Las empresas son muy celosas de su derecho a elegir al personal y ante la falta de un sistema público de empleo (relación de causa / efecto?) y un nivel de desempleo estimado en un 18%, el acceso al puesto de trabajo es campo fértil para abusos y discriminaciones. Basta con leer los avisos en los periódicos de mayor circulación solicitando personal, para advertir que

⁸ Nos remitimos al cuadro incluido con anterioridad

los requisitos exigidos no se condicen con las necesidades de la tarea a desarrollar sino con una arbitrariedad empresaria que así cree evitar problemas, eliminar costos indirectos o, en fin, asegurarse personas jóvenes con experiencia (contradicción muy frecuente) o mujeres en el caso de empleos a los que se le asigna bajo nivel salarial y hombres para los cargos en que se requiere resistencia o fortaleza física. En algún caso que tomó estado público, precisamente por lo flagrante del abuso, se solicitaban cadetes rubios de ojos celestes.

Todas estas violaciones al libre acceso al empleo, todos estos obstáculos que se le imponen a ciertos grupos, se encuentran claramente amparados por el carácter supralegal del Convenio sobre igualdad de oportunidades y de trato (empleo y ocupación), Ginebra, 1958, que expresamente protege el período de acceso al empleo. Hasta que la norma quedara habilitada por la Reforma Constitucional con rango supra legal podía accederse a un reclamo en sede civil con fundamento en la Ley 23.592, conocida como Ley Antidiscriminación, pero es indudablemente el Juez del Trabajo quien está en mejores condiciones para evaluar si la conducta del empleador impide arbitrariamente el acceso al empleo. En este campo, la Constitución ha habilitado a nuevos sujetos activos, vgr. el Defensor del Pueblo; las Asociaciones que propendan a eliminar todas las formas de la discriminación. Ellos podrán interponer una acción de amparo⁹.

Otra situación ocurre con relación al Convenio sobre trabajadores con responsabilidades familiares, Ginebra, 1981. Si bien no es auto ejecutorio¹⁰ puede servir de apoyo para acciones concretas aún de particulares que se vean privados de derechos y facilidades que el Convenio propicia y cuyo respeto debió asegurar el Gobierno al momento de la ratificación. En este sentido, la falta de reglamentación del servicio de guarderías en las empresas y, sobretodo, la imposición de que la reglamentación (inexistente después de casi 30 años de vigencia de la norma incluida en la Ley de Contrato de Trabajo) determinará la cantidad de trabajadoras (no de empleados/ as o trabajadores/ as) que harían obligatoria la instalación de una guardería en el lugar de trabajo podría incluirse entre los casos de inconstitucionalidad por omisión que parte de la doctrina nacional consideró sustento válido para una acción de un particular privado de un derecho constitucional por falta de reglamentación de la cláusula que lo garantiza.

⁹ Acción expedita y rápida contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual e inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley (conf. art. 43 de la Constitución Nacional)

¹⁰ Con excepción hecha del artículo 8 del Convenio que prohíbe considerar las responsabilidades familiares como causa que justifique la extinción del contrato de trabajo.



Por fin, se dan entre nuestra normativa y la norma internacional —como anunciáramos— supuestos de colisión que deberían resolverse a favor del derecho garantizado por el Convenio Internacional o Tratado de que se trate, por el simple peso específico de estas normas respecto de las Leyes de la Nación. La discriminación en el ejercicio de la acción sindical podría ocurrir si un particular, representante gremial de una organización sindical simplemente inscrita (que no goza de personería gremial por no ser la más representativa en el ámbito de actuación personal o territorial elegido) se entendiese con derecho a ejercer algunas acciones concretas a favor de sus representados —negociar colectivamente, declarar la huelga, representar los intereses colectivos de los trabajadores— porque la ley no debería distinguir, y así lo hace, donde el Convenio Internacional no distingue. Todo ello sin perjuicio de dejar a salvo la interpretación que hacen los órganos de control de la OIT respecto de que la asignación de algunas facultades exclusivas a determinado tipo de organización sindical (vgr. la más representativa) no afecta la letra ni el espíritu del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, Ginebra, 1948.

3.2. Asignaturas pendientes

La irrupción de normativa supralegal ocurrida a partir de la Reforma Constitucional del año 1994 no se ha visto reflejada ni en la práctica de los tribunales argentinos ni en la actividad legislativa con la intensidad que se merece.

Ni los jueces, ni las partes, acuden con la asiduidad que debieran, al uso de estos nuevos recursos técnico-jurídicos que aseguran igualdad de oportunidades y de trato. Cuando es citada, la norma internacional parece más bien un instrumento decorativo que una respuesta normativa a la defensa de un derecho. En el caso de la colisión que se señalara en materia de derecho colectivo, la respuesta podría obedecer a una «conformidad» de los administrados con el sistema sindical argentino. Las denuncias presentadas ante el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT desmienten esta inferencia y más bien hacen pensar en una falta de hábito para plantear, en el ámbito interno, reclamos que antes no se solucionaban con las mismas herramientas con las que ahora contamos.

En cuanto a la mora en la acción legislativa, pensamos que resulta ampliamente riesgoso para un sistema jurídico que los derechos se vean garantizados por diversidad de fuentes y que, a más de ello, las normas de rango inferior no incorporen o reglamenten los mandatos de las normas de rango superior.

El riesgo resulta agravado porque nuestro sistema de control de constitucionalidad recae en la Corte Suprema de Justicia, órgano superior



que se ocupa de este control pero que también decide en materias sujetas a revisión provenientes de las Supremas Cortes de cada Provincia. Y decide para el caso particular, pese al efecto expansivo de sus fallos, a falta de una Corte Constitucional ad hoc como encontramos en otros sistemas. La Corte genera, entonces, decisiones que provocan colisiones innecesarias con fallos de Tribunales inferiores, con la consiguiente incertidumbre en el ejercicio y goce de los derechos de los particulares.

El Convenio Internacional del Trabajo ingresado con jerarquía supralegal o el Tratado de jerarquía constitucional no han producido la derogación automática de todas las leyes que se opongan a sus disposiciones o la complementación de éstas con los «nuevos derechos». Utilizar este mecanismo podría haber provocado aún más confusión e inseguridad jurídica. La tarea debería ser de codificación e integración y a cargo de juristas de nota. Por otra parte, el ciudadano común desconoce, por falta de difusión, y aún imposibilidad práctica de conocimiento de los legos, cuáles nuevos derechos o conductas prohibidas han venido a integrar el plexo de garantías que la Constitución Nacional otorga.

La igualdad de oportunidades y de trato se aprende, y a no discriminar también se aprende. En este campo víctimas y victimarios necesitan ser educados.



2

Mercado de Trabajo







DÉFICIT EXTERNO DE CUALIFICACIONES EN LA HOSTELERÍA ANDALUZA

ANDRÉS J. MARCHANTE
BIENVENIDO ORTEGA
RICARDO PAGÁN

Departamento de Economía Aplicada (Estructura Económica)
Universidad de Málaga

EXTRACTO

En la literatura actual no existe una definición clara y común sobre que es lo que se entiende por «déficit de cualificaciones», fundamentalmente como consecuencia de que los conceptos de «cualificación» y «déficit» no están claramente definidos. Los objetivos de este trabajo son, partiendo de una definición precisa de déficit de cualificaciones, cuantificar el número de vacantes en los últimos doce meses, de vacantes con dificultades de ser cubiertas y de vacantes que presentan un déficit externo de cualificaciones dentro del sector de la hostelería andaluza. A partir de los datos procedentes de la base de datos generada para el año 2000 por el Proyecto de Investigación «*Déficit de cualificaciones, productividad y salarios en el sector turístico andaluz*», los resultados muestran la importancia de las vacantes, las vacantes difíciles de cubrir y las vacantes con déficit externo de cualificaciones sobre el número de empleados que existen en el sector, las diferencias detectadas según el tipo de establecimiento (hoteles y restaurantes), la duración media de las mismas y las causas de las principales dificultades para cubrirlas. Así, el número medio de vacantes y su duración media (semanal) es muy superior en los hoteles que en los restaurantes, concentrándose sobre todo en las ocupaciones de camarero, camarera de piso y cocinero. Las principales causas para cubrir las vacantes y las vacantes difíciles de cubrir son la falta de cualificación de los trabajadores y el bajo número de demandantes. La falta de cualificación en las vacantes es especialmente importante en las ocupaciones de jefe de personal, subjefe de recepción, subjefe bar/restaurante y jefe de recepción.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. DEFINICIÓN
3. ALGUNOS RESULTADOS EMPÍRICOS
4. CONSIDERACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

En la literatura actual no existe una definición clara y común sobre que es lo que se entiende por «déficit de cualificaciones» (Green et al., 1998), fundamentalmente como consecuencia de que los conceptos de «cualificación» y «déficit» no están claramente definidos (Senker, 1992). Por esta razón, la definición del concepto de déficit de cualificaciones desde el punto de vista de los empleadores debe de servir para ayudar a evaluar la validez de las diferentes interpretaciones conceptuales recogidas en la literatura existente así como para formular y definir políticas públicas correctoras de estos desajustes.

En este contexto, los objetivos de este trabajo son, partiendo de una definición precisa de déficit de cualificaciones, cuantificar el número de vacantes en los últimos doce meses, de vacantes con dificultades de ser cubiertas y de vacantes que presentan un déficit externo de cualificaciones dentro del sector de la hostelería andaluza. Para conseguir estos objetivos se utilizan los datos procedentes de la base de datos generada para el año 2000 por el Proyecto de Investigación «*Déficit de cualificaciones, productividad y salarios en el sector turístico andaluz*». Esta base de datos se ha construido mediante la información procedente de la realización de entrevistas a trabajadores y Directores/Gerentes de establecimientos de hostelería (exclusivamente hoteles y restaurantes con más de 7 trabajadores).

Además de disponer de información sobre las vacantes que existen en los últimos doce meses en un determinado establecimiento, el cuestionario utilizado permite disponer, entre otras, de información sobre la duración media de las vacantes y las principales causas de las dificultades para cubrir dichas vacantes. En este trabajo sólo se analizan las contrataciones de nuevos trabajadores en los últimos doce meses, es decir, del mercado externo de trabajo. Por su parte, el número de trabajadores que cambió de puesto o promocionó dentro del establecimiento para cubrir las denominadas «*lagunas internas*» será objeto de análisis en un posterior trabajo. No obstante, en el cuadro 3 a continuación se cuantifica el volumen de «*lagunas internas*» con objeto de compararlas con las vacantes externas que existen en el sector.

La estructura del artículo es la siguiente. En el epígrafe segundo se definen una serie de conceptos clave tales como cualificación, vacantes, vacantes difíciles de cubrir y déficit de cualificaciones (externo e interno). En



el epígrafe tercero se presentan algunos de los resultados obtenidos a partir de las encuestas realizadas a los establecimientos. Y en el epígrafe cuarto se presentan las principales conclusiones del trabajo. También, se incluye un anexo donde se presentan las notas metodológicas seguidas para la construcción de la base de datos así como la distribución del número de trabajadores y establecimientos que componen la muestra.

2. DEFINICIÓN

En términos generales, la cualificación se puede definir como un conjunto de determinados conocimientos, capacidades y aptitudes que lleva incorporado el trabajador. Una cualificación concreta constituye, pues, una especificación de las habilidades necesarias para ejecutar una tarea a un nivel definido de competencia. Para definir el concepto de déficit de cualificaciones se recurre a los diversos componentes de la dotación de capital humano que incorpora —o podría incorporar— cada trabajador individual. En efecto, todos los componentes de la dotación de capital humano de un trabajador se han de tener en cuenta para delimitar el concepto de déficit de cualificaciones. Ese concepto, además de hacer referencia a dificultades de reclutamiento o a deficiencias en la calidad de la mano de obra ya empleada en el establecimiento, incluye la percepción que el empleador puede tener o requerir sobre los patrones de comportamiento idóneos del trabajador que son innatos o adquiridos (facilidad de trato, actitud ante el trabajo, motivación, capacidad de trabajo en equipo, responsabilidad y habilidad para trabajar sin supervisión, etc.).

Así pues, la adquisición de la cualificación viene determinada por factores que no están bajo el control del trabajador (talento natural y condicionamientos socioeconómicos y familiares) y otros que dependen, al menos en parte, de su elección, tales como sus inversiones en educación reglada y no-reglada, el aprendizaje formal en el trabajo y el aprendizaje mediante la experiencia. La distinción entre los factores que dependen, al menos en parte, de la elección del trabajador —educación formal y formación en el puesto de trabajo— y aquellos que les vienen dados, es fundamental para el análisis del déficit de cualificaciones, pues, como se expone en Borghans, Grip y Smoorenburg (1998, pág. 6) se trata de un concepto relativo. Un déficit indica escasez respecto a una situación ideal. Por ello, no parece apropiado discutir la escasez respecto al talento natural. Por tanto, el análisis del déficit de cualificaciones debe de tratar de discernir si las inversiones en capital humano realizadas han sido las adecuadas dada la demanda de cualificaciones de las empresas.

Con este marco de referencia, en este epígrafe se pretende, en primer término, adoptar una definición comprensiva de déficit de cualificaciones para

dejar constancia de la perspectiva seguida en el trabajo empírico. A continuación, se expondrá el método de medición de las cualificaciones elegido.

Siguiendo a Borghans, Grip y Smoorenburg (1998, pp. 6 y 7), por déficit de cualificaciones se entiende la diferencia entre las cualificaciones disponibles y las cualificaciones que podrían haber estado disponibles si todas las personas hubieran desarrollado su dotación de capital humano óptimamente —desde una perspectiva macroeconómica— mediante la educación reglada y no-reglada y la formación en el trabajo (aprendizaje formal y aprendizaje mediante la experiencia). De esta definición se debe resaltar que:

- a) Un déficit de cualificaciones implica una situación de desajuste en la que ha habido una insuficiente inversión en capital humano para determinados perfiles profesionales. Obviamente, podría haber excedente de inversión en capital humano no demandado por el mercado de trabajo.
- b) Dado que una cualificación determinada constituye una especificación de habilidades necesarias para ejecutar una tarea a un nivel definido de competencia, su elemento central lo constituye la destreza que tiene el trabajador, más que su educación reglada tal como certifica su título académico. Así, aunque el máximo nivel educativo alcanzado podría ser el punto de referencia, ello no significa que la enseñanza formal sea el único medio por el que se adquieren las cualificaciones. Como ya se ha indicado, la formación en el trabajo incrementa también la cualificación de los trabajadores.

En esta definición, el déficit de cualificaciones procede tanto de la existencia de insuficiencias en la inversión en educación reglada como en formación en el empleo, incorporando este último componente el aprendizaje mediante la experiencia ¹.

Partiendo de esta definición amplia de déficit de cualificaciones, se pueden identificar dos aproximaciones diferentes (ver Meager, 1986):

- a) La perspectiva del empleador, desde la que se define el déficit en términos de dificultades de reclutamiento experimentados por las empresas; dificultades relativas tanto a nuevas contrataciones como a deficiencias de cualificación de los ya empleados.
- b) La perspectiva del mercado, que reconoce la existencia de déficit sólo si hay escasez de trabajadores con las cualificaciones necesarias en el mercado, para cubrir los puestos de trabajo al nivel de salario vigente.

En este trabajo se adopta la primera aproximación pero teniendo en cuenta que, como han mostrado Oliver y Turton (1982), cuando los empleadores se

¹ Se ha adoptado una definición amplia de déficit de cualificaciones, encuadrada en la Teoría del Capital Humano. No obstante, junto a esta definición se han propuesto otras y, además, se ha diferenciado diversos tipos de déficit de cualificaciones (ver BORGHANS, GRIP y SMOORENBURG, 1998, cap. 2 y *National Skills Task Force*, 2000, p. 86).

refieren a déficit de cualificaciones incluyen en este concepto su percepción respecto a patrones de comportamiento del trabajador innatos o adquiridos tales como facilidad de trato, actitud ante el trabajo, motivación, responsabilidad, etc.

Teniendo en cuenta las anteriores observaciones, en esta investigación se sigue, de forma aproximada, la metodología elaborada para el Departamento de Educación y Empleo del Reino Unido en el trabajo National Skills Task Force (1998 y 2000) y el posterior trabajo empírico desarrollado en el Institute of Employment Research de la Universidad de Warwick y dirigido por Hogarth, Shury, Vivian y Wilson (2001). En cambio, en cuestiones de terminología, la distinción entre el déficit de cualificaciones en el mercado interno de trabajo y en el mercado externo se sigue a Bosworth y Warren (1992).

Así pues, en esta investigación se utilizan las siguientes definiciones:

Déficit de cualificaciones: Se producen cuando existe una escasez patente de trabajadores adecuadamente cualificados en el mercado de trabajo. Este déficit puede ser el resultado de una falta evidente de mano de obra (cuando las tasas de desempleo son muy bajas) o de importantes desequilibrios territoriales en la oferta de trabajo (aunque haya un número suficiente de personas correctamente cualificadas existen obstáculos, principalmente geográficos, que dificultan el acceso y ocupación de los puestos de trabajo disponibles). Se distinguen dos tipos de déficit de cualificaciones:

- a) *Déficit de cualificaciones en el mercado externo de trabajo (Déficit externo de cualificaciones).* Este déficit se produce cuando las dificultades para reclutar mano de obra se deben a una mayor demanda de cualificaciones requeridas para un puesto de trabajo determinado respecto a la oferta de cualificaciones disponibles en el mercado externo de trabajo. Se trata, pues, de dificultades de reclutamiento de trabajadores cualificados en el mercado externo de trabajo. En este estudio se consideran trabajadores cualificados aquellos que desempeñan puestos de trabajo clasificados en los grupos profesionales I y II del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería. Asimismo, no todas las vacantes de trabajadores cualificados se incluyen en el déficit de cualificaciones, sino aquellas para las que el grado de dificultad para ser cubiertas declarado por el empleador es medio o alto (ver Haskel y Martin, 1993, pp. 576-577) y en las que el tipo de dificultad mencionado consiste en falta de cualificación (nivel educativo y/o experiencia profesional deficiente) y/o escaso número de demandantes (ver Hogarth, Shury, Vivian y Wilson, 2001, pág. 8).
- b) *Déficit de cualificaciones en el mercado interno de trabajo (Déficit interno de cualificaciones).* Este tipo de déficit existe cuando los empleadores consideran que: su actual plantilla tiene unos menores niveles de cualificaciones que aquellos que serían necesarios para conseguir sus objetivos empresariales; y/o, los nuevos trabajadores incorporados están aparentemente formados y cualificados, pero ca-

recen de determinadas habilidades y conocimientos requeridos para el puesto. Estas lagunas de cualificación en la mano de obra contratada pueden aparecer, por ejemplo, debido a la introducción de innovaciones tecnológicas que requieren nuevos conocimientos y habilidades. Los déficit internos de cualificaciones en el mercado interno de trabajo también pueden producirse en las empresas medianas y grandes debido a discontinuidad en la secuencia o progresión de puestos que constituye lo que se denomina cadena de movilidad o escala de puestos de trabajo (ver McConnell y Brue, 1996, pp. 399-308). Desde esta perspectiva, las empresas reclutan en el mercado externo los empleados de baja cualificación mientras que las vacantes a niveles medios y altos se cubren por promoción interna. La carrera profesional y los incrementos salariales derivan de una combinación de antigüedad, aprendizaje formal en el puesto de trabajo y aprendizaje mediante la experiencia. En este escenario, el déficit de cualificaciones aparece cuando no es posible cubrir los puestos de trabajo de niveles medios y altos debido a la inexistencia de suficientes candidatos adecuadamente cualificados procedentes de niveles inferiores, o bien, cuando éstos existen pero no reúnen los requisitos exigidos. En estos casos, recurrir al mercado externo es complicado ya que los candidatos demandados a niveles elevados deben poseer una formación específica de la empresa en cuestión (ver Bosworth y Warren, 1992, pág. 27).

Finalmente, en este estudio sólo se considera como *déficit interno de cualificaciones* aquellas situaciones en las que existe un grado medio o alto de diferencia entre las cualificaciones de los trabajadores actuales (cuyos puestos de trabajo están clasificados en los grupos profesionales I y II del Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería) y las que el encuestado (empleador, director o responsable de recursos humanos del establecimiento) considera ideales para desempeñar su puesto de trabajo. Por otra parte, como *lagunas de cualificación* se designa al conjunto de situaciones en las que el encuestado aprecia deficiencia en las cualificaciones de los empleados y grupos profesionales afectados, con independencia de su intensidad. Por tanto, la denominación genérica «lagunas de cualificación» incluye la de déficit interno de cualificaciones.

Junto a los déficit de cualificación percibidos por los empresarios se podrían estar produciendo *déficit latentes de cualificaciones* (ver Hogarth, Shury, Vivian y Wilson, 2001 pág. 8) en los casos en los que los empresarios o bien no declaran las vacantes o bien no perciben su existencia porque simplemente desconocen los niveles de cualificación de sus trabajadores necesarios para optimizar los resultados de su empresa.

Obviamente, además de las dificultades de reclutamiento ya enumeradas, las empresas se encuentran con otras limitaciones en el proceso de re-

clutamiento de sus trabajadores. Estas situaciones se agruparán en este estudio con la denominación *otras dificultades de reclutamiento*, y comprende aquellas que pueden tener su origen en la realización de procesos inadecuados de selección de personal, en una mala imagen de la industria o sector, en la baja remuneración y en condiciones laborales poco atractivas. Estas dificultades pueden presentarse incluso si hay suficientes trabajadores cualificados disponibles y sin problemas de accesibilidad (geográfica) al empleo.

Como síntesis de la exposición realizada, en el cuadro 1 se clasifican las dificultades de reclutamiento de las empresas según los grupos profesionales afectados y su intensidad.

Una vez delimitados los conceptos de déficit de cualificaciones que se utilizan en este estudio es preciso dejar constancia del método seguido para su cuantificación. Los trabajos empíricos que han tratado de la medición de los déficit de cualificaciones han adoptado dos tipos de estrategias (ver Borghans, Grip y Smoorenburg, 1988, cap. 3):

- a) La medición de los déficit de cualificaciones basada en la percepción de los empleadores.
- b) La medición de los déficit de cualificaciones basada en el análisis del comportamiento del mercado

Cuadro 1
Clasificación de las dificultades de reclutamiento

Mercados	Tipos de dificultad	Grado ⁽¹⁾	Grupos profesionales afectados ⁽²⁾
Mercado externo de trabajo	Vacantes (todas)	Alto, Medio, Bajo, Ninguno	Todos
	Vacantes difíciles de cubrir	Alto, Medio	Todos
	Déficit externo de cualificaciones	Alto, Medio	Los incluidos en los Niveles I y II
	Otras dificultades de reclutamiento	—	Todos
Mercado interno de trabajo	Lagunas internas de cualificación	Alto, Medio, Bajo, Ninguno	Todos
	Déficit interno de cualificaciones	Alto, Medio	Los incluidos en los Niveles I y II
	Déficit latente de cualificaciones	—	Los incluidos en los Niveles I y II
	Otras dificultades de reclutamiento	—	Todos

⁽¹⁾ Mercado externo de trabajo: grado de dificultad para cubrir las vacantes manifestadas por el establecimiento. Mercado interno de trabajo: grado de diferencia entre las cualificaciones de los empleados actuales y los que el responsable del establecimiento considera ideales.

⁽²⁾ Clasificación de los puestos de trabajo en grupos profesionales (cuatro niveles) según el Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la Hostelería.

En este trabajo se ha seguido la primera de las opciones reseñadas. A su vez dentro de esta opción, se han utilizado dos alternativas en investigaciones previas²: el análisis de las actividades de búsqueda realizadas por los empleadores y la realización de encuestas a empleadores relativa a los déficit de cualificaciones.

En la primera aproximación, el análisis de los déficit de cualificaciones se lleva a cabo utilizando como indicador las vacantes registradas por los empleadores en las Oficinas Públicas de Empleo o recopilando los anuncios en la prensa de las empresas sobre la misma cuestión.

El indicador de vacantes registrados, parte del supuesto de que la empresa comunica a la Oficina Pública de Empleo todos los puestos de trabajos no cubiertos con los perfiles profesionales correspondientes y presenta, al menos, los siguientes problemas:

- 1) Su cobertura es limitada ya que muchas vacantes no son comunicadas por las empresas. Asimismo, la cobertura será tanto menor cuanto mayor sean los déficit de cualificaciones, ya que si el empleador anticipa que la probabilidad de cubrir su vacante a través de la Oficina Pública de Empleo es muy baja, podría decidir no comunicárselas.
- 2) Una empresa con varias vacantes equivalentes podría comunicar sólo una de ellas.
- 3) En cambio, la misma empresa podría comunicar sus vacantes a varias agencias de empleo simultáneamente.

Por su parte, la opción de anunciar las vacantes en la prensa periódica supone que todas las vacantes son dadas a conocer a través de estos medios. Sin embargo, la decisión de una empresa de publicar sus vacantes depende de la probabilidad de que estos anuncios tengan éxito y del coste de la publicación. Teniendo en cuenta costes y beneficios, en general, los empresarios estarán menos inclinados a anunciar sus vacantes con una baja probabilidad de ser cubiertas. Además, una empresa con varias vacantes del mismo perfil podría publicar sólo una o incluso, en otros casos, podría anunciar sus mismas vacantes en varios periódicos o revistas simultáneamente.

Debido a estas limitaciones, las encuestas realizadas a empleadores con el objeto de recabar información sobre la posible existencia de déficit de cualificaciones en sus establecimientos es una alternativa muy utilizada. Esta alternativa presenta ventajas e inconvenientes. Entre las primeras, destacan que la riqueza de la información que se puede obtener es muy superior al método antes expuesto; además, comparado con el análisis de vacantes registrado o anunciado, la encuesta es más apropiada porque sus resultados

² Se sigue en la exposición de esta cuestión la obra de BORGHANS, GRIP y SMOORENBURG (1998, cap. 3). En esta obra también se discuten los métodos medición clasificados en el apartado b) y la interpretación de los diferentes indicadores utilizados.



no dependen tanto de las decisiones respecto a costes y beneficios que los empresarios puedan adoptar; es decir, el empresario indicaría al encuestador la existencia de vacantes de trabajadores cualificados, aunque no fuera eficiente registrarlos o anunciarlos.

Entre las limitaciones de este método de medición se mencionan la posible existencia de *déficit latente de cualificaciones*, inexistentes, en parte, para el encuestado (empresario o responsable de recursos humanos de la empresa) y, el hecho de que, al medir los déficit a nivel de empresa, ignora influencias relevantes a nivel sectorial o macroeconómico.

Teniendo en cuenta las anteriores limitaciones, en este estudio la información requerida se ha obtenido mediante entrevistas presenciales realizadas a los responsables de los establecimientos (ver anexo). La información se ha recogido en cuestionarios estructurados, elaborados siguiendo el utilizado en Gran Bretaña, denominado «Employers' Manpower and Skill Practices Survey (EMSPS)». Este cuestionario junto con una guía para su uso se obtuvo del ESRC Data Archive de la Universidad de Essex (1994). Obviamente, a partir del cuestionario británico se confeccionó uno más reducido y adaptado a las necesidades del Sector Hostelero. En los cuestionarios cumplimentados, la información referente a déficit de cualificaciones se recoge en las 12 primeras preguntas. Los datos obtenidos permiten cuantificar los déficit de cualificaciones, tanto en el mercado interno como en el externo, valorar el grado de dificultad para cubrir las vacantes, conocer si éstas han sido cubiertas mediante promoción interna o recurriendo al mercado externo, discernir los efectos negativos que, según los entrevistados, las dificultades de reclutamiento han ocasionado en la empresa y las decisiones que la dirección haya podido tomar para minimizar esos efectos negativos. Además, las encuestas han permitido recopilar información sobre un conjunto de variables que pudieran explicar el comportamiento diferencial de los distintos establecimientos respecto al reclutamiento del personal o la promoción interna del mismo.

3. ALGUNOS RESULTADOS EMPÍRICOS

Según el cuadro 2, el número medio de vacantes en los últimos doce meses en los 292 establecimientos para los que se dispone de información es de 10,89 (ver cuadro 1)³. El número medio de vacantes es el doble en los hoteles que en los restaurantes (13,77 frente al 6,64). Del total de establecimientos, el 88,7% tuvo al menos una vacante en los últimos doce me-

³ Para determinar el número total de vacantes que existen en los establecimientos encuestados se ha utilizado la pregunta 2 del cuestionario: «Aproximadamente, ¿cuántos trabajadores nuevos contrató en los últimos doce meses en cada ocupación?». Para obtener el

ses. Este porcentaje sube hasta el 92,53% para los hoteles y baja al 83,05% para el caso de los restaurantes.

Al analizar el número de las vacantes en los últimos doce meses, también es interesante calcular el porcentaje que representan estas vacantes sobre el empleo total existente. A nivel global, el número total de vacantes representan el 27,84% del empleo total existente en todos los establecimientos. La representatividad de las vacantes sobre el empleo es superior en los restaurantes que en los hoteles (35,06% frente al 26,09%). Hay que tener en cuenta que del total de empleados existentes en la muestra de establecimientos utilizada, 11.418, el 80,45% trabaja en hoteles y el resto, 2.232, el 19,55% en restaurantes (ver anexo, cuadro A.3).

El número medio de vacantes difíciles de cubrir ha sido de 6,17 en los últimos doce meses. Por tipo de establecimiento, este número medio ha sido de 7,42 en los hoteles y 4,33 en los restaurantes. De nuevo, las cifras obtenidas en los hoteles son superiores a las obtenidas en los restaurantes aunque la diferencia entre ambas ya no es tan elevada como ocurría anteriormente con el número medio de vacantes. El porcentaje de establecimientos que tienen al menos una vacante difícil de cubrir se sitúa en el 58,56% (60,92% para los hoteles y 55,08% para los restaurantes). Estos porcentajes son inferiores a los obtenidos anteriormente para el número medio de vacantes debido a la forma en que han sido definidas ambas variables.

Cuadro 2
Número medio de vacantes, vacantes difíciles de cubrir
y déficit externo de cualificaciones. Año 2000 (*)

	TOTAL	HOTELES	RESTAURANTES
N.º medio de vacantes	10,89	13,77	6,64
% de establecimientos con vacantes	88,70	92,53	83,05
% de vacantes sobre empleados	27,84	26,09	35,06

número de vacantes difíciles de cubrir se ha utilizado la pregunta 5: «¿qué grado de dificultad ha tenido para cubrir sus vacantes, tanto para los nuevos contratos como por rotación o promoción interna en los últimos doce meses?». Como se recoge en el cuadro 1, las vacantes difíciles de cubrir serán aquellas en donde el grado de dificultad es alto o medio para cada una de las ocupaciones consideradas. El déficit externo de cualificaciones se ha obtenido a partir de la pregunta 8: «¿qué tipo de dificultades ha encontrado para cubrir sus vacantes en los últimos doce meses?». Cuando la dificultad es «alta» o «media», la/s causa/s se debe/n a «la falta de cualificación» o «al bajo número de demandantes» y las ocupaciones son del nivel I y II, la vacante se considera déficit externo de cualificaciones (ver cuadro 1). Por último, el déficit interno de cualificaciones se ha obtenido utilizando la pregunta 3: «Aproximadamente, ¿cuántos trabajadores cambio de puesto o promocionó en los últimos doce meses en cada ocupación?», combinándose con el grado de dificultad (alto/medio).

	TOTAL	HOTELES	RESTAURANTES
N.º medio de vacantes difíciles de cubrir	6,17	7,42	4,33
% de establecimientos con vacantes difíciles de cubrir	58,56	60,92	55,08
% de vacantes difíciles de cubrir sobre empleados	15,78	14,06	22,88
% de vacantes difíciles de cubrir sobre vacantes	56,68	53,88	65,26

N.º medio de déficit externo	2,65	2,75	2,51
% de establecimientos con déficit externo	43,15	45,40	39,83
% de déficit externo sobre empleados	6,79	5,22	13,26
% de déficit externo sobre vacantes	24,38	19,99	37,80
% de déficit externo sobre vacantes difíciles de cubrir	43,01	37,10	57,93

Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del Proyecto 1FD97-0858.

(*) Todos los resultados presentados en este cuadro y en el resto de cuadros han sido también tabulados según el tamaño del establecimiento, distinguiéndose cinco posibles tamaños (menos de 10 trabajadores, entre 10 y 19 trabajadores, entre 20 y 49 trabajadores, entre 50 y 99 trabajadores y más de 100 trabajadores). Todas estos cuadros están a disposición por parte de los autores.

El porcentaje de vacantes difíciles de cubrir sobre el total de empleados y sobre el número medio de vacantes es del 15,78 y 56,68%, respectivamente. Por tipo de establecimiento, estos porcentajes son superiores en los restaurantes que en los hoteles. Los restaurantes tienen mayores dificultades de cubrir sus vacantes que los hoteles, como así lo refleja el hecho de que el 65,26% de las vacantes en los restaurantes son difíciles de cubrir, en comparación con el 53,88% registrado en los hoteles.

El número medio de vacantes que presentan déficit externo de cualificaciones se sitúa en 2,65 y las diferencias por tipo de establecimiento son mínimas (2,75 frente a 2,51). El porcentaje de establecimientos con déficit externo de cualificaciones es superior en los hoteles que en los restaurantes (45,4% frente a 39,83%). Sin embargo, ocurre lo contrario cuando se analiza el porcentaje que suponen las vacantes con déficit externo de cualificaciones sobre el total de empleados, vacantes en los últimos doce meses y vacantes difíciles de cubrir. En estos tres casos, los porcentajes obtenidos por tipo de establecimiento son mayores en los restaurantes que en los hoteles. Por ejemplo, un 37,80% de las vacantes en los restaurantes presentan déficit externo de cualificaciones, mientras que en los hoteles esta cifra se reduce al 19,99%. De este modo, puede afirmarse que la incidencia de vacantes difíciles de cubrir y de vacantes con déficit externo es mayor en los restaurantes que en los hoteles.

En el cuadro 3 se presentan el número total de vacantes, de vacantes difíciles de cubrir, vacantes con déficit externo de cualificaciones y el total de trabajadores que cambiaron de puesto o promocionaron en los últimos doce meses («lagunas internas») por tipo de ocupación. En primer lugar, han existido 3.179 vacantes en los últimos doce meses (de 2000), mientras que el número de trabajadores que cambiaron de puesto o promocionaron dentro de la empresa en los últimos doce meses es de 357 (representa sólo un 11.22% sobre el total de vacantes). Esto significa que las empresas utilizan más trabajadores externos que internos para cubrir los puestos de trabajos que están vacantes. El empresario acude más al mercado laboral externo que al propio mercado laboral interno que existe dentro del establecimiento.

Cuadro 3
Total de vacantes, vacantes difíciles de cubrir, déficit externo de cualificaciones y lagunas internas por ocupaciones (en porcentajes sobre el total). Año 2000.

	TOTAL VACANTES	VACANTES DIFÍCILES DE CUBRIR	DEFICIT EXTERNO	LAGUNAS INTERNAS
	%	%	%	%
Director Administrativo	0,22	0,11	0,00	0,56
Jefe Personal	0,06	0,00	0,00	0,28
Jefe Recepcion	0,60	0,22	0,52	3,64
Subjefe Recepcion	0,25	0,17	0,26	2,80
Jefe Reservas/ Reservas	0,19	0,06	0,13	2,52
Administrativo/ Aux. Admon	0,88	0,67	1,03	2,80
Conserje	0,53	0,28	0,39	1,12
Contable/ Facturista	0,19	0,00	0,00	0,56
Recepcionista/ Recep. Noche	6,29	6,27	12,26	11,20
Secretaria	0,50	0,17	0,26	0,84
Telefonista	0,16	0,06	0,00	0,28
Ayudante Recepcion	2,14	2,05	—	2,52
Botones/ Mozo	2,77	2,05	—	2,24
Jefe Cocina	1,01	0,83	1,55	1,12
Subjefe Cocina	0,41	0,33	0,52	2,24
Cocinero	8,05	8,66	17,81	8,12
Jefe Economato/ Economato	0,22	0,11	0,26	1,68

	TOTAL	VACANTES	DEFICIT	LAGUNAS
	VACANTES	DIFICILES	EXTERNO	INTERNAS
	%	%	%	%
Jefe de Partida	0,47	0,67	1,55	0,28
Jefe de Repostería/ Repostero	0,09	0,00	0,00	0,28
Ayudante de Cocina	5,82	5,88	—	5,32
Fregador/Pinche	4,12	3,16	—	2,24
Jefe Bar/Restaurante	0,82	0,83	0,39	4,20
Subjefe Bar /Restaurante	0,28	0,11	0,13	0,56
Maitre/ Segundo Maitre	0,69	0,89	1,16	3,92
Barman	0,75	0,67	1,42	1,96
Camarero	23,72	29,02	58,45	9,52
Jefe Rango/ Jefe Sector	0,98	0,55	0,39	4,48
Ayudante Camarero	8,59	9,54	—	5,32
Gobernanta/ Subgobernanta	0,50	0,33	0,77	2,24
Camarera de Pisos	20,98	21,37	—	8,40
Costurera/ Lavandera/ Lencera	0,75	0,22	—	0,00
Limpiadora	4,25	2,39	—	3,08
Jefe/ Subjefe Mantenimiento	0,19	0,28	0,65	1,40
Oficial Mantenimiento	0,94	0,83	—	0,84
Peon Mantenimiento	1,35	1,11	—	0,00
Segundo Maitre Restaurante	0,06	0,11	0,13	0,00
Repostero Restaurante	0,16	0,00	0,00	1,40
Economato Restaurante	0,00	0,00	0,00	0,00
TOTAL (%)	100,00	100,00	100,00	100,00
TOTAL (Número)	3.179	1.802	775	357

Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del Proyecto 1FD97-0858.

En segundo lugar, se aprecian resultados interesantes cuando se tienen en cuenta las distintas ocupaciones. El mayor número medio de vacantes en los últimos doce meses se presenta en las ocupaciones de camarero (23,72%), camarera de pisos (20,98%), cocinero (8,05%) y recepcionista/recepcionista de noche (6,29%). En cambio, el menor número de vacantes se dan en los puestos de mayor responsabilidad, como pueden ser los de jefe de personal (0,06%), jefe de mantenimiento (0,19%) o contable (0,09%). Similares resultados se obtienen cuando se analizan las vacantes difíciles de cu-

brir, aunque ahora la ocupación con mayor peso es la de camarero con un 29,02%, seguida de la de camarera de pisos con un 21,37%. En la ocupación donde se detecta un mayor déficit externo de cualificaciones es de nuevo en la de camarero, un 58,45% sobre el total. Le siguen las ocupaciones de cocinero (17%) y recepcionista/recepcionista de noche (12,26%)⁴.

Y en tercer lugar, en lo referente a las ocupaciones donde se registran un mayor número de trabajadores que cambiaron o promocionaron de puesto en los últimos doce meses (última columna), se sitúan a la cabeza la ocupación de recepcionista/recepcionista de noche (12,26%), seguido muy de cerca de camarero (9,52%) y cocinero (8,12%).

En el cuadro 4 se analiza la duración media total (en semanas) que han tardado los establecimientos (hoteles y restaurantes) en cubrir sus vacantes, las vacantes difíciles de cubrir y aquellas que presentan un déficit externo de cualificaciones en los últimos doce meses⁵. A nivel general, la duración media en cubrir una vacante ha sido de 9,28 semanas. En los hoteles se tarda más tiempo en cubrir una vacante que en los restaurantes. En concreto, en los hoteles se tarda 10,63 semanas y en los restaurantes 7,06 semanas.

Como era de esperar, la duración media en cubrir una vacante difícil de cubrir es superior en 3,1 semanas (un 33,41%) a la duración media de las vacantes. Por tipo de establecimiento, se muestra un incremento de 3,58 semanas (un 33,68%) y 2,34 (un 33,14%) en comparación con la duración media de las vacantes en los hoteles y restaurantes, respectivamente. Cuando existe un déficit externo de cualificaciones la duración media aumenta de nuevo hasta las 14,8 semanas, es decir, un 19.5% superior a la duración media de las vacantes difíciles de cubrir. En los hoteles aumenta hasta las 17,3 semanas y en los restaurantes hasta las 10,59 semanas.

Cuadro 4
Duración media semanal en cubrir las vacantes, vacantes difíciles de cubrir, déficit externo de cualificaciones. Año 2000.

	TOTAL	HOTELES	RESTAURANTES
Duración media vacantes	9,28	10,63	7,06
Duración media vacantes difíciles de cubrir	12,38	14,21	9,40
Duración media déficit externo	14,80	17,30	10,59

Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del Proyecto 1FD97-0858.

⁴ Obviamente la magnitud de estos porcentajes se han de contrastar teniendo en cuenta la importancia relativa de cada ocupación en la plantilla de los establecimientos encuestados. Con los datos disponibles, no es posible avanzar más en esa dirección.

⁵ La pregunta utilizada para cuantificar la duración media semanal ha sido la pregunta 6 del cuestionario: «¿Cuántas semanas ha tardado en cubrir sus vacantes en los últimos doce meses?». Los establecimientos responden a esta cuestión para cada una de las ocupaciones consideradas.

En el cuadro 5 se presentan las principales causas de las dificultades que tienen los empresarios para cubrir las vacantes existentes en los últimos doce meses⁶. De las siete posibles causas que se le plantean al empresario en el cuestionario, «la falta de cualificación» de la mano de obra es la más apuntada, con un 42,35% de las 1.183 respuestas obtenidas. Como segunda causa mencionada por los empresarios se encuentra el «bajo número de demandantes», con un 24,68% de las respuestas, seguido de la existencia de «horarios inusuales» con un 11,75% de las respuestas. La dificultad de transporte es la causa con menor número de respuestas, sólo un 3,55% del total.

Cuando se analizan las causas para cubrir las vacantes por tipo de ocupación, se aprecia que la causa más apuntada, «falta de cualificación», es especialmente importante en las ocupaciones de jefe de personal (100%), subjefe de recepción (75%), subjefe bar/restaurante (75%), jefe de recepción (61,11%) y oficial de mantenimiento (58,33%). La falta de cualificación tiene un menor peso en ocupaciones como maitre/segundo maitre (28,57%), limpiadora (30,43%), fregador/pinche (31,81%) y peón de mantenimiento (33,33%). La segunda causa más frecuente, «bajo número de demandantes», se da de manera especial en las ocupaciones de repostero y segundo maitre de restaurante (100%)⁷, jefe de repostería (50%), secretaría (42,86%) y subjefe de cocina (40%). En el otro extremo se encuentran las ocupaciones de oficial de mantenimiento (8,33%), botones/mozo (9,38%) y jefe de recepción (11,11%).

Con respecto al resto de causas, cabe apuntar la «exigencia de salarios altos» en las ocupaciones de cocinero (25%), director administrativo (16,67%) y oficial de mantenimiento (16,67%), los «horarios inusuales» en las ocupaciones de contable facturista (100%)⁸, de conserje (20%) y fregador/pinche (18,18%), la «multifunción en el puesto» en los casos del conserje (20%) y director administrativo (16,67%), la «escasez de vivienda» para la gobernanta/subgobernanta (25%) y jefe de recepción (22,22%), y las «dificultades de transporte» en la ocupación de costurera/lavandera/lencera (14,29%).

Por último, en el cuadro 6 se recogen las causas de las dificultades para cubrir las vacantes difíciles de cubrir⁹. A nivel general, los resultados son muy similares a los obtenidos anteriormente para las vacantes en el cuadro

⁶ Para identificar las causas se utilizó la pregunta 8 del cuestionario: «¿qué tipo de dificultades ha encontrado para cubrir sus vacantes en los últimos doce meses?». Es una pregunta multirespuesta, es decir, el empresario puede marcar más de una causa.

⁷ Hay que tener cautela al analizar este dato ya que sólo hay una observación en ambas ocupaciones.

⁸ Ver nota 7.

⁹ No procede analizar las causas de las dificultades de cubrir las vacantes que presentan déficit externo de cualificaciones ya que, como se ha apuntado anteriormente, se utilizan las causas de «falta de cualificación» y/o «bajo número de demandantes» para definir dicha variable (cuadro 1).



5. La falta de cualificación y el bajo número de demandantes son las principales causas de las dificultades para cubrir tales vacantes, con un 42,12 y 26,01%, respectivamente del total de respuestas obtenidas de los empresarios (888 respuestas). Por ocupaciones, la mayor falta de cualificación se da sobre todo en las ocupaciones de jefe de recepción, jefe de personal y costurera/lavandera/lencera, todas ellas con un 100%. Los menores porcentajes para esta causa se dan en el maitre/segundo maitre (24%) y el barman (25%). La causa «bajo número de demandantes» se concentra en las ocupaciones de segundo maitre de restaurante (100%), repostero de restaurante (100%), subjefe bar/restaurante (50%) y jefe de repostería/repostero (50%). En el resto de causas, las ocupaciones con mayor peso son muy similares a las obtenidas anteriormente para las vacantes. Por ejemplo, la exigencia de salarios altos se observa de nuevo en el subjefe de cocina (26,67%) y el director administrativo (25%).



Cuadro 5
Causas de las dificultades para cubrir vacantes. Año 2000

	Falta de cualificación %	Multifunción en puesto %	Horarios inusuales %	Exigencia salarios altos %	Dificultades transporte %	Escasez vivienda %	Bajo n.º demandantes %	TOTAL	
								N	%
Director Administrativo	33,33	16,67	16,67	16,67	0,00	0,00	16,67	6	100
Jefe Personal	100,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	1	100
Jefe Recepción	61,11	0,00	0,00	5,56	0,00	22,22	11,11	18	100
Subjefe Recepción	75,00	0,00	12,50	0,00	0,00	0,00	12,50	8	100
Jefe Reservas/ Reservas	46,67	6,67	6,67	0,00	0,00	6,67	33,33	15	100
Administrativo/ Aux. Admo	43,48	13,04	8,70	0,00	4,35	17,39	13,04	23	100
Conserje	40,00	20,00	20,00	0,00	0,00	0,00	20,00	5	100
Contable/ Facturista	0,00	0,00	100,00	0,00	0,00	0,00	0,00	1	100
Repcionista/ Recep. Noche	45,65	7,61	15,22	4,35	2,17	5,43	19,57	92	100
Secretaría	42,86	14,29	0,00	0,00	0,00	0,00	42,86	7	100
Telefonista	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0	100
Ayudante Recepción	55,17	3,45	6,90	3,45	3,45	0,00	27,59	29	100
Botones/ Mozo	43,75	15,63	15,63	3,13	6,25	6,25	9,38	32	100
Jefe Cocina	34,00	2,00	12,00	16,00	2,00	10,00	24,00	50	100
Subjefe Cocina	35,00	0,00	0,00	25,00	0,00	0,00	40,00	20	100
Cocinero	40,56	3,33	11,67	10,56	2,22	3,89	27,78	180	100
Jefe Economato/ Economato	55,56	11,11	0,00	11,11	0,00	0,00	22,22	9	100
Jefe de Partida	43,75	0,00	6,25	12,50	0,00	12,50	25,00	16	100
Jefe de Repostería/ Repostero	50,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	50,00	2	100

(Continuación Cuadro 5)

	Falta de cualificación %	Multifunción en puesto %	Horarios inusuales %	Exigencia salarios altos %	Dificultades transporte %	Escasez vivienda %	Bajo n.º demandantes %	TOTAL	
								N	%
Ayudante de Cocina	41,67	2,08	12,50	5,21	5,21	4,17	29,17	96	100
Fregador/Pinche	31,82	6,82	18,18	6,82	2,27	4,55	29,55	44	100
Jefe Bar/Restaurante	50,00	6,25	0,00	0,00	6,25	6,25	31,25	16	100
Subjefe Bar /Restaurante	75,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	25,00	4	100
Maitre/ Segundo Maitre	28,57	7,14	14,29	14,29	0,00	7,14	28,57	28	100
Barman	40,00	0,00	15,00	0,00	5,00	10,00	30,00	20	100
Camarero	41,52	3,57	15,18	7,59	4,02	1,79	26,34	224	100
Jefe Rango/ Jefe Sector	55,56	0,00	11,11	0,00	0,00	0,00	33,33	9	100
Ayudante Camarero	47,62	1,59	12,70	6,35	6,35	6,35	19,05	63	100
Gobernanta/ Subgobernanta	50,00	12,50	0,00	0,00	0,00	25,00	12,50	16	100
Camarera de Pisos	44,07	8,47	6,78	6,78	3,39	5,08	25,42	59	100
Costurera/ Lavandera/ Lencera	57,14	0,00	0,00	0,00	14,29	14,29	14,29	7	100
Limpiadora	30,43	13,04	15,22	8,70	10,87	0,00	21,74	46	100
Jefe/ Subjefe Mantenimiento	50,00	0,00	0,00	12,50	0,00	25,00	12,50	8	100
Oficial Mantenimiento	58,33	0,00	0,00	16,67	0,00	16,67	8,33	12	100
Peón Mantenimiento	33,33	13,33	13,33	0,00	13,33	6,67	20,00	15	100
Segundo Maitre Restaurante	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	100,00	1	100
Reposero Restaurante	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	100,00	1	100
Economato Restaurante	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0	100
TOTAL	42,35	5,07	11,75	7,35	3,55	5,24	24,68	1.183	100

Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del Proyecto IFD97-0858.

Cuadro 6
Causas de las dificultades para cubrir vacantes difíciles de cubrir. Año 2000

	Falta de cualificación %	Multifunción en puesto %	Horarios inusuales %	Exigencia salarios altos %	Dificultades transporte %	Escasez vivienda %	Bajo n.º demandantes %	TOTAL	
								N	%
Director Administrativo	50,00	0,00	0,00	25,00	0,00	0,00	25,00	4	100
Jefe Personal	100,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	1	100
Jefe Recepción	70,00	0,00	0,00	0,00	0,00	20,00	10,00	10	100
Subjefe Recepción	100,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	5	100
Jefe Reservas/ Reservas	50,00	10,00	10,00	0,00	0,00	0,00	30,00	10	100
Administrativo/ Aux. Admo	40,00	20,00	6,67	0,00	6,67	20,00	6,67	15	100
Conserje	66,67	0,00	33,33	0,00	0,00	0,00	0,00	3	100
Contable/ Facturista	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0	100
Repcionista/ Recep. Noche	46,58	8,22	13,70	2,74	1,37	4,11	23,29	73	100
Secretaría	66,67	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	33,33	3	100
Telefonista	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0	100
Ayudante Recepción	52,63	5,26	10,53	0,00	5,26	0,00	26,32	19	100
Botones/ Mozo	39,13	8,70	17,39	4,35	8,70	8,70	13,04	23	100
Jefe Cocina	41,67	0,00	8,33	16,67	2,78	8,33	22,22	36	100
Subjefe Cocina	40,00	0,00	0,00	26,67	0,00	0,00	33,33	15	100
Cocinero	40,14	3,40	12,93	9,52	2,04	4,08	27,89	147	100
Jefe Economato/ Economato	80,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	20,00	5	100
Jefe de Partida	40,00	0,00	6,67	13,33	0,00	13,33	26,67	15	100
Jefe de Repostería/ Repostero	50,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	50,00	2	100

(Continuación Cuadro 6)

	Falta de calificación %	Multifunción en puesto %	Horarios inusuales %	Exigencia salarios altos %	Dificultades transporte %	Escasez vivienda %	Bajo n.º demandantes %	TOTAL	
								N	%
Ayudante de Cocina	42,47	0,00	12,33	4,11	4,11	5,48	31,51	73	100
Fregador/Pinche	27,78	5,56	19,44	8,33	2,78	5,56	30,56	36	100
Jefe Bar/Restaurante	41,67	8,33	0,00	0,00	8,33	0,00	41,67	12	100
Subjefe Bar /Restaurante	50,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	50,00	2	100
Maitre/Segundo Maitre	24,00	4,00	16,00	16,00	0,00	8,00	32,00	25	100
Barman	25,00	0,00	16,67	0,00	8,33	16,67	33,33	12	100
Camarero	39,78	3,76	14,52	8,06	3,76	2,15	27,96	186	100
Jefe Rango/ Jefe Sector	60,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	40,00	5	100
Ayudante Camarero	47,62	2,38	11,90	4,76	2,38	9,52	21,43	42	100
Gobernanta/ Subgobernanta	50,00	14,29	0,00	0,00	0,00	21,43	14,29	14	100
Camarera de Pisos	46,15	5,13	5,13	5,13	5,13	7,69	25,64	39	100
Costurera/ Lavandera/ Lencera	100,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	3	100
Limpiadora	25,93	11,11	14,81	14,81	7,41	0,00	25,93	27	100
Jefe/ Subjefe Mantenimiento	60,00	0,00	0,00	0,00	0,00	40,00	0,00	5	100
Oficial Mantenimiento	54,55	0,00	0,00	18,18	0,00	18,18	9,09	11	100
Peón Mantenimiento	37,50	12,50	12,50	0,00	12,50	0,00	25,00	8	100
Segundo Maitre Restaurante	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	100,00	1	100
Reposero Restaurante	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	100,00	1	100
Economato Restaurante	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0	100
TOTAL	42,12	4,28	11,60	7,32	3,15	5,52	26,01	888	100

Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del Proyecto 1FD97-0858.



4. CONSIDERACIONES FINALES

En este trabajo se ha propuesto una metodología nueva para el estudio y análisis del déficit de cualificaciones (externo e interno) dentro del sector de la hostelería en Andalucía. La existencia de la base de datos obtenida a través del Proyecto de Investigación «*Déficit de cualificaciones, productividad y salarios en el sector turístico andaluz*» ha permitido la realización de un trabajo mucho más amplio y ambicioso, dentro del cuál se incluye como una de las fases del trabajo el análisis del déficit externo de cualificaciones, realizado en este artículo.

Los resultados de este trabajo muestran la importancia de las vacantes, las vacantes difíciles de cubrir y las vacantes con déficit externo de cualificaciones sobre el número de empleados que existen en el sector, las diferencias detectadas según el tipo de establecimiento (hoteles y restaurantes), la duración media de las mismas y las causas de las principales dificultades para cubrirlas. Así, el número medio de vacantes y su duración media (semanal) es muy superior en los hoteles que en los restaurantes, concentrándose sobre todo en las ocupaciones de camarero, camarera de piso y cocinero. Las principales causas para cubrir las vacantes y las vacantes difíciles de cubrir son la falta de cualificación de los trabajadores y el bajo número de demandantes. La falta de cualificación en las vacantes es especialmente importante en las ocupaciones de jefe de personal, subjefe de recepción, subjefe bar/restaurante y jefe de recepción.

Con anterioridad a este artículo y dentro del Proyecto de Investigación «*Déficit de cualificaciones, productividad y salarios en el sector turístico andaluz*» se han realizado varios estudios, entre ellos los relacionados con los determinantes de los salarios, el desajuste educativo de los trabajadores y su movilidad laboral (interna y externa) tanto desde el punto de los trabajadores como del de los empresarios¹⁰. Sin embargo, están todavía pendientes de investigación varias cuestiones. Primero, el estudio del déficit interno de cualificaciones en el sector, el cuál debe de servir para completar el análisis realizado en este artículo. Segundo, la aplicación de modelos econométricos dirigidos a estimar los determinantes del déficit de cualificaciones y de las vacantes difíciles de cubrir. Entre estos determinantes se encuentran variables relacionadas con el tamaño del establecimiento, porcentaje de mujeres empleadas, porcentaje de contratos a tiempo parcial, niveles salariales, porcentaje de trabajadores cualificados, nivel de desempleo en la zona, núme-

¹⁰ Ambos trabajos han sido aceptados y están pendientes de su publicación durante el 2004 en las revistas de «Revista de Estudios Regionales», «Revista Asturiana de Economía» y «Tourism Economics».

ro de competidores, etc.¹¹. Tercero, analizar la influencia que tiene la sobreeducación en la productividad de los trabajadores, en concreto la relación individual entre la sobreeducación y el grado de satisfacción en el trabajo como variable proxy del esfuerzo del trabajador en su puesto de trabajo, esto es, su productividad. Y cuarto, comparar los salarios relativos y productividades relativas de los trabajadores con diferentes niveles educativos. De este modo se pretende dar respuesta a dos cuestiones fundamentales: a) ¿Son los trabajadores mejor educados los más productivos?, y b) ¿Las diferencias salariales existentes entre los trabajadores con diferentes niveles educativos están realmente basadas en diferencias de productividad?

BIBLIOGRAFÍA

- BORGHANS, L.; A. DE GRIP y M. VAN SMOORENBURG (1988): *Measuring skills shortages*, Research Centre for Education and the Labour Market. Maastricht University.
- BOSWORTH, B. y WARREN, P. (1992): «Modeling skill shortages», en Bosworth, D.; Dutton, P. y Lewis, J. (editores): *Skill shortages: Causes and consequences*, Ashagate Publishing Company.
- ESRC DATA ARCHIVE (1994): *Employers' Maujower and skills practices survey (EMSPS). User Guide*, University of Essex, Colchester, Reino Unido.
- GREEN, F., MACHIN S. y D. WILKINSON (1998): «The meaning and determinants of skills shortages», *Oxford Bulletin of Economics and Statistics*, vol. 60, núm. 2, pp. 165-187.
- HASKEL, J. y HOLT, R. (1999): «Anticipating future skill needs: can it be done? Does it need to be done?», *Skill Task Force. Research Paper 1*, Department of Education and Employment, Reino Unido.
- HASKEL, J. y MARTIN, C. (1993): «The cauces of skill shortages in Britain», *Oxford Economic Papers*, 45, pp. 573-588.
- HOGARTH, T; SHURY, J; VIVIAN, D. y WILSON, R. (2001): *Employers skill survey 2001. Statistical report*, Institute of Employment Research, University of Warwick, Coventry, Reino Unido.
- MCCONNELL, C.R. y BRUE, S.L. (1999): *Economía Laboral*, McGraw Hill.
- MEAGER, N. (1986): «Skill shortages again and the UK economy», *Industrial Relations Journal*, vol. 17, núm. 3, pp. 236-248.
- NATIONAL SKILLS TASK FORCE (1998): *Towards a National Skills Agenda. First Report*, Department for Education and Employment, Reino Unido.
- NATIONAL SKILLS TASK FORCE (2000): *Skill for all: Research report from the National Skills Test Force*, Department for Education and Employment, Reino Unido.
- OLIVER, J.M. y TURTON, J.R. (1982): «Is there a shortage of skilled labour?», *British Journal of Industrial Relation*, vol. 20, pp. 195-200.

¹¹ Véase, por ejemplo, el artículo de GREEN, F., MACHIN S. y D. WILKINSON (1998).



SENKER, P. (1992): «Skill shortages and Britain's international competitiveness», en Bosworth, D., Dutton, P. y Lewis, J. (eds.), *Skill Shortages: Causes and Consequences*, Avebury, Aldershot.

ANEXO: Nota metodológica. Información estadística utilizada

La información que se analiza en este estudio procede de la base de datos generada para el año 2000 por el Proyecto de Investigación «*Déficit de cualificaciones, productividad y salarios en el sector turístico andaluz*»¹². La base de datos se ha construido mediante la información procedente de la realización de entrevistas a trabajadores y Directores/ Gerentes de establecimientos de hostelería (exclusivamente hoteles y restaurantes con más de 7 trabajadores)¹³.

La realización de estas encuestas a trabajadores de la hostelería en Andalucía, con el propósito de obtener una muestra representativa, ha estado condicionada por la inexistencia de un censo de los trabajadores, esto es, de la población que se analiza. Ante esta circunstancia, se optó por utilizar un método de muestreo por cuotas, el cual puede proporcionar una cobertura amplia de la población teóricamente analizada y al mismo tiempo permite sortear el inconveniente anteriormente descrito¹⁴. En el Cuadro A.1 se muestran las agrupaciones de las diferentes ocupaciones consideradas en la encuesta en función del área funcional y el nivel de responsabilidad¹⁵ atribuible a cada una.

¹² Este trabajo (Plan Nacional de I+D código 1FD97-0858) se ha desarrollado por un equipo interdisciplinar de la Universidad de Málaga, en colaboración con la sede de Marbella de la Escuela Suiza de Alta Dirección Hotelera «Les Roches», los hoteles Torrequebrada, Puente Romano y Marbella Club, el restaurante Santiago de Marbella y los sindicatos Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores.

¹³ Estas entrevistas se realizaron, en varias visitas a los establecimientos, por un equipo de profesores y becarios de las Universidades de Málaga, Cádiz, Granada, Jaén y Almería y por la empresa Demoscopia, S.A.

¹⁴ Éste es un método de muestreo estratificado en el que la selección de las unidades muestrales finales dentro de cada estrato no es aleatoria. Su finalidad es lograr que en la muestra seleccionada estén representados en las proporciones correctas los distintos grupos de interés que conforman la población que se pretende analizar. La metodología que se ha seguido en el diseño de la muestra ha sido la siguiente:

1. Se han seleccionado variables de control que han permitido estratificar la muestra en función de dos vectores de interés: distribución geográfica de la población ocupada en la hostelería andaluza e importancia relativa de las distintas ocupaciones.

2. Una vez que se han fijado los controles y las cuotas, se ha proporcionado a cada encuestador su plan de trabajo elaborado mediante controles independientes. De esta forma, la elección final de las unidades muestrales reales ha correspondido a los encuestadores.

¹⁵ Nivel de responsabilidad asignado en la Resolución de 24 de junio de 1996 (Boletín Oficial del Estado de 2 de agosto de 1996) de la Dirección General de Trabajo y Migraciones por las que se publica el «*Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería*».

Cuadro A.1
Ocupaciones por áreas funcionales y niveles profesionales

NIVELES \ ÁREAS	AL	CO	RE	LZ	ST
I	Director Admón. Jefe de Personal Jefe Recepción Subjefe Recep. Jefe Reservas Reservas Jefe Comercial Jefe Animación	Jefe Cocina Subjefe Cocina	Jefe Bar/Restaurante Subjefe Bar/Restaurante Maitre Segundo Maitre		
II	Recepcionista Recep. Noche Conserje Administrativo Aux. Admon. Contable Secretario Telefonista Animador Relac. Públicas Comercial	Jefe Partida Cocinero Jefe Repostería Repostero Jefe Economato y bodega	Jefe Sector Jefe Rango Camarero Barman	Gobernante/a Subgobernante/a Encargado	Jefe Mantenimiento Subjefe Mantenimiento
III	Ayudante Recepción	Ayudante Cocina	Ayudante Camarero	Camarero Pisos Costurero Lavandero	Oficial Mantenimiento
IV	Botones Mozo	Fregador Pinche		Limpiador	Peón Mantenimiento

Codificación: AL: Recepción y Administración; CO: Cocina; RE: Restaurante; LZ: Pisos y Limpieza; ST: Mantenimiento y Servicios Técnicos.

Las principales características de la muestra de trabajadores se presentan en el cuadro A.2. Se han entrevistado a un total de 3.314 trabajadores, de los cuales 2.543 (76,7%) trabajan en hoteles y 771 (23,3%) en restaurantes. Por provincias, la muestra de trabajadores oscila entre los 136 (4,1%) entrevistados en Almería y los 1.362 (41,1%) entrevistados en la provincia de Málaga. Desde la perspectiva del nivel de estudios de los trabajadores, el 50,1% de los trabajadores poseen, como máximo, un nivel de estudios incluido en el grupo de primarios hasta EGB. Este porcentaje es inferior al que proporciona la Encuesta de Población Activa del INE para los ocupados del sector en el último trimestre de 1999 en Andalucía (74,7%). Esta

discrepancia se puede justificar teniendo en cuenta que en nuestra muestra se han excluido los establecimientos con menos de 8 trabajadores, que son en los que el nivel educativo de los trabajadores es menor y aportan una información menos valiosa desde el punto de vista del análisis de la formación dentro del sector. Por otra parte, los diplomados universitarios representan a la mayoría de los ocupados con estudios superiores. En este grupo se encuentran los antiguos Técnicos en Empresas y Actividades Turísticas (TEAT) y equivalentes, actualmente Diplomados en Turismo.

Cuadro A.2
Características de la muestra. Número de trabajadores y porcentajes. Año 2000

	Número	%		Número	%
ÁMBITO PROVINCIAL			NIVELES EDUCATIVOS		
Almería	136	4,1	Analfabetos o sin estudios	131	4,1
Cádiz	270	8,1	Primarios hasta EGB	1470	46,0
Córdoba	285	8,6	Formación Profesional 1.º	321	9,9
Granada	544	16,4	Formación Profesional 2.º	542	16,8
Huelva	198	6,0	BUP-COU o similar	275	8,5
Jaén	160	4,8	Diplomatura universitaria o equivalente	391	11,9
Málaga	1362	41,1	Licenciatura universitaria o superior	91	2,9
Sevilla	359	10,8	Total	3221	100,0
Total	3314	100,0			
ÁREA FUNCIONAL			GÉNERO		
Recepción y Administración	882	26,8	Varón	2043	61,9
Restaurante	670	20,3	Mujer	1257	38,1
Cocina	930	28,3	Total	3300	100,0
Pisos y Limpieza	492	14,9			
Mantenimiento					
y Servicios Técnicos	163	4,9			
Dirección	87	2,6	EDAD		
Otros	72	2,2	Hasta 24 años	479	14,8
Total	3296	100,0	De 25 a 34 años	1160	36,2
			De 35 a 44 años	928	28,9
ACTIVIDAD			De 45 a 54 años	503	15,6
Hotel	2543	76,7	Más de 54 años	144	4,5
Restaurante	771	23,3	Total	3214	100,0
Total	3314	100,0			

Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del Proyecto 1FD97-0858.

En función del género, se puede comprobar que en la muestra predominan los varones (61,9%) frente a las mujeres (38,1%)¹⁶. Uno de los datos que también es relevante para analizar el stock de capital humano de los trabajadores es la composición por edad de la muestra. En este caso se puede comprobar que el 50% de los trabajadores tiene menos de 35 años, lo cual pone de manifiesto una población ocupada relativamente joven en el sector. La muestra recoge además las respuestas de 87 Directores y Gerentes de establecimientos y/o empresas.

Por su parte, el directorio de establecimientos a encuestar se ha elaborado a partir de los datos suministrados por la Dirección General de Planificación Turística, dependiente de la Consejería de Turismo y Deportes de la Junta de Andalucía. Esta información, procedente del Registro de Establecimientos de Actividades Turísticas (REAT), se ha completado con la incluida en las dos publicaciones siguientes: Guía de Hoteles, Pensiones, Apartamentos, Campings, y Casas Rurales de Andalucía (Junta de Andalucía, 1999) y Guía Oficial de Hoteles. España 2000 (Turespaña. Ministerio de Economía y Hacienda, 1999).

Se han seleccionado todos los hoteles de 3, 4 y 5 estrellas para proceder a la realización de las encuestas de establecimientos y todos los restaurantes de tres o más tenedores. En concreto, se han encuestado 181 hoteles y 121 restaurantes. Las encuestas a representantes (propietarios y/o directivos) de establecimientos y a trabajadores se han realizado de forma presencial en varias visitas a los establecimientos.

En este trabajo se han utilizado los datos de 174 hoteles y 118 restaurantes, es decir, un total de 292 establecimientos de los encuestados durante la investigación para los cuales se dispone de información de todas las variables relevantes utilizadas en las páginas precedentes. En el cuadro A.3 se muestra la distribución de los establecimientos y número de empleados según tamaños y tipos de establecimientos. Como puede observarse, el mayor porcentaje de empleados, un 31,96% del total de empleados, 11.418, trabaja en establecimientos con un tamaño comprendido entre 50 y 99 trabajadores. Un 80,45% de los empleados trabajan en los hoteles (9.186), y el resto, el 19,55%, lo hacen en los restaurantes (2.232). La distribución de la plan-

¹⁶ Aunque no se encuentra recogido en la Tabla 1, es importante señalar que la distribución por género de las áreas funcionales y ocupaciones no es homogénea, sino que existen áreas y puestos netamente masculinos y femeninos. Así, en el área de Pisos y Limpieza la presencia femenina ronda el 100% (el puesto de Gobernante y Subgobernante lo ocupan exclusivamente mujeres, en tanto que sólo se ha entrevistado a un hombre que trabaja como Camarero de Pisos y a otro con las funciones de Limpiador). Por su parte, en el área de Mantenimiento y Servicios Técnicos se produce la situación opuesta. En el área de Cocina, si bien en su conjunto existe una gran proporción de mujeres, los puestos de responsabilidad como Jefes o Subjefes de Cocina o Partida son desempeñados casi exclusivamente por hombres.

tilla por tamaño de empresa difiere por tipo de establecimientos. En los hoteles, un elevado porcentaje del total de empleados trabajan en hoteles con plantillas situadas entre 50-99 trabajadores (34,43%) o con más de 100 trabajadores (37,03%). En cambio, en los restaurantes la plantilla se concentra más en los tamaños empresariales inferiores. Un 33.11% del total de empleados en los restaurantes trabaja en empresas con una plantilla situada entre 20 y 49 empleados. En el otro extremo, los restaurantes con más de 100 trabajadores sólo representa el 5,91% del total de empleados que trabajan en los restaurantes. Los mismos comentarios pueden realizarse si se analiza el número de establecimientos que existen (un total de 292) por tipo y tamaño del establecimiento.

Cuadro A.3
Número de empleados y de establecimientos según tamaños y tipos de establecimientos.
Año 2000

Número de Empleados	TOTAL		HOTELES		RESTAURANTES	
	Número	%	Número	%	Número	%
Menos de 10	358	3,13	71	0,77	287	12,86
Entre 10 y 19	1.189	10,41	601	6,54	588	26,34
Entre 20 y 49	2.688	23,55	1.949	21,22	739	33,11
Entre 50 y 99	3.649	31,96	3.163	34,43	486	21,77
Mas de 100	3.534	30,95	3.402	37,03	132	5,91
TOTAL	11.418	100,00	9.186	100,00	2.232	100,00

Número de Establecimientos	TOTAL		HOTELES		RESTAURANTES	
	Número	%	Número	%	Número	%
Menos de 10	50	17,12	10	5,75	40	33,90
Entre 10 y 19	84	28,77	41	23,56	43	36,44
Entre 20 y 49	86	29,45	60	34,48	26	22,03
Entre 50 y 99	50	17,12	42	24,14	8	6,78
Mas de 100	22	7,53	21	12,07	1	0,85
TOTAL	292	100,00	174	100,00	118	100,00

Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del Proyecto 1FD97-0858.





INFORME TRIMESTRAL SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (Cuarto Trimestre) *

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

CARLOS RESA NESTARES
Profesor de Economía Política
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Se está haciendo un balance excesivamente triunfal de la dinámica del empleo en el pasado año 2003. Sin duda que en términos estadísticos se pueden presentar logros cuantitativos destacados. Pero, correcciones estadísticas aparte, es largo el camino por recorrer aún para llegar a cifras relativas comparables con la situación media europea y más aún hasta llegar a los objetivos establecidos en sucesivos Consejos Europeos, en el ámbito de la Estrategia Europea de Empleo. Tanto en el terreno de la ocupación, como en el del desempleo o en materia de actividad femenina o de ocupación de trabajadores adultos, los desequilibrios aún son acusados.

Respecto de lo ocurrido en la Comunidad Autónoma Andaluza, uno de los datos más significativos de lo ocurrido en el mercado laboral en el año 2003 es el fuerte incremento de la ocupación, que ha alcanzado, en el cuarto trimestre del año, la cifra de 2.615.100 personas. Dato que responde con diferente incidencia respecto de los colectivos a los que integra, pero que es sin duda de los más destacables junto con el referido a la presencia de la inmigración.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a marzo de 2004.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL.

Enero 2004

	Unidad	Periodo	Dato	ESPAÑA		ANDALUCÍA		
				VA(*)	VB(*)	Dato	VA(*)	VB(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	4.º Trim. 03	18.989,0	+0,3	+2,7	3.207,4	+0,8	+2,4
Tasa de actividad	Porcentaje	4.º Trim. 03	55,39	+0,1	+2,0	53,33	+0,6	+1,6
Hombres	67,55	-0,4	+0,8	67,08	-0,2	+0,3
Mujeres	43,90	+0,9	+3,7	40,31	+2,0	+3,7
16-19 años	24,16	-8,0	-1,6	27,13	-5,2	-3,3
20-24 años	62,56	-2,7	+2,2	61,58	-0,9	-0,1
25-54 años	79,96	+0,6	+1,8	74,55	+0,9	+1,5
Más de 55 años	17,72	+0,8	+3,2	15,99	+1,8	+5,0
Ocupados	Miles	4.º Trim. 03	16.862,0	+0,3	+3,0	2.615,2	+1,1	+4,6
Agricultura	951,9	+4,5	+1,1	274,0	+27,0	+7,0
Industria	3.075,5	-2,3	-3,0	297,6	+0,5	+2,1
Construcción	1.991,9	+0,1	+4,3	369,4	+2,5	+10,3
Servicios	10.842,8	+0,7	+4,7	1.674,2	-1,3	+3,5
Asalariados del sector público	..	4.º Trim. 03	2.747,3	+0,2	+3,4
Asalariados temporales	..	4.º Trim. 03	4.218,9	+0,3	+3,4
Parados encuestados	..	4.º Trim. 03	2.127,1	+0,6	+0,4	592,2	-0,5	-6,4
Hombres	922,1	+0,6	+0,6	267,9	+2,0	-5,7
Mujeres	1.204,9	+0,6	+0,3	324,3	-2,4	-6,9
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	4.º Trim. 03	11,20	+0,3	-2,2	18,46	-1,3	-8,6
Hombres	8,20	+0,9	-0,8	13,65	+2,0	-6,8
Mujeres	15,56	-0,5	-4,0	26,05	-4,5	-10,9
16-19 años	30,89	+0,7	+1,0	36,70	+1,3	+10,8
20-24 años	20,92	+3,9	-1,9	28,89	+4,7	-7,9
25-54 años	10,09	+1,4	-1,3	16,78	-1,6	-7,5
Más de 55 años	6,44	-9,6	-4,0	13,44	-8,2	-6,8
Parados de larga duración	Porcentaje	4.º Trim. 03	37,08	+0,4	-2,7	35,75	+0,8	+1,5
Parados registrados	Miles	4.º Trim. 03	1.692,5	+6,9	+1,4	369,2	-5,7	-2,0
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	3.º Trim. 03	73,56	+2,7	+5,4
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	2003	460,50	..	+2,0	460,50	..	+2,0
Coste laboral por trabajador	€/mes	3.º Trim. 03	1.942,03	-2,4	+3,6	1.790,90	-1,7	+3,1
Industria	2.228,89	-2,2	+4,4	2.049,23	+0,6	+4,3
Construcción	1.850,13	-4,6	+6,4	1.819,09	-1,1	+5,9
Servicios	1.866,14	-1,9	+2,9	1.728,86	-2,2	+2,2
Jornada laboral efectiva	horas/mes	3.º Trim. 03	129,2	-8,3	-0,1	132,2	-6,2	-1,2
Accidentes mortales de trabajo	Total	3.º Trim. 03	400	+7,2	+2,3
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes Total	..	3.º Trim. 03	975	-14,8	-0,5	71	-50,0	-30,4
Trabajadores Extinción de empleo	8.714	+2,6	+12,7	581	+28,0	+24,1
Suspensión de empleo	5.038	-69,1	+21,6	24	-93,7	-88,5
Reducción de jornada	738	+54,1	+258,3	3	+200,0	-70,0
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas Total	..	3.º Trim. 03	147	-52,7	+34,9
Participantes	Miles	..	29,2	-95,2	+132,3	1,5	-98,9	+114,3
Jornadas no trabajadas	79,0	-82,5	+9,3	1,8	-92,4	-25,0
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	3.º Trim. 03	2,4	2,3	1,8
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	3.º Trim. 03	-5,4	-4,1	-3,0
Inflación	Porcentaje	4.º Trim. 03	2,7	2,9	4,0	2,6	2,9	3,9
Déficit público (operaciones no financieras)	Millardos €	2.º Trim. 03	-4,1	-2,8	-5,6
Tipo de interés (Euribor 12 meses)	Porcentaje	4.º Trim. 03	2,4	2,2	3,0

(*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA COYUNTURA LABORAL EN EL CUARTO TRIMESTRE DEL AÑO 2003
3. LA OFERTA DE TRABAJO EN ESPAÑA EN EL AÑO 2003
4. LA COYUNTURA LABORAL EN ANDALUCÍA EN EL CUARTO TRIMESTRE DE 2003
 - 4.1. El empleo y el desempleo en el cuarto trimestre de 2003
5. LA OFERTA DE TRABAJO EN ANDALUCÍA. UN APUNTE EN PERSPECTIVA DE LARGO PLAZO

1. INTRODUCCIÓN

Se está haciendo un balance excesivamente triunfal de la dinámica del empleo en el pasado año 2003. Sin duda que en términos estadísticos se pueden presentar logros cuantitativos destacados. Pero, correcciones estadísticas aparte, es largo el camino por recorrer aún para llegar a cifras relativas comparables con la situación media europea y más aún hasta llegar a los objetivos establecidos en sucesivos Consejos Europeos, en el ámbito de la Estrategia Europea de Empleo. Tanto en el terreno de la ocupación, como en el del desempleo o en materia de actividad femenina o de ocupación de trabajadores adultos, los desequilibrios aún son acusados.

**OBJETIVOS ESTABLECIDOS EN LA ESTRATEGIA EUROPEA
POR EL EMPLEO**

Variable	Valor Objetivo	Año a alcanzar el objetivo	Cumbre en la que se establece el objetivo	Valor para España (media 2003)	Valor para la UE-15 (media 2003)
Tasa de ocupación	70%	2010	Lisboa	59,0	64,1
Tasa de ocupación femenina	60%	2010	Lisboa	45,2	56,1
Tasa de ocupación de trabajadores mayores (55-64 años)	50%	2010	Estocolmo	40,0	41,0

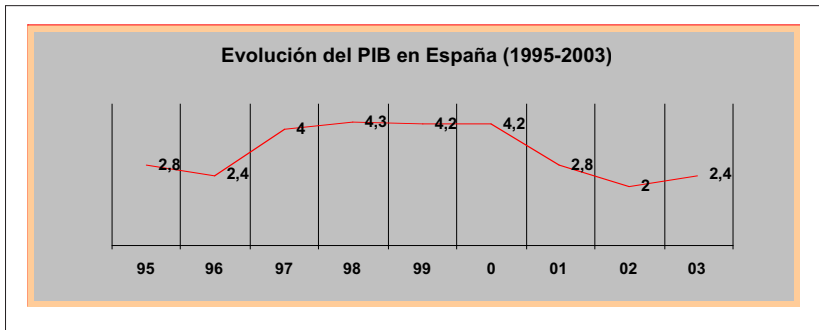
Pero quizás donde las incertidumbres son muy destacadas, cara al futuro inmediato, es en el escaso avance sino estancamiento, registrado en materia de cualificación de la mano de obra. Lo que está en relación directa con la brecha, en materia de productividad del trabajo que en estos pocos años se ha ido abriendo con respecto a la U.E. Moderación salarial y temporalidad, siguen siendo los ejes de la estrategia española de empleo y, con ello, se resiente el avance en el ámbito de los rendimientos del trabajo. En lontananza, tenemos la incorporación de los nuevos miembros de la U.E., fuente importante de competitividad frente a la producción española, que habría de enfrentarse a la de estos países, que cuentan con relativamente altos niveles de cualificación y bajos costes salariales, en el espacio abierto de la nueva Unión Europea.



2. LA COYUNTURA LABORAL EN EL CUARTO TRIMESTRE DEL AÑO 2003

Si durante el último ciclo económico el mercado de trabajo se ha dotado de una mayor flexibilidad, como así ha ocurrido, una de sus características debería ser el reflejar de manera casi inmediata las mejoras económicas. El incipiente florecimiento del clima económico debería plasmarse en este contexto de flexibilidad, en una reacción positiva e inequívoca de mejora del funcionamiento y los resultados del mercado laboral. Las estadísticas no permiten llegar a un diagnóstico claro en este sentido. La economía española continúa generando empleo: casi quinientos mil empleos creados desde el último trimestre de 2002.

EVOLUCIÓN DEL PIB EN ESPAÑA (TASA DE VARIACIÓN ANUAL 1995-2003)

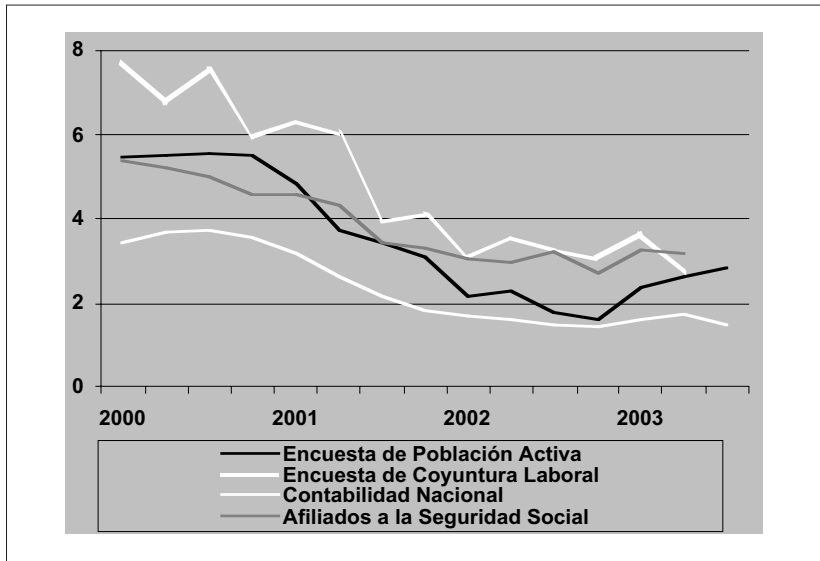


Fuente: INE

Pero, en sentido contrario, el desempleo se niega a disminuir más allá del umbral de los dos millones que se superó, a lo largo de 2003. Doce mil desempleados más fueron el saldo neto del cuarto trimestre de 2003. En la práctica, un movimiento en cuantía y dirección similar al del año anterior para un trimestre de pérdida de empleo por antonomasia, de rescisión de los contratos estacionales. En los años noventa incluso parecía que se iba a acabar con sesgo cíclico del cuarto trimestre.

Y, sin embargo, en el año 2003 aún se mantiene esta tradición, de tal modo que el aumento del desempleo en el pasado año se incorpora a una secuencia negativa en la serie de la relación entre paro y cuarto trimestre: en los últimos ocho años, cuatro números blancos (disminuye el paro) y cuatro números negros (aumenta). Los tres últimos negros sucesivos. En el conjunto del año 2003, aumentó el número de parados en nueve mil. Resultado, no obstante, mejor que el del año anterior, cuando se incorporaron al desempleo casi trescientas mil personas, pero bastante peor que en los ocho años anteriores, de sucesivas disminuciones del contingente de parados.

**EVOLUCIÓN DEL EMPLEO SEGÚN FUENTES, 2000-2003
(TASA DE VARIACIÓN CON RESPECTO AL MISMO TRIMESTRE
DEL AÑO ANTERIOR)**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Instituto Nacional de Estadística y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Acudiendo a diferentes fuentes estadísticas, todas las cifras disponibles permiten apunrar hacia, aunque con distintas cuantías, esta ligera recuperación del empleo. Entre el uno y el tres por ciento de creación de empleo anual, que en términos absolutos se encuentra ante un crecimiento reducido de la ocupación y unos quinientos mil nuevos empleos, cifras en cualquier caso lejanas a las alcanzadas sólo tres años antes. Lo novedoso es que, aún con la recesión, que ha sido menor que en crisis anteriores, en comparación histórica y territorial, no se ha perdido la senda ascendente de la ocupación.

Por deducción aritmética, si se crea empleo y al tiempo crece el paro es que hay más personas que deciden incorporarse al mercado de trabajo. En concreto, medio millón pasaron de la inactividad laboral, hacia la situación de empleo, o hacia el desempleo.

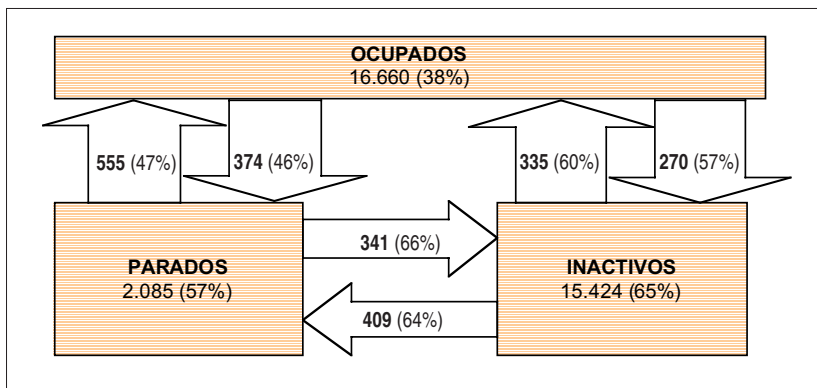
Lo más significativo de esta dinámica, que reflejan, las cifras de la Encuesta de Población Activa, es que una proporción significativa de los que se incorporaron en 2003 a la población activa en España son extranjeros. Doscientos treinta mil extranjeros más participando para un total que alcanza ya casi los novecientos mil. El 4,7 por ciento del total de los activos en España y el cuarenta y cinco por ciento de los nuevos ingresos. Menos abru-

madora, aunque también sustancial, fue la presencia de los extranjeros entre los afiliados en alta de la Seguridad Social: el veintidós por ciento del crecimiento total en el último año hasta situarse muy cerca del millón de cotizantes en alta.

En la dinámica ascendente de la oferta de trabajo sigue siendo el género femenino quien aporta más activos a lo largo del año 2003. En efecto, dos de cada tres nuevos activos eran mujeres. Y la actividad de los hombres se vio beneficiada por la inserción de nuevos extranjeros. Porque, de no ser por ellos, la proporción entre nativos y nativas para las nuevas incorporaciones fue de uno a siete. De ser exclusivamente por los españoles varones, la actividad en España hubiese crecido sólo en un siete por ciento de su cifra real de incremento. No hay mucho de donde tirar. La tasa de actividad entre los varones nacionales de entre treinta y cuarenta y cinco años está en el umbral del noventa y cinco por ciento. La media en España está cuarenta puntos porcentuales por debajo.

Casi la mitad de los desempleados cambiaron de estatus laboral a lo largo del cuerpo trimestre de 2003. El cincuenta y cinco por ciento de los desempleados de los trimestres anteriores dejaron de serlo. El resto, casi a partes iguales, encontró trabajo o dejó de buscar empleo fruto del desánimo. La distribución por géneros de estos movimientos no presenta diferencias significativas. Son las mujeres la mayoría de entre quienes cambian de situación laboral, en particular entre quienes se mueven entre la inactividad y el desempleo. Lo que deriva del hecho de ser las mujeres mayoritarias quienes ostentan la condición de desempleado.

**MOVIMIENTOS EN EL MERCADO DE TRABAJO,
2.º TRIMESTRE 2003 (EN MILES DE PERSONAS,
PORCENTAJE DE MUJERES ENTRE PARÉNTESIS)**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

La diferencia entre la variación de activos y de desempleados es la creación de nuevos empleos: cuatrocientos ochenta y siete mil en el último año. Los servicios fueron el motor de esta generación de empleos, habitual durante los últimos treinta años. Es decir, de no ser por los servicios, no se hubiese creado ningún empleo nuevo. Se hubieran destruido tres mil empleos netos. Tal es la potencia del sector que ya emplea a sesenta y cuarto de cada cien ocupados en España. En este aspecto los nativos españoles se diferencian poco de los extranjeros: 64,4 y 62,6 por ciento de los ocupados trabajando en los servicios, respectivamente.

La creación de empleo no pierde su tendencia hacia la creciente asalarización del trabajo. Noventa y cuatro de cada cien nuevos empleos que aparecieron en el último año fueron de trabajo dependiente, asalariados. Sus contratos casi calcaron el panorama existente en el mercado de trabajo al que se incorporaron. El número de contratados indefinidos creció en un 3,4 por cien, una décima por encima del aumento en el número de asalariados con contrato temporal. El número de asalariados con contrato temporal ya supera holgadamente los cuatro millones de personas.

La creciente asalarización no inhibe otras tendencias de la ocupación. Así, el aumento en el número de cooperativistas y empleadores superó en términos relativos el crecimiento de los asalariados. Perdieron peso relativo «ayudas familiares» y los trabajadores autónomos. Veinte mil auto-empleados perdieron esa condición a lo largo de 2003. El hipotético umbral de dos autónomos por cada empresario que cuenta con asalariados se traspasó hacia abajo, profundizando una tendencia ya conocida de que el espacio medio entre el empleo asalariado y el empresariado va perdiendo terreno.

En materia de política laboral, de estímulo a la demanda de trabajo, durante el 2003 no se introdujeron novedades significativas. Para este año, por tanto, no existen nuevas bonificaciones a la contratación; bonificaciones a las empresas para la creación de empleo que son de las más generosas dentro de los países del mundo desarrollado, en relación al gasto en el conjunto de políticas laborales. En gasto público en subsidiar el empleo ha pasado del 0,16 al 0,44 por ciento del Producto Interior Bruto entre 1996 y 2002, un movimiento, sin duda, contracorriente, entre los países que conforman la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, con la sola excepción de Austria, Japón y los Países Bajos, donde se incrementó este rubro del gasto en políticas laborales. En total, España gasta en políticas laborales el 2,4 por ciento del Producto Interior Bruto, una posición en la zona intermedia de la incidencia de las políticas laborales, muy por debajo de los países nórdicos de la Unión Europea, pero bastante por encima de países con tradiciones de política económica menos intervencionista, en línea con el capitalismo anglosajón.

Y, sin embargo, el empleo a tiempo parcial ganó posiciones en 2003. Frente a la tendencia habitual, los nuevos empleos con jornada de trabajo



reducida no se expandieron tan solo entre las mujeres. Trece mil nuevos empleos de este tipo se crearon para los hombres. En comparación, seis veces más mujeres recalieron en esta bodega a lo largo del año. Pero es que cuatro de cada cinco trabajadores a tiempo parcial son mujeres. Una sexta de las ocupadas en España no llegan a las treinta horas semanales de trabajo remunerado. Entre los hombres, la proporción de estos trabajadores con jornadas reducidas no llega al tres por ciento.

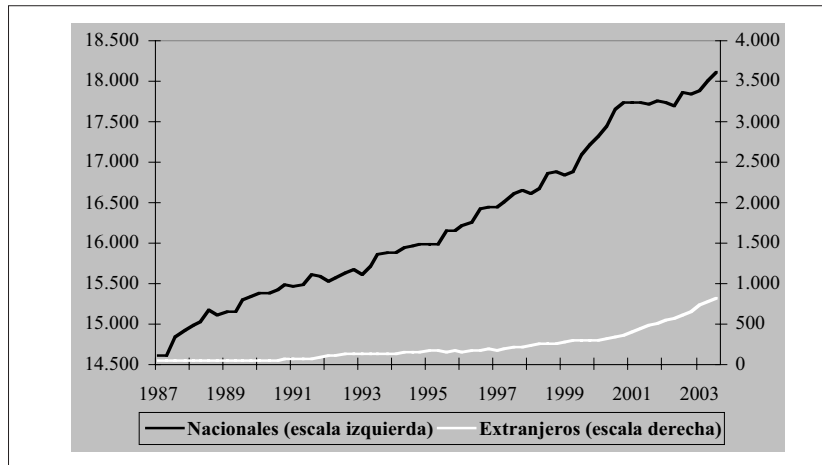
En el año 2003 el volumen de ocupados con menos de veinticinco años descendió en cuarenta mil. En sentido contrario, el volumen de desempleados jóvenes se redujo en una cifra entorno a los veinte mil. El resultado de estas dinámicas se refleja en que la tasa de desempleo para los menores de veinticinco años disminuyó del 23,2 al 22,9 por ciento. Italia y Grecia ya muestran tasas de paro juvenil superiores a las existentes en España. En todo caso, las variaciones en el empleo y desempleo juveniles no han discriminado a nadie, se han distribuido equitativamente por edades y por géneros. La pérdida de empleo (descenso en el volumen de ocupación) fue de veinticuatro mil para hombres y algunos menos para las mujeres. Por contraste, cuatro mil jóvenes mujeres dejaron el desempleo, casi el doble de la disminución entre los varones menores de veinticinco años. El resultado final es que la tasa de desempleo juvenil disminuye tanto para hombres como para mujeres, aunque con más intensidad entre los primeros, situándose en 19,4 y 27,6 por ciento, respectivamente.

3. LA OFERTA DE TRABAJO EN ESPAÑA EN EL AÑO 2003

El ascenso del número de activos en España, es decir, de quienes trabajan o quieren trabajar, no ha conseguido recuperar una velocidad importante en el año 2003. Aunque la población activa creció por encima de los dos puntos y medio porcentuales de manera constante a lo largo de 2003, este aumento representó una ligera caída con respecto a lo observado en los tres años anteriores. Un descenso sostenido, en la tasa de crecimiento, en el que los nuevos aportes de la inmigración tienden a compensar la reducción de la actividad entre los nacionales. Y es que la relación de la población con respecto al conjunto del empleo se ha segmentado en dos elementos.

Por una parte están los nativos, quienes muestran un comportamiento laboral sensible a la evolución del ciclo económico. Por otra, están los inmigrantes, cuya incorporación al mercado de trabajo está muy poco ligada a la coyuntura económica específica y, mucho más, en relación con las diferencias de rentas con los países de origen, cuyo elevado margen es difícil que revierta o incluso se altere de forma significativa en el corto plazo.

CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN ACTIVA ESPAÑOLA, AUTÓCTONA Y EXTRANJERA, 1987-2003



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Empleo.

La tasa de actividad en España aumentó en un punto porcentual a lo largo de 2003. Pasó del 54,3 al 55,4 por ciento. Después de años en los que la tasa de actividad apenas se movió de un punto porcentual en los alrededores de la mitad de la población total, es un crecimiento importante. Este ascenso fue más acusado entre las mujeres que entre los hombres. No obstante, la igualación de las tasas de actividad de ambos colectivos está aún lejos de conseguirse en todos los tramos de edad. Incluso en las edades donde la participación de las mujeres es mayor, entre los veinticinco y los veintinueve años, la tasa de actividad de éstas es diez puntos porcentuales inferior a la de los hombres de la misma edad. Esta situación sigue poniendo de manifiesto que aún hay margen para la continuidad en el ascenso de la tasa de actividad en los próximos años.

Todos los tramos de edad registraron crecimientos en su tasa de actividad, aunque los adultos fueron los que vieron mejorar más este indicador laboral, hasta acercarse a la situación de casi plena actividad; así, por ejemplo, la tasa de actividad de quienes cuentan entre veinticinco y cuarenta y cinco años supera el ochenta por ciento en 2003 y, entre los hombres, la tasa de actividad se sitúa por encima del noventa por ciento para quienes se encuentran en la franja de edad de entre treinta y cincuenta años.

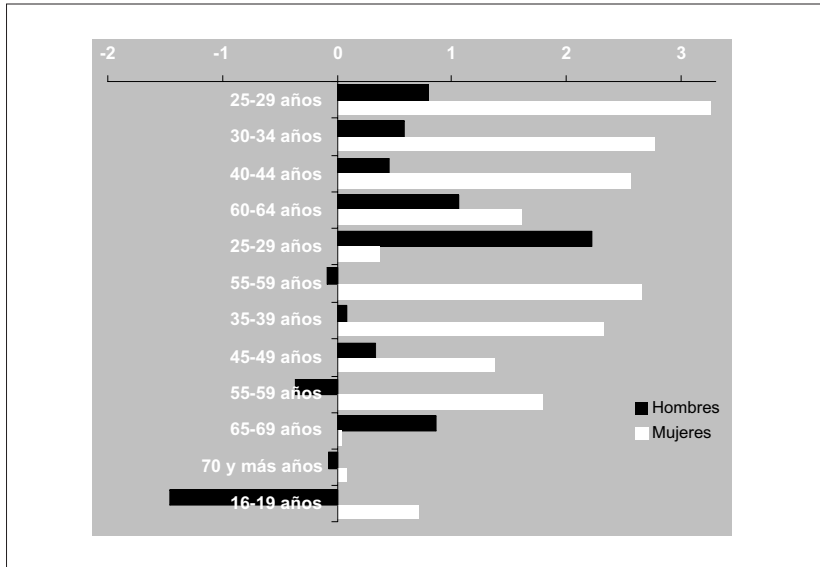
Por estatus familiar de la población, el crecimiento de la oferta de trabajo se concentró en dos segmentos específicos y discriminó negativamen-



te a uno: los cabezas de familia. De esta circunstancia puede deducirse que el aumento de la actividad, favorecido por la bonanza económica, tiende a animar a los individuos que anteriormente no tenían esperanzas de encontrar un empleo, por lo que eran más renuentes a incorporarse al mercado de trabajo. Las tasa de actividad entre los hombres que ocupan el rol de cabeza de familia se mantuvo casi estable. Aumentó en 0,05 puntos porcentuales hasta el 66,4 por ciento. El aumento de la tasa de actividad entre las cónyuges fue de 1,9 puntos hasta alcanzar la cifra del cuarenta y dos por ciento, sensiblemente inferior a la de sus parejas. Y entre los hijos que conviven en el domicilio familiar el aumento de la tasa da actividad llegó a los 1,4 puntos porcentuales con escasas diferencias por razón de género. Casi dos tercios de los jóvenes que conviven con sus padres participan en el mercado de trabajo, con una ligera ventaja en esta contribución por parte de los hijos varones. Lo que muestra como el efecto «desanimo» que alimenta al alza la oferta de trabajo en las fases expansivas del ciclo económico, afecta a los jóvenes, a las mujeres casadas y en general a los sujetos que no asumen el rol de cabeza de familia, pero viven en ella.

Por otro lado, la tasa de actividad varía enormemente según la nacionalidad y el género. La tasa de actividad de los hombres no europeos en España es del noventa y dos por ciento, con escasas diferencias según razón de procedencia. La tasa es muy superior a la registrada entre los procedentes de la Unión Europea, el setenta y uno por ciento, y entre los españoles, el sesenta y ocho por ciento. La diferente composición en términos de edades de cada colectivo explica, en buen medida, estas diferencias. Así se puede observar como apenas existen jubilados entre los extranjeros no comunitarios.

VARIACIÓN DE LA TASA DE ACTIVIDAD EN 2003 POR GÉNERO Y TRAMOS DE EDAD

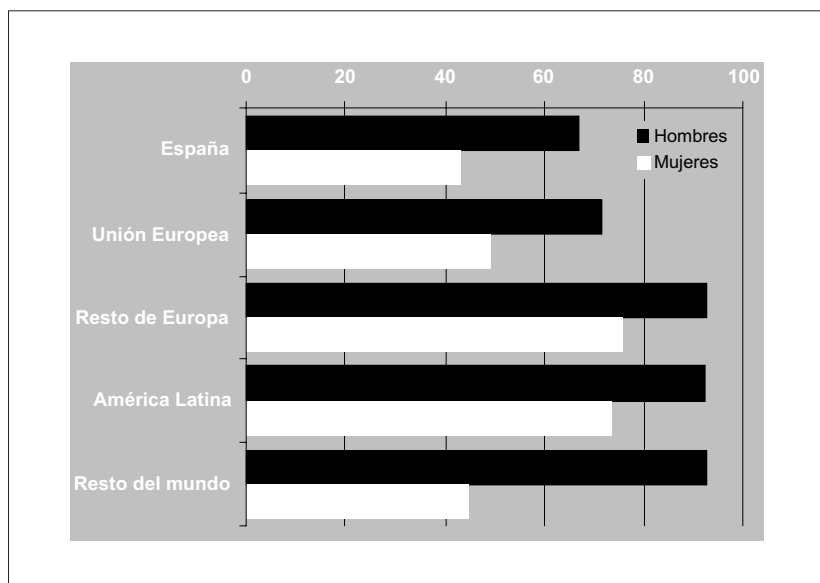


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Empleo.

Donde sí existen diferencias acusadas por razón de procedencia en cuanto a las tasas de actividad es entre las mujeres. Tres de cada cuatro europeas del Este y las latinoamericanas en España o trabajan o tienen intención de trabajar. Entre las mujeres no nacionales del resto de procedencias, que agrupa sobre todo a las marroquíes, la tasa de actividad es del cuarenta y cuatro por ciento.

Asimismo, frente a lo que sucede entre las mujeres europeas y latinoamericanas en España, entre las cuales el estado civil apenas implica una diferencia en las tasas de actividad, y entre las españolas, con dos puntos porcentuales de diferencia entre ambas categorías de mujeres, entre las mujeres del resto del mundo las diferencias en cuanto a la participación relativa en el mercado de trabajo entre las solteras y las casadas es abrumadora. La tasa de actividad para las casadas de esta procedencia es del treinta y seis por ciento frente al sesenta y uno por ciento de las mujeres de esta procedencia pero solteras; de nuevo en este colectivo la procedencia de mujeres marroquíes es mayoritaria.

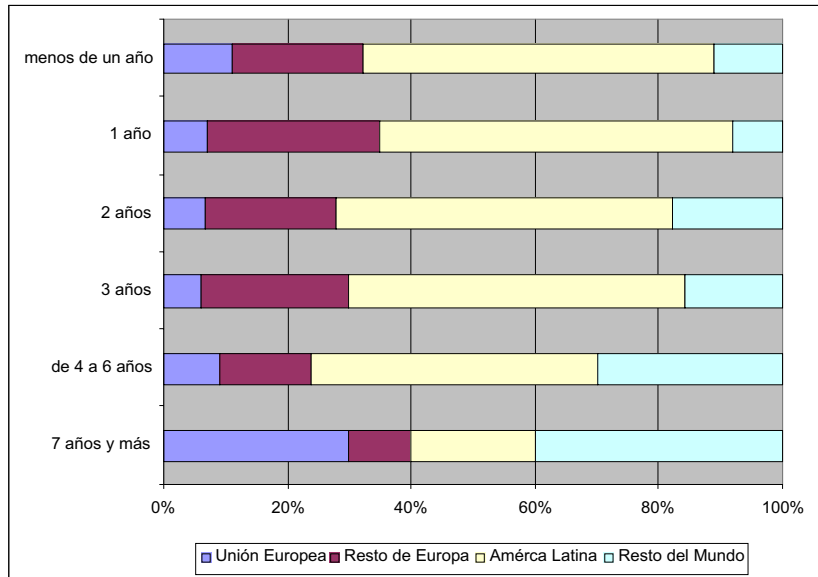
**TASA DE ACTIVIDAD SEGÚN GÉNERO Y NACIONALIDAD,
4.º TRIMESTRE DE 2003**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Empleo.

La mayor parte de los activos extranjeros lleva poco tiempo en el mercado de trabajo español. Seis de cada diez llevan menos de tres años en España. Son ciudadanos de procedentes de Iberoamérica los que muestran una mayor importancia relativa en la última oleada de inmigrantes que han accedido a España y que están trabajando o buscando activamente empleo. Como consecuencia de ello, el ritmo de llegada de inmigrantes procedentes de Europa del Este y, sobre todo, del resto del mundo, ha disminuido en los últimos dos años con respecto al total del conjunto. Entre los activos procedentes de la Unión Europea su periodo de permanencia en el mercado de trabajo español es mucho más amplio. Más de la mitad llevan participando en el mundo laboral español por espacios superiores a los siete años. Todo ello pone de manifiesto que el fenómeno migratorio en España es relativamente reciente, al menos en su expresión de fuerte impacto cuantitativo, y su origen fundamental está en los países iberoamericanos con mayores niveles de pobreza o dificultades de convivencia civil (Colombia, Ecuador y Perú).

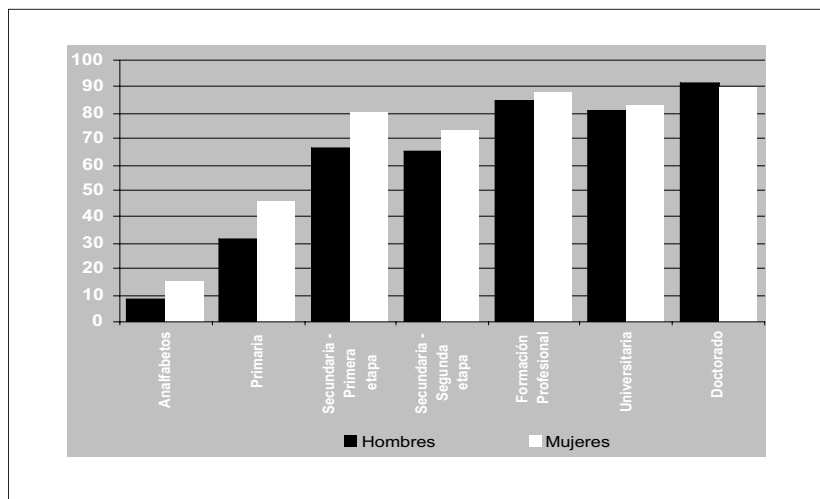
**PROCEDENCIA DE LOS ACTIVOS EXTRANJEROS
SEGÚN TIEMPO DE ESTANCIA EN ESPAÑA, 4.º TRIMESTRE DE 2003**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Empleo.

Considerando el grado de titulación alcanzado, las mujeres con mayor nivel educativo son el colectivo que vio aumentar sus tasas de actividad en mayor proporción durante 2003. En el caso de quienes cuentan con estudios de doctorado, su participación se elevó en ocho puntos porcentuales hasta alcanzar el noventa y cinco por ciento. En lo que es una situación inusual, la tasa de actividad de las mujeres con el título de doctor es superior a las de los varones con similar titulación. La existencia de un remanente antiguo de doctores hombres que ya alcanzaron la edad de jubilación explica esta diferencia. La edad es una característica fundamental en la distribución de las tasas de actividad por razón de educación. Y es que las diferentes cohortes muestran tasas de actividad muy distintas, siendo más jóvenes las cohortes de activos más educadas. En estos términos se puede explicar el hecho de que la tasa de actividad tanto entre los hombres como entre las mujeres que no superaron la educación primaria haya descendido a lo largo de 2003.

TASA DE ACTIVIDAD SEGÚN GÉNERO Y NIVEL EDUCATIVO, 4.º TRIMESTRE DE 2003



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Empleo.

4. LA COYUNTURA LABORAL EN ANDALUCÍA EN EL CUARTO TRIMESTRE DE 2003

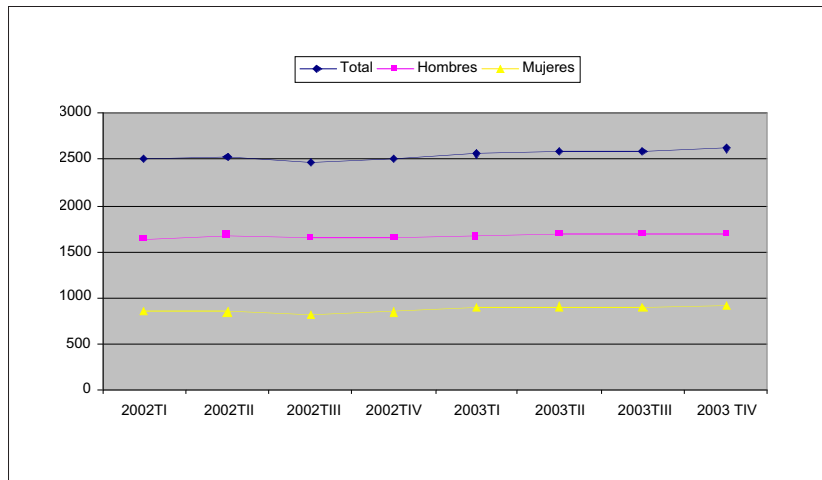
El resultado de la evolución del mercado de trabajo en España ha marcado el contexto general en el que se ha marcado la evolución de las principales variables laborales en Andalucía. En los siguientes epígrafes, vamos a señalar las tendencias más significativas de lo ocurrido en el empleo y el desempleo en el último trimestre de 2003. Concluiremos el presente trabajo con el análisis un más detenido de lo ocurrido en la oferta de trabajo andaluza en un periodo de tiempo largo.

4.1. El empleo y el desempleo en el cuarto trimestre de 2003

Uno de los datos más significativos de lo ocurrido en el mercado laboral andaluz en el año 2003 es el fuerte incremento de la ocupación, que ha alcanzado, en el cuarto trimestre del año, la cifra de 2.615.100 personas. Desde el cuarto trimestre del año anterior, el empleo ha crecido en 115.200 ocupados (37.100 hombres y 78.100 mujeres). Este aumento significa un crecimiento interanual medio en Andalucía del 4.61% (muy superior al 2,67% relativo al conjunto de la economía española). Esta favorable evolución del

empleo ha significado una importante aportación a la actividad económica andaluza en el último trimestre del año que completa una evolución positiva en todo el año 2003.

EVOLUCIÓN DE LOS OCUPADOS EN ANDALUCÍA. 2002-2003



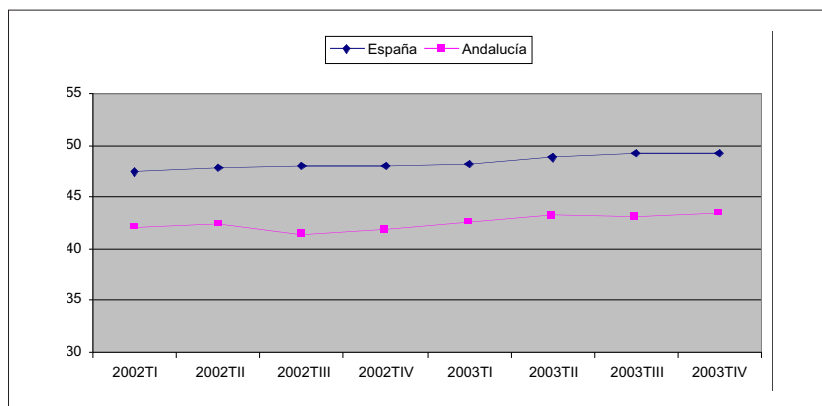
Fuente: EPA y elaboración propia

La ocupación aumenta entre los hombres jóvenes, entre 16 y 24 años, (9.700 personas) y disminuye básicamente entre las mujeres de edad comprendida entre 25 y 39 años (9.000 personas). En términos interanuales, el grupo de edad en el que más ha crecido la ocupación, entre los hombres y mujeres, ha sido el de 25 a 39 años (25.100 y 32.800 respectivamente).

La evolución de la ocupación puede verse de forma más global a través de la tasa de empleo que es el porcentaje de los ocupados respecto a la población de referencia. El análisis de la evolución de la tasa de empleo permite incorporar al análisis del empleo el efecto conjunto de la inactividad y del desempleo. La diferencia técnica entre ambas variables se refiere a una actitud de búsqueda activa de empleo por parte del trabajador.

La tasa de empleo se centra en el efecto del empleo sobre el conjunto de la población de referencia. En Andalucía, la tasa se ha situado en el 43,49% en el último trimestre de 2003 (1,61 puntos por encima de la cifra del mismo trimestre de 2002). Como se observa en el gráfico, las tasas de empleo están creciendo de forma sostenida desde el tercer trimestre del año 2002, lo que puede ser otro indicativo de la evolución positiva en este campo, aunque todavía se esté alejado de los niveles establecidos como objetivos en la Cumbre de la Unión Europea celebrada en Lisboa.

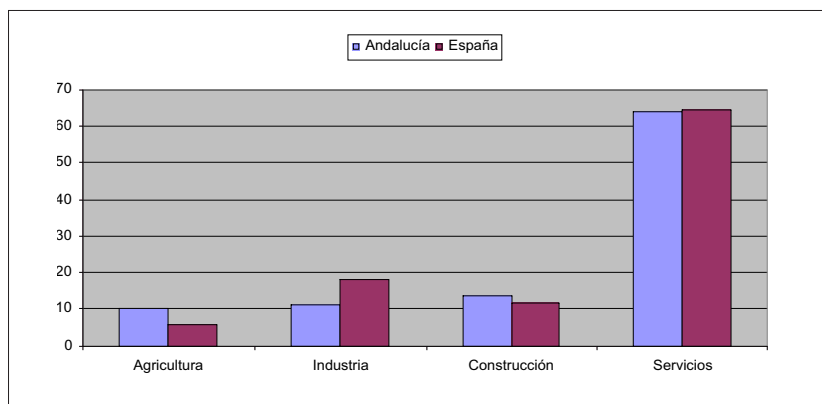
TASAS DE EMPLEO. ANDALUCÍA Y ESPAÑA 2002-2003



Fuente: EPA y elaboración propia

Si atendemos a la evolución del empleo en los distintos sectores productivos, en Andalucía es el sector de los servicios el que tiene un mayor nivel de empleo, ocupando en el cuarto trimestre de 2003 a 1.674.100 personas. El segundo sector, en términos de empleo, es el de la construcción, que es el que más ha crecido en términos relativos (un 10.28% en Andalucía, mientras que en el conjunto de la economía nacional ha crecido un 4.28%). Esta evolución indica la importancia que está adquiriendo el sector de la construcción en los últimos años.

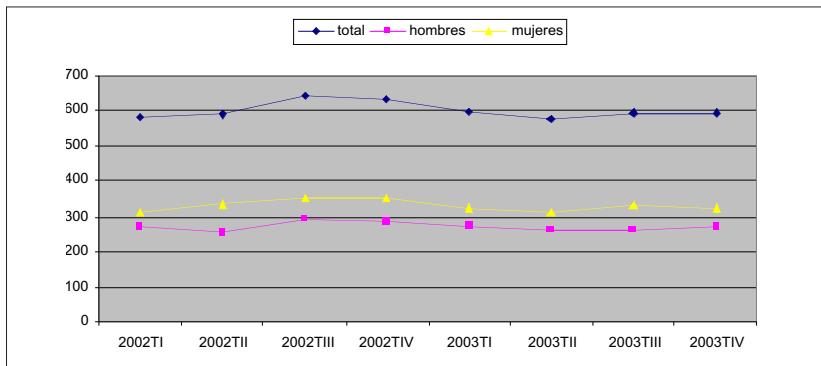
DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LOS OCUPADOS. ESPAÑA Y ANDALUCÍA (4.º TRIMESTRE 2003)



Fuente: EPA y elaboración propia

En lo que respecta a la evolución del desempleo, en el cuarto trimestre de 2003 se ha alcanzado la cifra de 592.200 desempleados. Esto significa que a lo largo del año 2003 (variación interanual entre los últimos trimestres de 2002 y 2003) se ha reducido en 40.400 efectivos, una relevante reducción del 6.38% en Andalucía. En cambio, a nivel nacional el número de desempleados se ha mantenido constante. En el periodo de referencia, la reducción del número de desempleados ha sido fundamentalmente femenino (30.000 mujeres frente a 16.300 hombres).

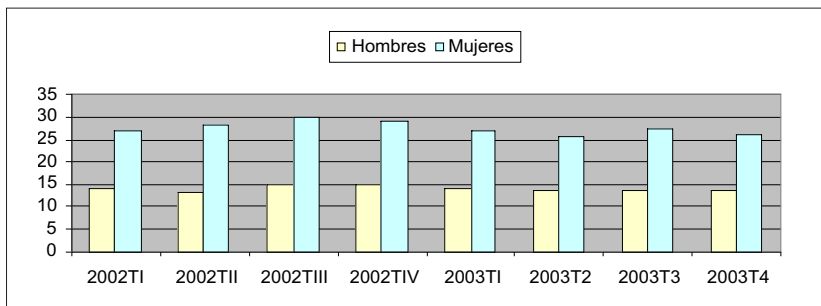
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE DESEMPLEADOS. ANDALUCÍA 2002-2003



Fuente: EPA y elaboración propia

En términos de tasas de paro, en el último trimestre de 2003 se ha situado en Andalucía en el 18.46%. La tasa de paro masculina se ha situado en el 13.65% y la femenina en el 26.05%. La tendencia que presentan estas tasas a lo largo de 2003 es bastante positiva, reduciéndose la tasa de paro media en 1.73 puntos desde el cuarto trimestre de 2002. La reducción es más significativa en la tasa de desempleo femenina (3.20 puntos).

EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE DESEMPLEADOS. ANDALUCÍA 2002-2003

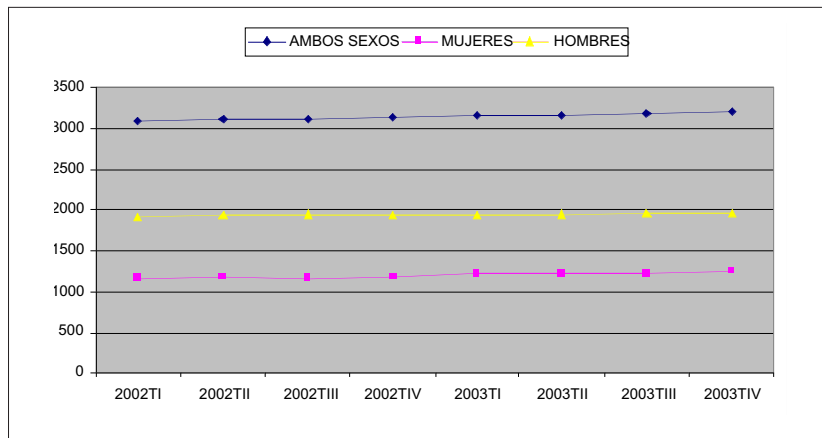


Fuente: EPA y elaboración propia

5. LA OFERTA DE TRABAJO EN ANDALUCÍA. UN APUNTE EN PERSPECTIVA DE LARGO PLAZO

A continuación, vamos a centrarnos con más detenimiento en la evolución de la oferta de trabajo en Andalucía. En lo referente al año 2003 la oferta se ha caracterizado por un crecimiento sostenido, que prolonga lo ocurrido a lo largo de 2002. Al final de 2003 se ha alcanzado la cifra de 3.207.400 de personas activas, lo que representa un aumento de 74.100 a lo largo del año (un 2,39%). El aumento de la población activa es debido mayoritariamente a la incorporación de la mujer al mercado laboral (54.000 mujeres en el año 2003, frente a 20.900 hombres). La creciente feminización de la oferta de trabajo es, no obstante, relativa pues en términos absolutos todavía la mayoría de la oferta es masculina (449.600 hombres más que mujeres).

ACTIVOS EN ANDALUCÍA. 2002-2003

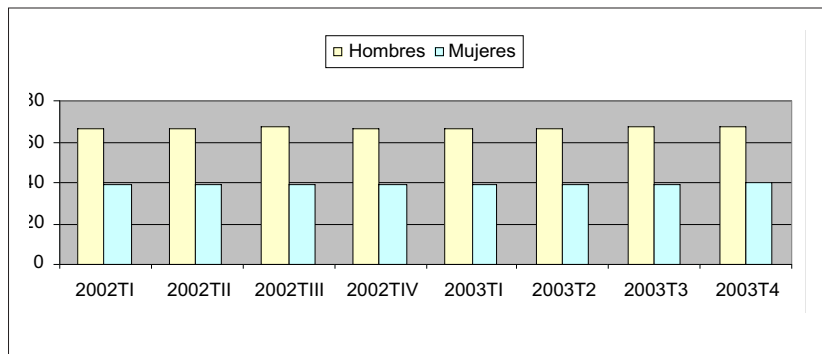


Fuente: EPA y elaboración propia

Si observamos la evolución de las tasas de actividad, como medidas de la evolución de la participación en el mercado de trabajo, observamos que la tasa de actividad media en Andalucía se ha situado en el cuarto trimestre de 2003 en el 53,33%, mientras que la media nacional era en el mismo periodo del 55,58%. La tasa de actividad media en Andalucía ha crecido en el año 2003 en 0,85 puntos, mientras que la nacional ha crecido en 1,08 puntos. En la evolución de la tasa de actividad se encuentra el mismo fenómeno de feminización de la oferta de trabajo a que hemos hecho referencia anteriormente.

La tasa de actividad masculina ha crecido en el cuarto trimestre de 2003 respecto al mismo periodo del año anterior en 0,23 puntos y sin embargo la tasa de actividad femenina ha crecido en el mismo periodo en 1,45 puntos. El proceso de convergencia entre ambas continúa, aunque la diferencia es aún muy significativa (más de 26 puntos), aunque el crecimiento es significativo y hay Comunidades autónomas con tasas femeninas más reducidas que la andaluza.

TASAS DE ACTIVIDAD ANDALUCÍA



Fuente: EPA y elaboración propia

Podemos realizar un análisis de la evolución de la oferta de trabajo en Andalucía con una mayor perspectiva temporal, considerando la evolución de la oferta a lo largo de las últimas dos décadas. Como se observa en el gráfico, la población en edad de trabajar crece desde 1976 hasta la actualidad, pasando de 4.102.500 a 6.013.800 personas respectivamente. Este crecimiento alcanza casi un 47%. En este mismo periodo la población activa ha crecido en términos relativos aún más, pasando en el mismo periodo de tiempo de 1.942.200 hasta 2.615.200 (un 64,92%). El crecimiento de la población mayor de 16 años y su mayor participación en el mercado de trabajo ha propiciado un importante crecimiento de la oferta de trabajo en Andalucía a lo largo de las últimas tres décadas.

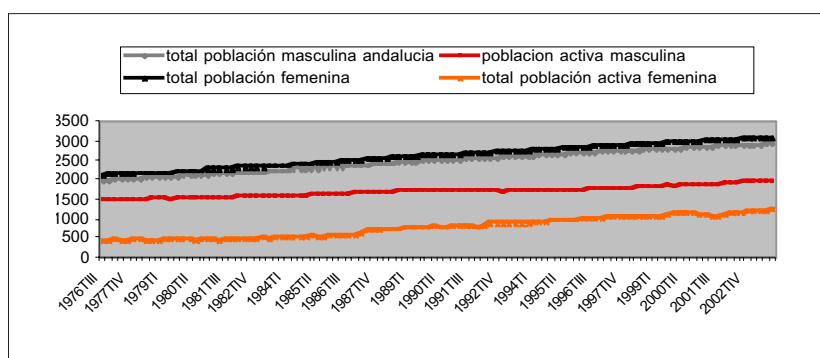
EVOLUCIÓN PRINCIPALES VARIABLES LABORALES. ANDALUCÍA

	total	activos	ocupados	parados	parados que buscan primer empleo	inactivos
1976TIV	4102,5	1934,8	1740,6	194,2	39,8	2110,4
2003TIV	6013,8	3207,4	2615,2	592,2	91,8	2806,4
incremento %	46,97	64,92	48,34	225,74	109,11	34,16

Fuente: INE y elaboración propia

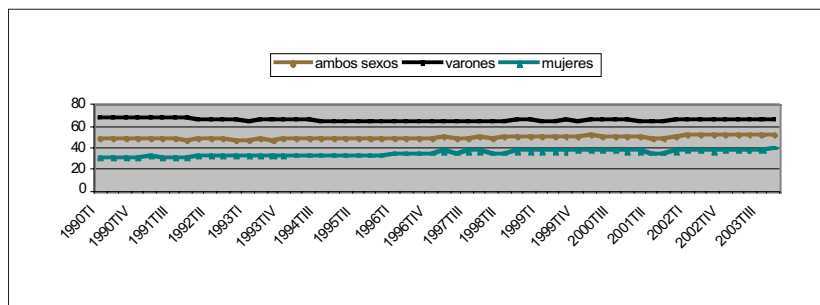
Sin embargo, la diferente estructura de la población en lo referente a su participación en el mercado ha sido bastante diferente si dividimos la población de acuerdo al género. El crecimiento de la población ha sido parejo en lo relativo a ambos géneros a lo largo del periodo considerado. Sin embargo, mientras que el aumento de población masculina mayor de 16 años se ha traducido en un aumento significativo de la población activa, no ha ocurrido lo mismo en lo referente a la población femenina.

POBLACIÓN TOTAL Y ACTIVA POR GÉNERO. ANDALUCÍA 1976-2003



Fuente: EPA y elaboración propia

TASAS ACTIVIDAD. ANDALUCÍA 1976-2003



Fuente: EPA y elaboración propia

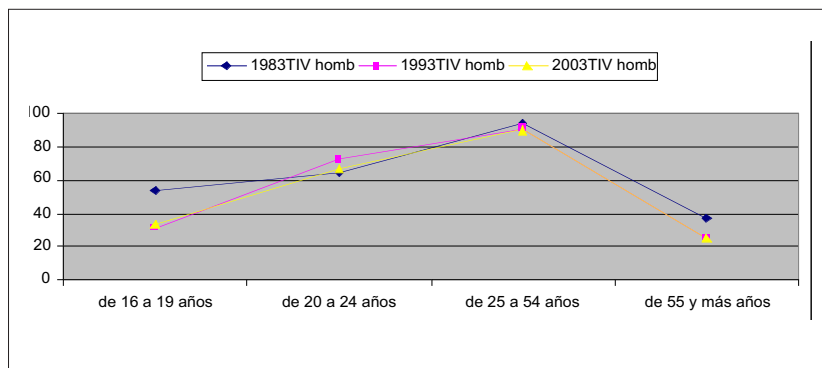
La evolución de la población de referencia a la que hemos hecho referencia se ha traducido en un diferenciado comportamiento de las tasas de actividad por género. En términos medios, la tasa de actividad global de Andalucía ha experimentado un crecimiento en el periodo considerado (1990-2003) pasando de 49,16% al 53,33%. Ese crecimiento se ha debido a la po-

sitiva evolución de la tasa de actividad femenina que ha pasado en este mismo periodo del 30,72% al 40,31%. Por el contrario, la tasa de actividad masculina se ha reducido ligeramente en el mismo periodo (del 68,67% al 67,08%). Estas cifras sitúan los valores de las tasas de actividad a nivel regional muy cercanas a los valores nacionales (la tasa de actividad media nacional se sitúa en el cuarto trimestre de 2003 en el 55,39%, mientras que las tasas masculinas y femeninas se sitúan en el 67,55% y el 43,9% respectivamente). Estos datos ponen de manifiesto el importante proceso de feminización del mercado de trabajo acaecido en los últimos años. Este proceso ha permitido el aumento de la tasa de actividad y en definitiva de la oferta de trabajo en Andalucía.

Otra importante variable que hay que considerar para poder caracterizar el comportamiento de la oferta de trabajo en los últimos años es el de la edad de las personas que quieren participar en el mercado laboral. De forma teórica y muy esquemática, podemos suponer que las tasas de actividad deben crecer con los primeros tramos de edad de los trabajadores, pues las personas se incorporan al mercado laboral una vez cumplido el periodo de formación. Posteriormente alcanzarían un máximo para los tramos de edad madura y finalmente, la tasa de actividad debe descender a medida que la edad de las personas aumenta y éstas se jubilan o retiran del mercado de trabajo. Este comportamiento teórico determina que la curva que relaciona la tasa de actividad con la edad de los trabajadores debería tener forma de campana.

Si observamos el gráfico de las tasas de actividad para diversos tramos de edad para hombres y mujeres en Andalucía en diversos instantes de tiempo podemos comprobar hasta qué punto el comportamiento teórico que acabamos de describir se corresponde con lo que realmente ha ocurrido.

TASAS ACTIVIDAD ANDALUCÍA HOMBRES 1983.1993-2003

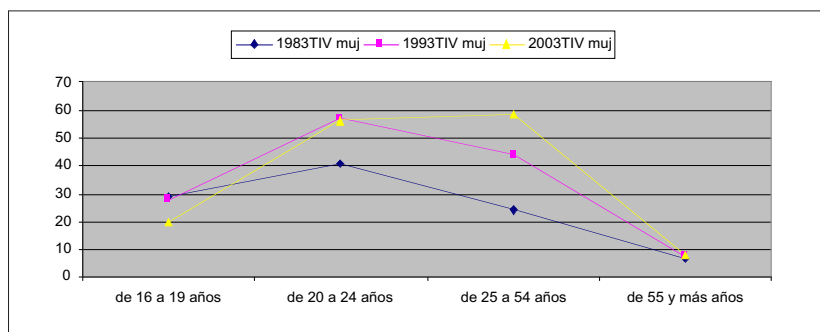


Fuente: EPA y elaboración propia

Comparando las tasas de actividad masculinas para diversos tramos de edad observamos que se ajusta bastante bien al comportamiento teórico antes descrito, si bien se puede observar una reducción de las tasas de actividad para los tramos de edad extremos en los años 1993 y 2003 respecto a la curva correspondiente a 1983. Los cambios han sido moderados por lo que podemos señalar que las pautas de oferta de trabajo para los hombres en Andalucía en el periodo considerado no se han modificado de forma sustancial.

Si nos centramos en lo ocurrido para el caso de las mujeres en el mismo periodo y ámbito geográfico, las conclusiones son bastante diferentes. Como se observa en el gráfico correspondiente, hay unos cambios significativos en el perfil de las tasas de actividad por tramos de edad hacia un crecimiento en los tramos de edad centrales, mientras que hay una ligera reducción en la tasa de actividad correspondiente al tramo de edad más bajo. Observamos que el perfil de tasas de actividad femenina se va adaptando paulatinamente al comportamiento teórico apuntado más arriba, aunque hay que señalar que, si bien hay cierta convergencia en la forma del perfil, los niveles que se presentan aquí son mucho menores que los relativos al caso de los hombres.

TASAS ACTIVIDAD POR EDADES. ANDALUCÍA MUJERES 1983.1993-2003



Fuente: EPA y elaboración propia

Un último aspecto que creemos que debe señalarse es el del impacto de la emigración sobre la evolución de la oferta de trabajo en Andalucía a medio y largo plazo. Las cifras que hemos expuesto y comentado corresponden a agregados que hasta hace muy poco tiempo correspondían a magnitudes enteramente nacionales pues el número de emigrantes presentes en nuestro mercado de trabajo era bajo. Sin embargo, en los últimos años el



acelerado proceso de inmigración que se está experimentando puede empezar a distorsionar las conclusiones que se han planeado. En este sentido, la caída de a tasa de natalidad y su efecto sobre el mercado de trabajo a largo plazo, debe matizarse pos la incorporación al mercado laboral de nuevos efectivos. El análisis de este fenómeno exige un estudio específico que excede los límites de lo que aquí hemos planteado.







3

Comentarios de Jurisprudencia







NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

PROFESORES DE RELIGIÓN, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y NUEVAS RELACIONES LABORALES

STS, Sala de lo Social, de 9 de octubre de 2003

MARÍA DEL MAR RUIZ CASTILLO *

SUPUESTO DE HECHO: La cuestión de este litigio queda centrada en la adecuación a derecho o no de la cláusula convencional que excluye de su ámbito personal a los profesores de religión católica en los centros públicos de educación secundaria de la Comunidad de Madrid.

El trámite procesal de conflicto colectivo para la impugnación de convenio colectivo estatutario se sustancia por la Federación Estatal de Asociaciones de Profesores de Religión de Comunidades Autónomas contra la Comunidad Autónoma de Madrid¹, UGT CSIT-UP y CSI-CSIF, solicitándose en la demanda la declaración de nulidad de pleno derecho de la exclusión que del ámbito de aplicación personal opera, por primera vez, el art. 2.3 del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, para los años 2001-2002², respecto del «Profesorado de Religión contemplado en el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español»³. Hasta el

* Profesora T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Este estudio es fruto del proyecto I+D BJU 2001/34993, financiado con cargo al Plan Nacional de Investigación, para el bienio 2002-2004, «Trabajo y actividad profesional a la altura del siglo XXI. Una investigación desde el Derecho del Trabajo».

¹ En virtud del RD 926/1999, de 28 de mayo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de enseñanza no universitaria, fue transferido, a la citada Comunidad, el profesorado que venía impartiendo y pueda impartir en el futuro la asignatura de religión y moral católica en centros docentes de enseñanza secundaria.

² LCM 2001, 502.

³ RCL 1979, 2965 y RCL 1980, 399. Sobre las diferentes Órdenes Ministeriales que sucesivamente han desarrollado dichos acuerdos hasta la vigente Orden de 9 de abril de 1999, *vid.* Auto del TSJ Canarias de 8 de julio de 2002, AS 2002\2789, F.D. Primero.

año 1999, el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid no excluía a este personal docente de su ámbito de aplicación.

El conflicto colectivo del supuesto de hecho que relatamos afecta a un colectivo de profesores específico pero cuyas peculiaridades no alteran el carácter laboral de la prestación. Son trabajadores por cuenta ajena y dependientes de la Comunidad de Madrid, aunque el vínculo jurídico-laboral que se entabla con la empleadora⁴ revista lo que podrían calificarse de notables especialidades: el que la relación deba ser necesariamente formalizada mediante modalidad contractual temporal, en atención a la peculiaridad que supone la intervención episcopal en el otorgamiento de la declaración eclesiástica de idoneidad, sea tácita o expresa⁵, lo que excluye la calificación de fijos discontinuos y, por consiguiente, la duración indefinida de estos contratos, y sean reconocibles otras especialidades que afectan a la relación de trabajo.

La sentencia del TSJ de Madrid de 20 de mayo de 2002⁶ acepta la posición esgrimida por la Federación Estatal de Asociaciones de Profesores de Religión de Comunidades Autónomas y declara la nulidad del precepto convencional que excluye del ámbito personal del convenio a los profesores de religión. La Comunidad de Madrid interpone recurso de casación con amparo en el art. 205 e) LPL y basándose, como argumentación material, en la infracción del art. 83.1 («Los convenios colectivos tendrán el ámbito

⁴ Es jurisprudencia reiterada que el empresario será la Administración Estatal o Autónoma, con independencia de cuál de las dos los retribuya. *Vid.*, por ejemplo, STSJ de Andalucía de 20 de mayo de 2003, AS 2003\1075. F.D. Segundo.

⁵ STSJ de Canarias, de 6 de abril de 2000, AS 2000\2019, que diserta ampliamente sobre el necesario carácter temporal de esta relación, con abundante cita de las sentencias de los distintos TSJ que así lo interpretan, aunque admitiendo que sería factible que en vez de sucesivos contratos temporales de lo que estarían aquejados estos contratos es de una «especial cláusula resolutoria» que operaría cuando se retire el beneplácito eclesiástico a la contratación; en caso contrario, ambos, contrato y nombramiento por parte de la autoridad eclesiástica, se entienden prorrogados automáticamente, año tras año. La sentencia que comentamos entiende resuelto cualquier tipo de conflicto interpretativo, y somete al principio de jerarquía los que pudieran surgir, a partir de la Ley 50/1998, que da nueva redacción a la Disposición Adicional 2.ª de la LOGSE y que «consagra la naturaleza temporal del vínculo laboral». Tal como viene entendiéndolo el propio TS, desde la Sentencia de 19 de junio de 1996, JR 1996\5387. *Vid.*, también, Sentencias de 30 de abril de 1997, JR 1997\3557, de 9 de mayo de 2000, JR 2000\5507, de 17 de junio de 2002, RJ 2002\7208. En la STS de 5 de junio de 2000, RJ 2000\4650, se afirma taxativamente que el carácter necesariamente temporal, con cita de que sucede lo mismo respecto de diversas relaciones laborales de carácter especial, proviene de la relación de «especial confianza que requiere el tipo de trabajo encomendado» que vincula al profesor de religión con la autoridad eclesiástica, aunque el empresario sea un tercero, en este caso una Administración Pública.

⁶ AS 2002\2044.



de aplicación que las partes acuerden»), en relación con el art. 82, apartado 2.º, debemos entender que se refiere al 3.º («Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia»), ambos del Estatuto de los Trabajadores, en la interpretación dada por el TS⁷, el TC⁸ y la doctrina general sobre el art. 14 CE, principio de igualdad y no discriminación. El TS, por sentencia de 9 de octubre de 2003, casa y anula la referida sentencia del TSJ de Madrid.

RESUMEN: En términos del TS la cuestión suscitada en este recurso es la «libertad de las partes que suscriben el convenio colectivo... para poder delimitar su ámbito funcional y excluir del mismo a determinados grupos o colectivos de trabajadores». Y hay una segunda cuestión a resolver, la de si la exclusión parcial del convenio vendría impuesta a las partes negociadoras como solución más ajustada a derecho, en ciertos supuestos, que la opción de la exclusión total. Hipótesis que, a modo de conclusión final, se plantea el TS para el supuesto de haberse entendido nula la cláusula del convenio que expulsa de su ámbito a los profesores de religión.

Siguiendo el orden establecido en la sentencia, el Tribunal juzga oportuno detenerse en primer lugar, en la interpretación que deba merecer la libertad de elección de unidades de negociación que atribuye el art. 83.1 ET a los sujetos negociadores. El interés se centra en precisar si la decisión de exclusión de los profesores de religión sujetos al Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español respeta los límites que, según una reiterada jurisprudencia constitucional, modalizan la libertad de elección que sienta el precepto estatutario; específicamente, se citan como límites afectantes al supuesto de hecho: la suficiencia del poder negociador de que disponen por sí mismos los sujetos excluidos y que la «exclusión se base en (las) singulares características u otras circunstancias relevantes para la prestación de servicios».

A juicio del Tribunal Supremo ambos extremos concurren en el caso de los profesores de religión excluidos. Por un lado, la Federación Estatal de Profesores de Religión de Comunidades Autónomas está legalmente constituida y ostenta la condición de sindicato de ámbito estatal, por lo que no puede concluirse la falta de fuerza negociadora de este grupo de trabajadores, sino todo lo contrario, el suficiente poder negociador que ostentan por sí solos.

⁷ Se citan las sentencias de 20 de noviembre de 1993, RJ 1993\6889 y de 19 de diciembre de 1995, RJ 1995\9315.

⁸ Sentencias de 22 de julio de 1987, RTC 1987\136; de 27 de junio de 1984, RTC 1984\73.

El segundo límite, el relativo a las especiales circunstancias de la prestación de servicios que justifiquen la exclusión del ámbito de aplicación convencional, lo resuelve el Tribunal en extenso al analizar el principio de igualdad y no discriminación. El otro aspecto en el que puede fundamentarse la nulidad de la cláusula convencional que aparta del convenio a los profesores de religión. Tras analizar con cierto detalle los Acuerdos y demás textos legales que disciplinan el régimen jurídico de la relación laboral de los citados profesores y la jurisprudencia de interpretación del mismo, termina concluyendo el TS que de la naturaleza («relación laboral que es objetivamente especial») y del régimen laboral propio de este colectivo de trabajadores» (especial confianza —entre un trabajador y un tercero, no respecto del empresario—; realización de la actividad en el marco organizativo de un sujeto, la Administración pública, que no los selecciona, no controla el contenido de las enseñanzas, los retribuye y normalmente no interviene en la extinción del contrato⁹; temporalidad; régimen salarial; ausencia de derecho a promoción), ha de deducirse una «objetiva y razonable diferencia para que se excluya al colectivo de profesores de religión de la aplicación del convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid».

Implícitamente, por tanto, descarta el TS entrar a valorar la opción de la exclusión parcial de convenio para este colectivo, dado que se limita a constatar que al no haberse previsto en el convenio un régimen jurídico parcialmente diversificado para los diferentes colectivos, no se han establecido las reglas que permitan fijar los preceptos inaplicables y faltaría la regulación de los aspectos específicos.

ÍNDICE:

1. EL CONFLICTO PERMANENTE DE UNA RELACIÓN QUE HA DEVENIDO ESPECIAL
2. EFICACIA GENERAL Y ÁMBITO PERSONAL DEL CONVENIO
3. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. UNA LIMITACIÓN SOBREDIMENSIONADA PARA LA DEFINICIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN CONVENCIONAL
4. UNA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL IRRELEVANTE PARA RESOLVER EL SUPUESTO DEBATIDO
5. ¿EXCLUSIÓN DE CONVENIO O REGULACIÓN DIFERENCIADA?
6. EL ANTECEDENTE CONVENCIONAL
7. SOBRE LA VIABILIDAD DEL CONVENIO FRANJA
8. CONCLUSIONES: SUPUESTOS AFINES Y DIFERENCIAS

⁹ STS de 5 de junio de 2000, RJ 2000\4650, F.D. Tercero. Aunque también la Administración, ajustándose a derecho, como todo empleador, pueda extinguir unilateralmente el contrato. La STSJ de Andalucía, de 20 de mayo de 2003 (AS 2003\1075), se refiere de manera muy peculiar a esta posibilidad: «cancelar a instancias de la Administración» el nombramiento que es anual. F. D. Segundo.

1. EL CONFLICTO PERMANENTE DE UNA RELACIÓN QUE HA DEVENIDO ESPECIAL

La peculiarísima situación laboral de los profesores de religión católica ha propiciado en los últimos tiempos un aluvión de importante jurisprudencia que trasciende con mucho el debate que debiera ser fundamental en torno al conflicto de derechos que subyace entre la tutela de los derechos fundamentales del trabajador como ciudadano y la prestación de trabajo para empresas de tendencia; especialmente las empresas religiosas, en las que la vida privada se muestra tan idónea para repercutir en el ámbito de la relación laboral «y no sólo en aquello que incida de manera directa en la prestación laboral», como es lo propio de las empresas de tendencia¹⁰. Mucho más sensibles al escándalo se nos muestran las relaciones triangulares que se dan entre la Administración, la jerarquía eclesiástica y los profesores de religión porque, en el caso de estos profesores, los límites a los derechos fundamentales de cualquier ciudadano no se circunscriben al ámbito de la prestación y tiempo de trabajo, sino a la modalización o restricción de su ejercicio en el ámbito de su vida privada, aunque para nada podamos afirmar que los profesores de religión prestan sus servicios para una empresa de tendencia, y menos religiosa, ya que el empresario es una u otra Administración Pública.

Existe una inquebrantable jurisprudencia que excepciona la naturaleza laboral de la prestación de servicios de los miembros para su comunidad religiosa en virtud de un deber y comunidad de intereses extrajurídicos, cuya consecuencia sería el compromiso no jurídico de prestación de trabajo para la comunidad de forma obligatoria y altruista, es decir gratuita¹¹; esa mis-

¹⁰ Auto TSJ de Canarias de 8 de julio de 2002. F.D. Tercero.

Resulta clarificador el estudio de SERRANO OLIVARES sobre el derecho a la intimidad personal en el ámbito de la relación laboral según la jurisprudencia constitucional. La autora aprecia una clara evolución desde una posición de absoluta separación de la esfera privada (derecho, de manifestaciones muy concretas, al secreto de la intimidad) y profesional, hasta la jurisprudencia más reciente en la que se deja ver un cambio de óptica, ya que «la protección de la vida privada se concibe también como protección <de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo>», lo que desemboca en una clara interferencia de los ámbitos privado o social y profesional. Sin que se trate, claro está, de un derecho absoluto del trabajador, sino que habrá de modalizarse en función de los poderes de control que ostenta el empresario. Y los problemas se centrarán ahora en la determinación de los límites de unos y otros derechos. «El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral». REDT, 2001, núm. 103, espec. pp. 118 y ss. Lo que más sorprende del estudio jurisprudencial es que casi por unanimidad la primera línea jurisprudencial desemboca en sentencias favorables al trabajador y la tutela de su derecho fundamental y, en el segundo caso, los fallos favorecen los poderes empresariales.

¹¹ Vid., entre otras muchas: STSJ Madrid, 5 de diciembre de 1995, AS 1995\4790, F.D. Segundo, en la que se descarta la posibilidad de existencia de relación laboral entre un obispo

ma jurisprudencia admite que el elemento extrajurídico de convicción religiosa ante la vida entre a formar parte de la sustancia, por decirlo de alguna manera, del contrato de trabajo cuando el vínculo jurídico laboral se entabla por un no religioso y no con la comunidad religiosa, sino con un tercero¹², en este caso una Administración pública. Así sucede cuando se admite que un profesor de religión que incumpla en su vida privada los preceptos y mandamientos de esa religión pueda ver rescindido o no renovado su contrato de trabajo con una Administración Pública¹³. Nos enfrentamos, parece, a una especie de supraderecho extrapositivo que obliga a interpretar de manera acorde con el mismo el propio Texto Constitucional. En el primer caso, incluso, nos parece desacertada la fundamentación judicial, se hubiera podido recurrir sin más al trabajo benévolo que se presta para otras asociaciones laicas.

Pero la confusión jurídica, ya lo anuncia la portada que acabamos de describir, afecta a todo el régimen jurídico de esta peculiarísima relación

y un sacerdote, aunque la prestación de servicios no tenga contenido pastoral, en virtud de la existencia de una comunidad de intereses entre ambos de carácter espiritual y la inserción en una empresa de finalidad espiritual, al margen de la persecución de utilidades patrimoniales. Dicha interpretación encuentra refrendo expreso en la jurisprudencia del TC, quien entiende que la relación, docente en centro educativo religioso, está imbuida, «por encima de todo, de una espiritualidad y de un impulso de gratuidad, en virtud de la profesión religiosa y de los votos de obediencia y pobreza contraídos, que impiden dotar de naturaleza contractual la actividad educativa desempeñada por la docente dentro de su propia comunidad religiosa y disciplinada por vínculos de carácter espiritual en atención exclusivamente a consideraciones altruistas...», aunque se reconozca la existencia de dependencia y el trabajo realizado sea igual al de los docentes seculares. STC de 28 de febrero de 1994, RTC 1994\63, F.J. 4.

Sensiblemente diferente la posición del TSJ de Andalucía, de 2 de julio de 1993, AS 1993\3309, que califica de laboral la relación de prestación de servicios de un rabino para su comunidad religiosa.

¹² Hemos de tomar en consideración que, desde antiguo, se viene admitiendo que un miembro de comunidad religiosa pueda prestar servicios para un tercero, y en este caso la presunción será a favor de la naturaleza laboral del vínculo contractual, incluso cuando el objeto de los servicios sea eclesiástico. OLIET GIL, «La iglesia y las relaciones de servicio retribuidas». *RT*, 1975, núm. 52, pp. 143 y ss.

¹³ Supuesto absolutamente inviable para cualquier otro colectivo de trabajadores o personal que preste sus servicios para la Administración. *Vid.*, por reciente: MORENO DÍAZ, «Extinción del contrato e ideología. STC 126/2003, de 30 de junio». *TL*, 2003, núm. 72, pp. 249 y ss.

El TSJ de Canarias, por Auto de 8 de julio de 2002, ya citado, ha presentado cuestión de inconstitucionalidad sobre este asunto, profesora de religión que no obtiene la idoneidad eclesiástica para la renovación de su contrato con la Administración por convivencia de hecho tras separación matrimonial. Con irreprochable fundamentación, apoyada en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se repasan uno a uno los diferentes argumentos que llevan a entender a este órgano jurisdiccional los motivos de inconstitucionalidad que afectan a la regulación laboral vigente para los profesores de religión.

laboral «objetivamente especial», como ha sido calificada por el TS ¹⁴. Han sido cuestiones litigiosas, entre otras, la definición de la posición jerárquica y la naturaleza, de derecho internacional prevalente, de los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede (de donde parte el especial régimen jurídico laboral, o de prestación de servicios, de los profesores de religión) ¹⁵, la calificación como laboral de su prestación de trabajo ¹⁶, la modalidad de contrato ¹⁷, la competencia eclesiástica para controlar el contenido de la en-

¹⁴ Tanto en sentido formal como material, STS, de 5 de junio de 2000, RJ 2000\4650, F.D. Segundo. En contra de lo dispuesto en la normativa vigente, a partir de la entrada en vigor de la Ley 50/1998. *Vid.* nota 18.

¹⁵ El TSJ de Canarias (Auto de 8 de julio de 2002), que ha plantado cuestión de inconstitucionalidad, se ha pronunciado taxativamente en esta materia. Si los Acuerdos con la Santa Sede se oponen a lo dispuesto en materia de derechos fundamentales por la propia CE, deben ser denunciados por inconstitucionales. Y debe rechazarse radicalmente para los mismos el calificativo de supranacionales; no hay elemento de extranjería alguno que pudiera permitir decidir sobre la competencia de la jurisdicción eclesiástica en relación con un contrato que vincula a la Administración Pública con un trabajador español para prestar servicios en España.

Se ha corregido la línea jurisprudencial, afirmando ahora la plena supremacía de la Ley respecto a los Acuerdos y Convenios suscritos entre la Conferencia Episcopal Española y del Ministerio de Educación y Ciencia en materia de retribución del profesorado de religión. *Vid.* STSJ de Castilla-La Mancha, de 13 de mayo de 2002, núm. 847/2002.

¹⁶ Sobre el itinerario jurisprudencial en esta materia, hasta que ha quedado definitivamente consolidada la tesis de la laboralidad, con criterios claramente enfrentados al afirmar en ocasiones el carácter administrativo de la prestación de trabajo (incluso como funcionarios interinos) y, en otras, su naturaleza laboral, que ha sido la preferencia más reconocible en las sentencias del TS hasta la modificación legislativa, hoy plasmada en la Orden de 9 de abril de 1999, *vid.* TOSCANI GIMÉNEZ, «La problemática judicial y la nueva regulación legal de los profesores de religión». *RDS*, 1999, núm. 5, pp. 189 y ss.

¹⁷ A partir de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 93, que modifica la Disp. Adic. Segunda de la LOGSE, 1/90, de 3 de octubre), que especifica con claridad que estos profesores que impartan enseñanzas de religión en los centros públicos «lo harán en régimen de contratación laboral», y se suprime la adjetivación del Proyecto de Ley respecto del régimen «especial» de esta contratación, es lo cierto que, salvo duda en supuestos muy puntuales, se debería haber concluido que la única modalidad de contrato admisible es la de fijos discontinuos. *Vid.*, en este sentido, TOSCANI GIMÉNEZ, «La problemática...», *cit.*, pp. 196-197. En contra, STSJ de Canarias, de 6 de abril de 2000, AS 2000\2019, F.D. Segundo.

Evidentemente no es éste el argumento que ha prosperado, pero porque la contratación temporal, (de duración determinada, a tiempo parcial o completo, según el citado art. 93 de la Ley 50/1998), curso por curso, pende siempre de una atípica venia docendi, que puede ser táctica (lo que afectaría a la prórroga o renovación y no a la existencia del término. STS de 5 de junio de 2000, citada) de la autoridad eclesiástica que desborda los límites del contenido de las enseñanzas impartidas por el profesor correspondiente y abarca una valoración extrajurídica de su vida privada.

La prensa se ha hecho eco de reiterados supuestos de extinción contractual «por vivir en pecado». Esta solución parece contradecir la jurisprudencia constitucional. En concreto, la STC 151/1997, de 29 de septiembre de 1997, considera injustificada la separación del servicio por

señanza que se imparte¹⁸, e incluso la identificación del empresario y, como no, la delimitación de competencias empresariales (de la autoridad religiosa y la Administración pública) en esta singular relación triangular (en la que la Administración tiene condicionado el nombramiento y normalmente no decide el cese, pero contrata y paga) que no puede identificarse con la cesión de trabajadores ni con la actuación de las empresas de trabajo temporal, cualquiera de las cuales ofrecería mejor protección a los trabajadores.

La sentencia que aquí se comenta viene a incidir en esa confusión jurídica, ahora fijando las peculiaridades, restricciones, del derecho a la negociación colectiva para este colectivo de trabajadores¹⁹.

2. EFICACIA GENERAL Y ÁMBITO PERSONAL DEL CONVENIO

Destaca de inmediato en la STS de 9 de octubre de 2003 la confusión o intercambiabilidad de los conceptos jurídicos que marcan las fronteras de aplicación del convenio colectivo. De hecho, para el Tribunal Supremo la «cuestión que se suscita en este recurso es la libertad de las partes que suscriben el Convenio Colectivo... para poder delimitar su ámbito funcional y excluir del mismo a determinados grupos o colectivos de trabajadores»²⁰.

comportamiento sexual indecoroso según la disciplina militar, ya que se trata de conductas íntimas, aunque tengan trascendencia externa. *Vid.* SERRANO OLIVARES, «El derecho a la intimidad...», cit., p. 120 y ss.

El TSJ de Canarias (Auto de 8 de julio de 2002) ha terminado por interponer cuestión de inconstitucionalidad para que sea el TC el que decida sobre lo que a su juicio denota una clara incompatibilidad de los Acuerdos con la Santa Sede y la aplicación del Texto Constitucional a estos trabajadores. «El País», 17 de julio de 2002, p. 29.

Con fecha de 19 de marzo de 2004, se da como noticia que una de las primeras medidas a adoptar por el nuevo Gobierno socialista será la de modificar el régimen de los profesores de religión, con plena aplicabilidad del Estatuto de los Trabajadores y el respeto a los derechos fundamentales dimanantes del Texto Constitucional. www.cadenaser.com.

¹⁸ Con el discutible argumento, a mi juicio, de que éste es el aspecto que menos afecta a la naturaleza del vínculo contractual que une a la Administración y al profesor de religión, sino que aparece más bien como una mera consecuencia de la laicidad del Estado, que conduciría a la incompetencia de éste para decidir sobre la aptitud del candidato y para asegurar la correspondencia entre la docencia y los principios de la doctrina católica. Sobre éstas justificaciones, TOSCANI GIMÉNEZ, «La problemática...», cit., p. 192.

¹⁹ Interpretadas por los representantes sindicales como una simple y llana negación del derecho a convenio que viene a precarizar aún más «el destino laboral de los docentes de religión que anualmente queda en manos de los obispos, sin acceso a los concurso-oposiciones, a los planes de estabilidad en el empleo, trienios, beneficios sociales, indemnizaciones y prestaciones asistenciales». *El País*, 20 de noviembre de 2003.

²⁰ F.D. Segundo, primer párrafo.

Más allá de esta incorrecta asimilación de partida, entre ámbito personal y funcional²¹, la sentencia comentada dificulta la comprensión del régimen legal sobre el ámbito personal de los convenios regulados en el Título III ET.

A partir de la genérica e imprecisa formulación del Estatuto en su art. 83.1, que otorga a las partes libertad para decidir el ámbito de aplicación del convenio, es lo cierto que en esta sentencia, como en muchas otras, nuestra jurisprudencia²² tiende a identificar la libertad de las partes negociadoras para elegir la unidad de negociación, con la libertad de decisión sobre el ámbito de aplicación del convenio. No es preciso entrar en la polémica sobre si los conceptos de unidad de negociación y ámbito de aplicación son o no coincidentes, cuál es el preexistente, y si el ET utiliza como sinónimos o ambiguamente ambos conceptos²³, porque lo cierto es que la atribución de libertad general del art. 83.1 ET, ya lo sea para decidir la unidad de negociación o el ámbito de aplicación del convenio, está tan sensiblemente limitada para los llamados convenios estatutarios que más bien deberíamos afirmar que rige en uno y otro caso el principio de reglamentación legal imperativa, de orden público²⁴. Es más, el TS hace años que añadió a esas limitaciones la tesis de las «unidades apropiadas de negociación», como criterio corrector de la libertad de negociación que atribuye el art. 83.1 ET, al dejar en manos de los negociadores la decisión sobre el ámbito de aplicación del convenio. Esas unidades apropiadas, las tradicionales, coincidentes con el convenio de empresa o de ámbito inferior y el supraempresarial y construidas a partir de criterios de cierta homogeneidad, responderían a exigencias de objetividad y estabilidad. Por el contrario, las llamadas «unidades artificiales de negociación», no quedarían amparadas por la libertad negociadora del art. 83.1 ET.²⁵

²¹ Sobre la correcta distinción entre ámbito funcional y personal y sobre la libertad de las partes negociadoras para fijar el primero y no el segundo, *vid.* STSJ de Andalucía, de 24 de octubre de 2003, AS 2003\3905.

²² Algunas pautas jurisprudenciales sobre inclusiones y exclusiones del ámbito subjetivo del convenio, en GARCÍA VIÑA, «El ámbito del convenio colectivo ¿Cuáles son sus límites según la jurisprudencia? *RSDT*, 2003, núm. 120, pp. 872-874.

²³ *Vid.* FERREIRO REGUEIRO, «Unidades de negociación», en BORRAJO DACRUZ (dir.), *Comentarios a las leyes laborales*. T XII, Vol. 1.º. Ed. EDERSA. Madrid, 2001, pp. 62 y ss.

²⁴ Según opinión de ALONSO OLEA y BARREIRO GONZÁLEZ, «las partes más que fijar el ámbito de aplicación del convenio lo que hacen es constatarlo porque el ámbito viene predefinido por su legitimación». En el caso de los convenios franja, la libertad de las partes viene notablemente constreñida por las reglas de concurrencia y articulación de la negociación colectiva, e incluso por un restrictivo deber de negociar, que dificultaría aún más este tipo de convenios en los ámbitos inferiores donde son más factibles. NOGUEIRA GUSTAVINO, «Sindicato y negociación colectiva franja». Ed. Titant lo blanch. Valencia, 2001, pp. 224-225. FERREIRO REGUEIRO, «Unidades...», *cit.*, pp. 81 y ss.

²⁵ *Vid.* SsTS de 20 de septiembre de 1993, RJ 1993\6889 y de 19 de diciembre de 1995, RJ 1995\9315.

por mucho que retóricamente ese espacio de libertad decisoria de las partes negociadoras se quiera declarar una consecuencia necesaria del derecho constitucional a la negociación colectiva, que, por otra parte, ha desembocado en una mera libertad institucional.

La opción legislativa por la naturaleza normativa, y en consecuencia la eficacia general, del convenio, es un argumento decisivo para justificar la introducción de limitaciones y garantías que desvirtúan la amplia fórmula del art. 83.1 ET²⁶. La representación que se ostenta marca el margen de actuación de los negociadores para elegir la unidad de negociación, para decirlo en términos menos discutibles, los niveles donde se puede negociar e, íntimamente ligado a ello, quedan definidos los ámbitos territorial y funcional del convenio²⁷; por el contrario, el ámbito personal del convenio viene predeterminado por la ley con mayor precisión, porque si el convenio lo es estatutario la extensión subjetiva del mismo es necesariamente general. La eficacia normativa del convenio justifica las cautelas legales de representatividad en el primer caso, pero impone el ámbito personal erga omnes, en el segundo²⁸.

No se ha entendido así en nuestra jurisprudencia que, probablemente, imbuida por esa necesidad de identificar la mención constitucional a la fuerza vinculante con el valor normativo y por la exigencia de separar los regímenes de la negociación estatutaria y extraestatutaria, ha terminado entendiendo que la eficacia general es un atributo propio y exclusivo del convenio estatutario lo que lo distinguiría de las otras modalidades convencionales que encuentran acomodo en una esencial libertad constitucional de negociación. A renglón seguido, aunque teóricamente se afirme la naturaleza obligacional del convenio no estatutario²⁹, la necesidad de hacerlo invulnerable para la autonomía individual, ha desembocado en una práctica jurisprudencial que, ignorando las consecuencias propias del instituto de la representación común, termina fundamentándose en el valor normativo de

²⁶ Es criterio común en la doctrina y jurisprudencia, por el contrario, relacionar representatividad y eficacia general. LAHERA FORTEZA, «La potestad de negociación colectiva de eficacia general y la disponibilidad de los efectos personales del convenio», en AA.VV., «La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social». Ed. MTAS. Madrid, 2003, p. 401.

²⁷ *Vid.* STC de 27 de junio de 1984, F.J. 4. Como ámbito más libre de fijación por las partes permanece el ámbito temporal. F.J. 3.

²⁸ Hay quien admite la competencia de los negociadores para disponer de los efectos personales (CASAS BAAMONDE) y quienes fundamentan la indisponibilidad en argumentos muy distintos a los aquí utilizados. LAHERA FORTEZA, «La potestad de negociación...», cit., pp. 406 y ss.

²⁹ *Vid.* ALBIOL MONTESINOS, «El convenio colectivo en la jurisprudencia». De. Tirant lo blanch. Valencia, p. 36.



todo convenio colectivo, aunque sólo los privilegiados por la ley puedan desplegar la eficacia general³⁰.

3. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. UNA LIMITACIÓN SOBREDIMENSIONADA PARA LA DEFINICIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN CONVENCIONAL

La conclusión que acabamos de alcanzar con anterioridad arrebató al principio de igualdad y no discriminación el papel protagonista para decidir sobre la adecuación a derecho de la voluntad de los negociadores de excluir a ciertos trabajadores del ámbito de aplicación del convenio³¹.

Es la modalidad de convenio, estatutario o extraestatutario, el argumento decisivo, por imperativo legal, para evaluar la libertad de las partes al decidir sobre el ámbito personal del convenio. Es verdad que la reducción ilícita del ámbito personal lleva aparejada, como consecuencia necesaria, un tratamiento discriminatorio de los trabajadores, según queden dentro o fuera del convenio, pero no por esto dicha decisión se convierte en inadmisibles (podrá serlo o no, dependiendo de distintas circunstancias), sino que lo es previamente, en un momento anterior, y en este caso necesariamente, por incumplimiento legal, por alteración de la norma jurídica de orden público que impone la eficacia general de los convenios normativos y que absorbería la violación del principio de no discriminación³².

El principio de igualdad y no discriminación, por el contrario, asume un relieve decisivo para evaluar los tratamientos desiguales que pueda instaurar el convenio para distintos colectivos de trabajadores³³.

Esta opinión personal no es la que viene suscribiendo nuestra jurisprudencia. Primero, desde el punto de vista de su doctrina general, y sin mayores consecuencias prácticas, la eficacia general del convenio es el criterio

³⁰ STC de 4 de junio de 2001, RTC 2001\121. F.J. 5. Admitiendo que basta la no oposición expresa del trabajador no representado para la extensión del convenio extraestatutario, STS de 10 de junio de 1998, JR 1998\4105.

³¹ En sentido contrario véase nuestra jurisprudencia: ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo». Ed. CES. Madrid, 2000, p. 209 y ss.

³² Algo similar a lo que sucede cuando un sindicato es ilícitamente apartado de la negociación, que no se estima la violación del principio de igualdad y no discriminación, sino el derecho de libertad sindical. *Vid.* STC, de 27 de junio de 1984: «La violación del art. 28 número 1 de la CE, absorbería, pues, de existir, la alegada del art. 14».

³³ Principio de igualdad verdaderamente flexibilizado si la diferencia de tratamiento viene instaurada por la negociación colectiva. Sobre la doble escala salarial, *vid.* STC de 20 de mayo de 2002, RTC 2002\119.

general adecuado para valorar cuándo las exclusiones personales del convenio son ilícitas, por violación de la normativa de orden público en este punto. En segundo lugar, es sobradamente conocido que en los supuestos de exclusiones concretas, la jurisprudencia ignora su propia doctrina general y somete a revisión esas exclusiones desde el punto de vista que ofrece el principio de igualdad y no discriminación³⁴.

Si nos ceñimos a esta segunda óptica analítica, es evidente que las peculiaridades que concurren en esta relación laboral, la de los profesores de religión, incluida la fijación de retribuciones, cosa que sucede con el resto del personal que presta servicios para las Administraciones Públicas, con independencia de la naturaleza del vínculo contractual³⁵, escapan al poder negociador; esto es, un gran bloque de condiciones laborales vienen prefijadas de forma heterónoma. Con la peculiaridad de que el caso de los profesores de religión esa normativa legal no fija mínimos, sino un derecho imperativo absoluto³⁶. Por consiguiente, dichas peculiaridades justifican sin dificultad, y de hecho así sucede, que el TS estime, de acuerdo con una muy consolidada jurisprudencia que sigue el dictado de la constitucional, que es ajustada a derecho la exclusión de este colectivo del ámbito del convenio para el personal laboral de la Comunidad de Madrid.

Ahora bien, fijada y aceptada la conclusión del TS, que es armónica con su doctrina precedente, aunque en mi opinión sea censurable por las razones expuestas, algunos aspectos de este asunto suscitan todavía interés.

4. UNA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL IRRELEVANTE PARA RESOLVER EL SUPUESTO DEBATIDO

La jurisprudencia constitucional que se cita en apoyo de la correcta y concreta utilización en este caso del principio de igualdad y no discrimina-

³⁴ Vid. DESDENTADO BONETE y VALDÉS DE LA VEGA, «La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo» Ed. Trotta. Madrid, 1998, pp. 27 y 59 y ss.

³⁵ Vid. RUIZ CASTILLO, «Los acuerdos sobre retribución de los funcionarios públicos». *TL*, 2002, núm. 64, pp. 151 y ss.

³⁶ Sin tratarlo, el principio de jerarquía normativa está implícito en todo lo que afecta a las peculiaridades, para llamarlo con propiedad, excepciones a la regulación laboral común que reviste esta especial relación de trabajo, no calificada legalmente, por lo que el convenio, de ser de aplicación, debería respetarlo. Es una cuestión completamente ajena a este litigio, y que podría plantear incluso dudas de constitucionalidad, si es que a este personal laboral decidimos que le es de aplicación el art. 37.1 CE y que este derecho a la negociación tiene un contenido material mínimo (que difícilmente se reconoce al analizar el bloque de regulación heterónoma que es de aplicación a estas relaciones de trabajo), pero que no sirve para decidir el litigio que comentamos, puesto que el TS ha entendido que por sí mismos tienen suficiente poder negociador.

ción para valorar positivamente, o justificar, la exclusión del convenio general para todo el personal laboral de la Comunidad de Madrid, no es aplicable, entiendo, al caso de autos.

Resumidas escuetamente las razones: una cosa es, como se desprende de la jurisprudencia constitucional citada³⁷, que los trabajadores excluidos lo sean por voluntad propia, podríamos decir, porque se consideran con suficiente poder negociador para conseguir mejores condiciones laborales, a través de un convenio franja, por ejemplo; y otra muy distinta es condenar a esta modalidad convencional (convenio franja para las distintas Comunidades Autónomas, nacional o de cualquier otro ámbito), que sería la exclusiva posibilidad en este caso para los profesores de religión a partir del fallo del TS, que les ha atribuido *iuris et de iure* suficiente poder negociador, aunque sea en contra de lo estimado por la Federación Estatal de Asociaciones de Profesores de Religión. Cabría pues «la exclusión positiva, pero no la expulsión negativa»³⁸. Pero de ser como afirma el TS, la discusión estaría servida desde el punto de vista de la libertad de las partes para elegir la unidad de negociación, el ámbito de aplicación del convenio, que le es aplicable por igual a todos los sindicatos³⁹, y esa arcaica línea jurisprudencial que ha venido defendiendo la «unidad de convenio», impropriamente, para concretar los efectos propios de la eficacia general del convenio, de su ámbito funcional o resolver conflictos de concurrencia⁴⁰. También se podría abandonar la cobertura de la negociación colectiva y proceder a una regulación individualizada de condiciones de trabajo o, en el mejor de los casos, acudir a una extraña concertación social entre administración, jerarquía eclesiástica y sindicatos.

Es más, desde el análisis de la jurisprudencia constitucional debiera haber prevalecido en esta sentencia del TS justo el criterio contrario, el expresamente fijado para los trabajadores temporales, ya que por el momento, en tanto no se haga efectiva la reforma recientemente anunciada, la temporalidad es una de las características más destacadas de la relación laboral «especial» de los profesores de religión. Estos trabajadores están condenados a la temporalidad: contratos anuales renovables durante toda su vida laboral. La jurisprudencia del TC ha admitido expresamente que éste, los trabajadores con contratos precarios, es un colectivo especialmente desfavo-

³⁷ STC 73/1984, de 27 de junio, RTC 1984\73 y 136/1987, de 22 de julio, RTC 1987\136.

³⁸ Así se pronuncia el TSJ Madrid, en la sentencia de 20 de mayo de 2002, F.D. Tercero, que es la que casa y anula el TS en la sentencia que ahora comentamos.

³⁹ Sobre el tema, estableciendo con rotundidad el vínculo entre el art. 37.1 CE y la libertad de fijación de la unidad de negociación: VALDÉS DAL-RE, «Negociación colectiva y principio de unidad de empresa». *RL*, 1991, T II, pp. 195, 198 y 204.

⁴⁰ VALDÉS DAL-RE, «Negociación colectiva y principio...», cit., pp. 198 y ss.

recido⁴¹, sin poder negociador alguno por sí mismos⁴². Y recordemos que el principio de no discriminación actúa con un carácter más intenso cuando se trata de un empleador de carácter público⁴³.

Y todavía más, sería de aplicación la jurisprudencia que acude al criterio general de interpretación del ámbito del convenio, desde la perspectiva de su eficacia erga omnes, para atraer hacia del ámbito del convenio a algunos colectivos cuya posición en el contexto de las relaciones laborales podrían estar más próximos a la suficiencia negociadora que el supuesto aquí enjuiciado, me refiero a los mandos intermedios o a los supuestos en los que la aplicación del convenio queda a la decisión de los afectados⁴⁴.

5. ¿EXCLUSIÓN DE CONVENIO O REGULACIÓN DIFERENCIADA?

La STS de 9 de octubre de 2003 plantea un interrogante verdaderamente interesante, que resuelve de manera absolutamente inadecuada a Derecho. ¿Las peculiaridades que afectan a la relación laboral de los profesores de religión podrían justificar alternativamente, como opción igualmente válidas, la exclusión del convenio o regulaciones convencionales diferenciadas? En el entendimiento de que esas regulaciones diferenciadas deberían cumplir unos requisitos mínimos para ser aceptables desde la aplicación del principio de igualdad y no discriminación⁴⁵. Ya nos hemos referido antes al em-

⁴¹ La citada STC de 27 de junio de 1984, que sirve de apoyo al TS en la sentencia que comentamos, considera la precariedad o modalidad del contrato como supuestos en los que no puede encontrarse la suficiencia del poder negociador independiente.

⁴² Es abundante y clara la jurisprudencia del TC que ampara la inclusión obligatoria en convenio y la regulación idéntica de condiciones de trabajo y salariales para los trabajadores temporales. *Vid.* ALBIOL MONTESINOS, «El convenio colectivo...», cit., pp. 66 y ss. En el mismo sentido, aunque con ciertas vacilaciones, la propia jurisprudencia del TS. *Vid.* ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Autonomía individual y colectiva...», cit., pp. 210 y ss.

⁴³ STC 48/2002, de 25 de febrero, citada por MORENO DÍAZ, «Extinción del contrato...», cit., p. 250.

⁴⁴ Sobre aplicación de subida salarial prevista en convenio para el director de recursos humanos, pese a que dicha categoría no estuviera prevista en convenio. STS Canarias, de 28 de febrero de 2000, JUR 2000\1219.

Aunque la tendencia general sea la contraria, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Autonomía individual...», cit., pp. 216-217.

Sobre la exclusión parcial de convenio por decisión unilateral de los trabajadores afectados y rechazando esta posibilidad, *vid.* STSJ Valencia, de 4 de noviembre de 1997, AS 1997\4021. Véase sobre la posible inclusión parcial en convenio de determinados trabajadores excluidos por el ámbito funcional del convenio. STSJ Aragón, de 30 de septiembre de 2002, JUR 2002\256302.

⁴⁵ Ésta sería precisamente la tesis apoyada por la STC de 22 de julio de 1987, la de los tratamientos convencionales diferenciados con respecto a determinados colectivos de trabajadores, en esta ocasión, como en el caso que ahora comentamos, respecto de los trabajadores temporales. *Vid.* F.J. 5



peño del TS en dejar claro que, aunque el legislador no lo haya considerado así, la prestación de trabajo de los profesores de religión es formal y materialmente una relación especial que sobradamente tolera, e impone, un tratamiento convencional diferenciado. Conocemos también la doctrina constitucional al respecto: los tratamientos dispares deben responder a circunstancias objetivas y ser proporcionados. Cabría añadir, como de pura lógica, que esas diferencias deben ajustarse o versar precisamente sobre las condiciones laborales específicas que por norma legal vienen impuestas a los profesores de religión⁴⁶.

Pero la cuestión más interesante, a mi juicio, es la de decidir sobre si la exclusión de convenio no es una cuestión que quede al arbitrio de los negociadores, sino que la inclusión sería obligatoria y, por consiguiente, en atención a las particularidades de la relación laboral, lo que se impone, por razones fácticas y no jurídicas, son las regulaciones convencionales específicas tal y como de hecho sucede respecto de otros colectivos en el convenio debatido⁴⁷. Desde mi punto de vista, ésta es la solución correcta, ya lo avancé con anterioridad, el primer interrogante lo resuelve la eficacia general del convenio, y el segundo el principio de igualdad y no discriminación.

Para el TS, de haber prosperado esta opción, cosa que no sucede, el convenio devendría igualmente inaplicable a los profesores de religión puesto que en su articulado no se contienen esas especialidades ni a la vista del mismo podrían decidirse qué preceptos le son de aplicación a este colectivo y cuáles no. A esto precisamente me refería al afirmar que nos encontramos ante una conclusión del TS completamente inaceptable. Bien es verdad que es sólo una hipótesis que se plantea el Tribunal, puesto que ya se ha aceptado la validez de la exclusión convencional, pero no por ello debió silenciarse que a tal cuestión sólo cabe dar una respuesta: la nulidad del precepto que establece el ámbito personal o del propio convenio negociado.

6. EL ANTECEDENTE CONVENCIONAL

Nada parece que pueda objetarse al silencio e indiferencia que se pone de manifiesto en este recurso respecto al hecho de que los antecedentes convencionales hubieran incluido en su ámbito de aplicación a los profesores

⁴⁶ Vid. STSJ Castilla-La Mancha, de 3 de junio de 2003, sobre exclusión parcial de convenio, en materia retributiva, para colectivo específico de trabajadores.

⁴⁷ Recordemos que, según reiterada jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad y no discriminación no sirve para imponer tratamientos diferenciados. No cabe «discriminación por indiferenciación». Por todas, STC de 2 de abril de 2001, RTC 2001\88. F.J 2.

de religión y no se haga así en el convenio impugnado. Evidentemente no estamos ante un cambio en la unidad de negociación, cuya opción hubiera permitido otra defensa, o indefensión, a los profesores de religión, por más que el TS parezca confundir ámbito funcional y ámbito de aplicación personal.

Sin embargo, es un hecho curioso que los precedentes convenios, sin cambios en la unidad de negociación, hubieran incluido en su ámbito a los profesores de religión. Este precedente bien hubiera podido ser utilizado por el TS, o al menos considerado, para apoyar la tesis de que no estamos ante una disyuntiva válida, la de admitir que la libertad de los negociadores lo es para decidir alternativamente la exclusión de convenio o la regulación convencional específica para los profesores de religión. El precedente en esta ocasión apoya la regulación diferenciadora y juega en contra de la exclusión total. ¿Qué argumento nuevo, sin modificación del dato legal ni de la unidad de negociación, permitiría una solución contraria a la continuidad en el ámbito personal?

En realidad, la respuesta del TS a las objeciones de violación del principio de igualdad y no discriminación, a la hipótesis de exclusión parcial o regulación convencional específica y a la importancia del precedente convencional (los tres últimos epígrafes analizados) bien pudiera dar a entender que el TS haya querido soslayar el pronunciamiento sobre la argumentación fundamental de la sentencia recurrida, casada y anulada, del TSJ Madrid, de 20 de mayo de 2002: «partiendo de la ausencia de una exclusión precedente pues la misma se produce por primera vez en el Convenio impugnado ha de considerarse a continuación si la especialidad propia de la relación laboral que aquí se trata permite la radical exclusión de la normativa del convenio o por el contrario deben de ser reguladas por el mismo con las peculiaridades propias bien por inaplicación de determinados preceptos del convenio o por la regulación expresa de determinados aspectos específicos, como precisamente hace el propio Convenio con algún otro colectivo». En opinión del TSJ de Madrid, el tratado internacional en que consiste el Acuerdo ente el Estado Español y la Santa Sede de 1979 introduce la necesidad de trato igualitario para este colectivo laboral, por lo que debe descartarse «la exclusión del mismo de la normativa ordinaria reguladora de la relación laboral propia de todos y cada uno de los trabajadores de la Comunidad Autónoma de Madrid —ámbito aplicativo natural vertical de un convenio de empresa—»⁴⁸.

⁴⁸ F.D. Tercero, del Auto de 20 de mayo de 2002, AS 2002\2044.



7. SOBRE LA VIABILIDAD DEL CONVENIO FRANJA

No son pocos los problemas de toda índole que plantea el convenio franja para solucionar, y además como opción única, el derecho a la negociación colectiva de los profesores de religión.

Recordemos que, aunque el art. 83.1 ET garantizaría la libre elección de esta unidad de negociación, la regulación legal sólo contempla la posibilidad de convenios franja de ámbito no superior a la empresa, por lo que para este ámbito, adaptado a las peculiaridades que reviste la fijación de niveles en las Administraciones públicas y con las garantías de representatividad específica que requiere el ET, sería posible, legalmente, aunque no muy factible, la negociación de un convenio colectivo franja de carácter estatutario, negociado por el sindicato franja⁴⁹. No sucede lo mismo en el ámbito supraempresarial. Aunque la libertad de negociación sea igualmente aplicable, las reglas de legitimación del ET, según su tenor literal⁵⁰, impedirían justo lo que el TS ha afirmado en el sentencia de 9 de octubre de 2003, que la Federación Estatal de Asociaciones de Profesores de Religión, que es donde se sustenta el poder negociador que este colectivo ostenta por sí mismo, alcanzara los umbrales de legitimación necesarios para poder negociar, por lo que vendrían obligados a convenir, en el mejor de los casos conjuntamente con el sindicato específico, los sindicatos que firmaron el convenio que excluye a los profesores de religión, lo que se compadece mal con la modalidad y naturaleza del convenio franja⁵¹. En definitiva, no puede razonablemente esperarse que para este colectivo de trabajadores la negociación colectiva protagonizada por el sindicato específico, si es que se da, revista otra modalidad que la del convenio extraestatutario⁵².

No más factible se presenta la hipotética negociación franja para los profesores de religión desde el prisma del deber de negociar. Sabido es que la doctrina ha elaborado dos teorías bien diferenciadas sobre la extensión de esta obligación negociadora, amplia y restrictiva, a partir de una formu-

⁴⁹ Hasta fechas recientes el TS no ha admitido la legitimación del sindicato, que venía siendo atribuida en exclusiva a las secciones sindicales a la hora de interpretar la expresión legal «representaciones legales con implantación» del art. 87.1 2.º. LAHERA FORTEZA, «La legitimación negocial y el deber de negociar en los convenios colectivos franja». *RL*, 2000, T II, pp. 579-580.

⁵⁰ Véase el intento de reconstrucción de la negociación colectiva de franja supraempresarial, en contra de otras posiciones doctrinales, y de reinterpretación de las disposiciones estatutarias para hacer factible la legitimación del sindicato específico o franja, de DEL REY GUANTER, «Los convenios colectivos de franja». *REDT*, 1984, núm. 17, pp. 128 y ss.

⁵¹ *Vid.*, ampliamente: NOGUEIRA GUSTAVINO, «Sindicato y negociación...», cit., pp. 219 y ss.

⁵² En el mismo sentido, NOGUEIRA GUSTAVINO, «Sindicato y negociación...», cit., p. 220.

lación legal bastante confusa⁵³ y que el «TS acoge la tesis restrictiva porque niega la obligación de negociar en un cambio de unidad convencional cuando existe legitimación por parte del solicitante» o cuando se trata de negociar un convenio *ex novo*. Una interpretación restrictiva del art. 89.1 2.º lleva a concluir que sólo existe deber de negociar en el supuesto de revisar un convenio ya vencido⁵⁴. Es más, en alguna sentencia se deja entrever que la plena vigencia del deber de negociar se vincula a aquéllas que el propio TS había definido como «unidades apropiadas, o naturales, de negociación», en cuyo concepto no se incluye el del convenio franja⁵⁵. Por lo que, para el caso que aquí analizamos, nos encontraríamos ante un callejón sin salida: no existe deber alguno de negociar un convenio franja, menos aún si éste lo fuera de naturaleza extraestatutaria, ya que ni siquiera le sería aplicable el título III ET, y el TS ha admitido que es lícita su exclusión del ámbito de aplicación del convenio general o único para el personal laboral.

Al final de este itinerario de desdichas, la relación laboral de los profesores de religión viene regida por una especie de contratos de trabajo tipo en masa⁵⁶, sujetos y reglamentados por los acuerdos entre ejecutivo y autoridad eclesiástica.

8. CONCLUSIONES: SUPUESTOS AFINES Y DIFERENCIAS

Por último, olvidando las disquisiciones sobre la idoneidad y las posibilidades legales y reales del convenio franja, como solución convencional para los profesores de religión, que parece la conclusión, algo más que im-

⁵³ SÁNCHEZ TORRES, *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*. Ed. CES. Madrid, 1999, pp. 244 y ss.

⁵⁴ LAHERA FORTEZA, «La legitimación negocial...», cit., p. 583.

⁵⁵ STS de 20 de octubre de 1997, RJ 1997\8083. F. D. Cuarto: «En los convenios colectivos de empresa y en los de sector es indiscutible la plena operatividad y vigencia del deber de negociar... En estas clases de convenios la unidad a que se extiende el ámbito de los mismos viene determinada por la propia naturaleza de las cosas, sin que en la creación haya tenido especial incidencia la voluntad de las partes negociadoras de los mismos». STS de 10 de diciembre de 2002, RJ 2003\1951. F.D. Tercero: «el deber de negociar que el art. 89.1 ET impone se extiende a las unidades naturales, cuya existencia es ajena a la voluntad de los negociadores (convenios de centro de trabajo, de empresa o sector con ámbitos provincial, autonómico o estatal). En ocasiones lo que se parece querer proteger es la estabilidad de la unidad de negociación existente, prohibiendo la negociación cuando «esté vigente y viva la unidad de negociación correspondiente». GARCÍA VIÑA, «El ámbito...», cit., p. 875.

Sobre los diversos institutos jurídicos que directa o indirectamente limitan la libertad de las partes en los convenios franja, *vid.* nota 25.

⁵⁶ Así parece justificarse en la STSJ de Cataluña, de 30 de enero de 2001, JUR 2001\102003, cuando admite que para el ámbito de empresa en que no existe convenio aplicable, la relación laboral venga regulada por lo establecido en el contrato de trabajo y normativa legal al respecto, ET y Decreto SMIG.

plícita, propuesta por el TS en la Sentencia de 9 de octubre de 2003, de buscar alguna similitud entre este caso y otros fallos del TS, me parece que esa igualdad de tratamiento aisladamente se encuentra en algunos supuestos: la exclusión del Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Administración General del Estado, respecto de los trabajadores contratados para prestar servicios en el extranjero; la exclusión que en los sucesivos convenios ha venido padeciendo el personal laboral con la categoría de facultativo de sanidad marítima del convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Seguridad Social.

En la STSJ de Asturias, de 12 de enero de 2001⁵⁷, la exclusión de los facultativos de sanidad marítima se produce «por ser personal que percibe retribuciones superiores a las máximas previstas para la categoría primera del convenio... En definitiva, la relación jurídica de carácter laboral, que une a la actora con el Instituto Social de la Marina, se rige por lo libremente pactado en su contrato de trabajo y por el Estatuto de los Trabajadores»⁵⁸. Un fallo sin duda peculiar, tanto por el fundamento justificativo de la exclusión, como porque niega el derecho y la libertad de negociación a un colectivo de trabajadores por cuenta ajena, derivando la regulación de su relación laboral a la contratación individual en masa.

En STS de 14 de mayo de 2003⁵⁹, y citando sentencias precedentes, el TS se refiere a que «es de señalar que las condiciones de contratación en el extranjero, aun para prestar servicios en Embajadas o Delegaciones españolas, suelen ser distintas y muy diferenciadas de las que son propias de los contratos laborales suscritos para prestar servicios en el ámbito de la Administración Pública dentro del territorio español, lo que justifica una regulación separada y distinta»⁶⁰. Esa regulación separada se ha articulado entre

⁵⁷ JUR 2001\98999.

⁵⁸ F.D. Tercero.

⁵⁹ Texto consultado: *RL*, 2003, núm. 21, pp. 51 y ss.

⁶⁰ F.D. Tercero, in fine. En relación con este tipo de trabajadores, alguna jurisprudencia ha matizado que la aplicación del Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, sólo puede ponerse en cuestión en relación con las relaciones nacidas con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, pero no para las anteriores, salvo cláusula convencional específica que así lo dispusiera. STS Madrid, de 28 de marzo de 2003, AS 2003\2748. Una peculiar decisión que desborda nuestro objeto de estudio, pero que interfiere notablemente en las reglas hasta ahora esgrimidas por nuestra jurisprudencia para definir no ya la vigencia temporal del convenio o aplicación inmediata de la normativa laboral, retroactividad de grado medio, sino indirectamente también el ámbito personal de aplicación. Mucho más flexible, sin duda, esta jurisprudencia que la que admite la aplicación del convenio a relaciones de trabajo ya extinguidas; recuérdese la jurisprudencia sobre aplicación de convenio peyorativo a los jubilados. STC de 8 de abril de 2001, RTC 2001\88. Sobre la jurisprudencia del TS al respecto, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «impugnación judicial de un convenio colectivo y trabajadores jubilados». *TL*, 2002, núm. 67, p. 195.

«la Administración del Estado, a través del Director General de la Función Pública y del director General del Servicio Exterior, (que) llegaron a un acuerdo con cuatro centrales sindicales para la negociación de las condiciones laborales del personal del Servicio exterior en los términos que allí figuran...»⁶¹. Ignoro si dicho «acuerdo para la negociación colectiva», puede ser calificado de convenio colectivo (franja, en su caso), en orden a la legitimación de los negociadores, entre otras cuestiones, o se trata de otra modalidad de acuerdo o de pacto colectivo. Pero, en cualquier caso, se muestra una solución similar de fondo respecto de lo cuestionado para los profesores de religión.

En el caso de los profesores de religión, sin embargo, aún nos encontraríamos con dos inconvenientes adicionales si lo que se pretende, como afirma el TS, es derivar la regulación de condiciones de trabajo de este colectivo de trabajadores hacia una negociación colectiva estatutaria. El primero de ellos, el rigor y extensión del derecho imperativo absoluto que impediría negociar un gran bloque de condiciones sustanciales de trabajo, precisamente todas aquéllas en las que los afectados se sienten discriminados peyorativamente con respecto al personal laboral de las Administraciones Públicas: contratación temporal, cuya continuidad o encadenamiento se hace depender de un tercero ajeno al contrato, la autoridad eclesiástica, que puede actuar con total discrecionalidad, incluidos los motivos de discriminación prohibidos por el propio texto constitucional y con violación de derechos fundamentales, y por razones completamente ajenas a la prestación de actividad⁶², régimen retributivo, promoción, movilidad...

El segundo inconveniente sobre el que llamar la atención, acaba de citarse, ¿cómo se incorporaría, a título de qué, la autoridad eclesiástica a esa «negociación colectiva»? Para ese tercer vértice de esta peculiarísima relación triangular, la jerarquía eclesiástica, que tanto tiene que decir en la selección de personal, asignación de puesto de trabajo, contenido cualitativo de la prestación, régimen retributivo (que es negociado con la Administración⁶³) y extinción de la relación contractual⁶⁴, ninguna solución ofrece el ordenamiento jurídico laboral, si no es la de negar la carta de naturaleza de convenio colectivo, estatutario o extraestatutario, para los posibles pactos o

⁶¹ F.D. Tercero.

⁶² Auto TSJ Canarias, de 8 de julio de 2002, F.D. Tercero y ss. Sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, *vid.* SERRANO OLIVARES, «El derecho a la intimidad...», cit., p. 120 y ss.

⁶³ Auto TSJ Canarias, de 8 de julio de 2002; STSJ Castilla-La Mancha, de 13 de mayo de 2002, JUR 2002\239786; SsTS de 5 de junio de 2000, RJ 2000\4650; de 17 de junio de 2002, RJ 2002\7208.

⁶⁴ Sobre la necesaria y peculiar relación de temporalidad, STS de 17 de junio de 2002, RJ 2002\7208; STSJ Canarias, de 6 de abril de 2000, AS 2000\2019; STSJ Granada, de 20 de mayo de 2003, AS 2003\1075.



acuerdos que pudieran alcanzarse a tres bandas, y que parecen ser los únicamente viables para fijar colectivamente las condiciones de trabajo de estos profesores. Ésta es la solución que parece haberse adoptado para el ámbito territorial del País Vasco⁶⁵.

Quizás nos hallamos ante la paradigmática situación de trabajadores por cuenta ajena arropados, aunque sea muy limitadamente, dado el carácter de relación especial que ostentan de facto, por el Derecho del Trabajo, a los que se les niega, por la fuerza de los hechos, uno de los derechos colectivos más significativos, el derecho y la libertad de negociación colectiva, contenido esencial del más genérico y fundamental derecho de libertad sindical, por mucho que el TS haya querido reconducir y reducir su salvaguarda a una modalidad de negociación tan específica como la que tiene por resultado la hipótesis teórica de negociar convenios franja o algo parecido; para ser realista, como parece haber sucedido en el País Vasco, lo viable y efectivo, de cara a la mejora colectiva de las condiciones de trabajo de los profesores de religión, no es otra cosa que una especie de concertación o diálogo social «franja» o individualizado, en tanto no se produzca una intervención legislativa ya anunciada, pero que también podría venir obligada por la revisión de constitucionalidad de los actuales criterios de especialidad que afectan a la prestación de trabajo de los profesores de religión

⁶⁵ El 21 de noviembre de 2003, sindicatos, iglesia vasca y departamento de educación del ejecutivo vasco rubricaron el convenio que regula los derechos y deberes de los profesores de religión». *El País*, 22 de noviembre de 2003, p. 28.





PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL

Universidad de Córdoba

TRABAJO DURANTE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS Y PODER DISCIPLINARIO

STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ *

SUPUESTO DE HECHO: La actora, que se encontraba en situación de excedencia por cuidado de hijos desde el día 8 de marzo de 2001 hasta el 8 de marzo de 2002, recibió de su empresa carta de despido, fechada el 27 de julio de 2001 y recibida por ésta diez días después. La empresa argumentó que habían tenido conocimiento, a través de terceras personas, que el mismo día de inicio de la excedencia firmó un contrato de trabajo indefinido para prestar servicios a tiempo completo en otra empresa. En el escrito se alegaba que la demandante, al solicitar la excedencia, era plenamente consciente de que no iba a utilizar el tiempo para cuidar de su hijo, sino para continuar trabajando a tiempo completo, lo que suponía un perjuicio para la empresa al verse obligada a respetar su derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado. Esta actuación, según la empresa, contraria a la buena fe contractual, se agravaba aún más por el hecho de haber suscrito el contrato de trabajo con una empresa del mismo sector de actividad, lo que suponía un quebranto de las obligaciones contenidas en los artículos 5.d) y 21.1 de la LET y derivaba en un incumplimiento grave y culpable que legitimaba al empresario a despedir con justa causa, en base a lo establecido en el artículo 54.2 ET, decisión contra la que accionó la trabajadora afectada, alegando la nulidad del despido efectuado. La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido de la demandante. Dicha sentencia fue recurrida por ambas partes, trabajadora y empresa, en suplicación. La prime-

* Profesora Ayudante del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ra solicitando la modificación al alza del salario regulador de las consecuencias económicas del despido, así como la declaración de nulidad, y la demandada, insistiendo en la procedencia de la decisión adoptada.

RESUMEN: El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 21 de enero de 2003 (Ar. 1757) aprecia la existencia de circunstancias que llevan a la conclusión de que el trabajo realizado durante la excedencia debe reputarse desleal, lo que ocasiona, en consecuencia, un potencial perjuicio al empresario y supone la incursión de la demandante en la justa causa de despido contemplada en el artículo 54.2 ET. No obstante, según el Tribunal, dada la cronología de los hechos (en la propia carta de despido se afirma que el empresario tuvo conocimiento de la situación de concurrencia el día 4 de mayo de 2001, habiendo procedido a comunicar el despido por carta fechada el 27 de julio, enviada el día 30 y notificada a la actora diez días después) queda evidenciada la prescripción de la falta imputada, lo que no permite declarar la procedencia del despido.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. APUNTE SOBRE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO-LABORAL
3. LA PERVIVENCIA DEL VÍNCULO JURÍDICO DURANTE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS: DERECHO AL TRABAJO Y DEBER DE NO CONCURRENCIA
4. POSTURA DEL TRIBUNAL ANTE EL SUPUESTO PLANTEADO
5. VALORACIÓN CRÍTICA

1. INTRODUCCIÓN

Con el análisis de la STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003 (Ar. 1757) se pretende determinar hasta que punto el empresario se encuentra legitimado para, en el ejercicio de su poder disciplinario, sancionar con el despido a un trabajador que haciendo uso de su derecho a la excedencia por cuidado de hijos suspende la relación laboral con la empresa pero continúa prestando sus servicios en empresa distinta.

En el caso a examinar, la pervivencia del vínculo jurídico que supone la excedencia por cuidado de hijos determina que el derecho que tiene la trabajadora deba cohonestarse obligatoriamente no sólo con el derecho fundamental al trabajo y a la libertad a un puesto de trabajo, sino también y al mismo tiempo con el deber genérico de buena fe, que debe presidir toda relación laboral, aún cuando ésta se encuentre en un estado latente, y que se concreta en una obligación de no perjudicar, aunque sea potencialmente, al



empresario que espera la reincorporación del excedente a la empresa una vez finalizado el periodo dedicado al cuidado del hijo.

2. APUNTE SOBRE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO-LABORAL

La excedencia por el cuidado de hijos fue creada con una finalidad inmediata y principal: la protección de la familia en general y la de los hijos recién nacidos, en concreto. De este modo, ésta puede concebirse como una auténtica prolongación del período de suspensión de 16 semanas, o el tiempo que corresponda en el caso de partos múltiples¹, como un verdadero derecho al que puede acceder el trabajador si así lo desea², que se centra en un objetivo principal: la atención al hijo nacido³.

Este propósito, concreto y delimitado, es el que podríamos calificar de inmediato, pues existe otro, indirecto, y efecto o consecuencia del primero, que no es otro que el incremento de las probabilidades de las mujeres-madres de acceder y permanecer en el mundo laboral, y ello a través de la regulación de la excedencia como arma erradicadora o al menos paliadora de las dificultades a las que éstas tienen que hacer frente⁴. Desde la creación

¹ Vid., TORTUERO PLAZA, «Excedencia por cuidado de hijos. Técnica jurídica versus institución jurídica», en la obra de AA.VV., *La suspensión del contrato de trabajo. Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid, 1994, p. 265; GORELLI HERNÁNDEZ, *La protección por maternidad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, pp. 23 y 204. El autor afirma que el proceso de maternidad se prolonga en el tiempo y origina una nueva regulación que se centra sobre el hijo recién nacido.

² Vid., STSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de abril de 1998 (Ar. 2199) que califica la excedencia por cuidado de hijos como un derecho del trabajador cuya concesión no depende de la voluntad de la empresa (Vid., el comentario que hace al respecto GONZÁLEZ DÍAZ, «El disfrute fraccionado de la excedencia para el cuidado de hijos», *Aranzadi Social*, 3/2003), basando la notificación a ésta para el acceso al mismo. Con respecto a esta última cuestión DILLA CATALA, *La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/95 de 23 de marzo) AL 40/1995*, p. 687, considera conveniente que se solicite por escrito, indicando el momento de inicio y la duración de la misma.

³ GONZÁLEZ VELASCO, «La excedencia para atender al cuidado de los hijos y la Ley 3/89 de 3 de marzo», *AL 21/1989*, p. 270, apuntaba, muy acertadamente, que el derecho a la excedencia no surge con el parto, sino con el nacimiento de un hijo necesitado de atenciones. DILLA CATALA, «La nueva... cit.», p. 694, afirma que el objeto de este derecho es la atención del menor.

⁴ Vid., PÉREZ ALONSO, *La excedencia laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 58. La autora considera que uno de los objetivos de la regulación es evitar una discriminación indirecta a través de la que se expulsa a la mujer del mercado de trabajo. También, GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.* p. 223, que junto a estos objetivos distingue otro al calificar esta institución laboral como mecanismo de fomento de una determinada política de natalidad.

de la excedencia como figura jurídico-laboral hasta la actualidad los cambios habidos en el contenido de las normas reguladoras han reflejado los intentos del legislador para lograr la meta ansiada: que el cuidado de los hijos no se traduzca en una carga exclusiva de la madre, impeditiva de la integración o reintegración de ésta en el ámbito laboral y causa o motivo de marginación socio-laboral ⁵.

En el artículo 46.3 de la LET y en la disposición adicional 14 del mismo texto legal, se encuentra el grueso del régimen normativo vigente de la excedencia por cuidado de hijos. El artículo 46.3 vigente es fruto de numerosas reformas legislativas protagonizadas principalmente por las Leyes 3/89 de 3 de marzo y 4/95 de 23 de marzo, y la más reciente llevada a cabo por la Ley 39/99, de 5 de noviembre. Aparece en él regulado una excedencia por cuidado de hijos fruto palpable de una intensa evolución de normas dirigidas a facilitar el ejercicio coordinado de las obligaciones de los padres-trabajadores dentro y fuera del hogar. Reconoce el artículo un derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años ⁶

⁵ Partimos de una realidad constatable de la que no se puede dudar y es que son las mujeres las que mayoritariamente se dedican al cuidado de los hijos; éstas, como consecuencia de su dedicación a la vida familiar, se ven «expulsadas» del mercado de trabajo (ya sea en el sentido literal del término —a través de despidos que camuflan motivos discriminatorios o mediante la no renovación del contrato temporal que con la empresa tenían suscrito—, ya se trate de una anhelada incorporación que nunca se llega a producir). Se convierten así en víctimas de prácticas y actitudes discriminatorias, que les impide hacer efectivo su reconocido derecho al trabajo y, por tanto, la posibilidad de gozar de una suficiencia económica para satisfacer sus necesidades y las de su familia (artículo 35 de la Constitución).

Precisamente a evitar esta discriminación que ha venido padeciendo el colectivo femenino han respondido las sucesivas reformas habidas en las normas reguladoras de la suspensión por maternidad que pretendían el establecimiento de medidas que facilitasen la implicación del padre en las tareas derivadas del cuidado y la crianza de los hijos, favoreciendo, de este modo, el reparto de cargas familiares, y la consiguiente posibilidad de la madre-trabajadora de acceder o permanecer en el mercado de trabajo. *Vid.*, BALLESTER PASTOR, «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo». *La Ley*, 1993. Tomo I, p. 195, con cita de doctrina comparada. Para la autora, la normativa tradicional protectora de la maternidad de exclusiva aplicación a la mujer trabajadora contribuyó, en gran medida a perpetuar su desigualdad en el lugar de trabajo.

⁶ Puesto que el plazo es máximo, sería posible solicitar una duración inicial más breve para luego ir prolongándola, sin necesidad de solicitar prórroga. *Vid.*, como ejemplo, la STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 1999 (Ar. 3966), que afirma que la norma no impone la obligación de fijar desde su inicio el período por el que se quiere disfrutar, ni mucho menos impone la solicitud de prórroga posteriores. Según el Tribunal, «la propia finalidad de la norma justifica esta flexibilidad en el régimen jurídico aplicable a tan especial excedencia, dejando en manos de los interesados la posibilidad de acomodar su duración hasta el máximo legal en función de las exigencias o conveniencia personal que el cuidado del hijo menor de tres años le imponga a efectos de que sean los propios padres los que decidan el momento oportuno para reincorporarse al trabajo...».



para atender al cuidado de cada hijo, ya lo sea por naturaleza, por adopción o esté en régimen de acogimiento. A completar esta regulación que, a pesar de su evolución adolece aún de importantes deficiencias⁷, viene la disposición adicional decimocuarta, donde se regulan una serie de medidas dirigidas a los empresarios. Éstas pretenden potenciar las posibles contrataciones mediante la aplicación de reducciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes en determinadas cuantías.

3. LA PERVIVENCIA DEL VÍNCULO JURÍDICO DURANTE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS: DERECHO AL TRABAJO Y DEBER DE NO CONCURRENCIA

El disfrute de la excedencia por cuidado de hijos, en cuanto figura jurídica equiparable por sus efectos a la excedencia forzosa⁸ que, en definiti-

⁷ Desde la publicación de la Ley 39/99 el Gobierno Central y los Autonómicos han ido adoptando medidas complementarias con el objeto de posibilitar el ejercicio de este derecho reconocido. Existen muchos ejemplos al respecto, todos ellos tendentes a apoyar a la familia y a la conciliación de la vida familiar y laboral, que se traducen en ayudas y subvenciones cuyos destinatarios son los implicados directamente, esto es, las personas trabajadoras y empresarios.

Así, por ejemplo, recordemos que una de las novedades de la reforma del IRPF, que entró en vigor en enero de 2003, consistió en el reconocimiento de una cantidad económica mensual (100 euros) a las trabajadoras con hijos menores de tres años. Esta ayuda, calificada como «nuevo impuesto negativo» se completa con una nueva reducción en la base del IRPF para todas las madres —incluidas las que trabajan en el hogar— por cada hijo a su cargo también menor de tres años. En lo referente a los Gobiernos autonómicos, el Gobierno de Navarra, fue pionero en la materia; mediante Decreto foral de 27 de junio de 2000 reguló ayudas económicas directas como medida complementaria para conciliar la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras y fomentar la vida familiar. Consisten estas ayudas en el abono mensual de una cantidad dineraria dirigida a las familias hasta que el hijo cumpla un año cuando se trate del segundo hijo (o del primero si es minusválido) o hasta que el hijo cumpla tres años cuando se trate del tercer o sucesivo hijo (o del segundo si es minusválido), siempre que los dos padres trabajen y uno de ellos haya solicitado la excedencia por cuidado de ese hijo.

⁸ Recordemos que la Ley 3/89 de 3 de marzo modificó el núm. 3 del artículo 46 del texto estatutario de 1980 estableciendo el derecho a la reserva de puesto de trabajo al menos durante el primer año de excedencia por esta causa. Durante este primer año no sólo existía reserva de puesto de trabajo sino cómputo de antigüedad en la empresa; además el período era considerado como de ocupación cotizado para la percepción de todas las prestaciones excepto para la de IT; también la situación del excedente durante este primer año era asimilada al alta. Durante los dos años restantes, el trabajador sólo tenía derecho a un reingreso preferente en la empresa. La Ley 4/95 de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, vino a modificar la redacción de la Ley 3/89, introduciendo importantes novedades: el derecho a la reserva de puesto de trabajo durante todo el período de excedencia y, en consecuencia, la

va, no es sino una suspensión del contrato propiamente dicha⁹, permite el mantenimiento del vínculo contractual y, en consecuencia, la pervivencia de ciertos derechos y obligaciones de las partes implicadas.

Con respecto a los primeros, surgen dudas acerca de una cuestión para la que no existe precepto específico en la regulación legal. La ausencia de una normativa «ad hoc» nos hace dudar sobre el derecho que tiene el excedente por cuidado de hijos a realizar actividad lucrativa durante el tiempo de disfrute de la excedencia. Al no existir tampoco previsiones al respecto cuando el contrato está afectado por alguna de las causas suspensivas, ni siquiera es posible recurrir a la aplicación analógica. Únicamente podemos acudir a los pronunciamientos jurisprudenciales existentes al respecto, a las opiniones doctrinales basadas en ellas y en la interpretación de las normas¹⁰.

posibilidad de reincorporación al puesto de trabajo tras la finalización del período total dedicado a la misma. A partir de la ley 4/95 entonces, y por deseo expreso del legislador, el régimen de la excedencia por cuidado de hijos será el propio de la excedencia forzosa.

⁹ Los efectos o consecuencias provocados por la excedencia forzosa, guardan una identidad sustancial con los que producen cualquiera de las causas de suspensión contractual. Existe una identificación entre la suspensión y la excedencia forzosa. La excedencia forzosa no es sino una suspensión propiamente dicha, y así la ha expuesto, desde hace años, buena parte de la doctrina. *Vid.*, las manifestaciones de VIDA SORIA, *La suspensión del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1965, p. 47; PEDRAJAS MORENO, *La excedencia laboral y funcionarial*. Montecorvo. Madrid, 1983, p. 445; RAYÓN SUÁREZ, *Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. Madrid, 1975, p. 72; PÉREZ ALONSO, *La excedencia laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995, p. 80 que da por supuesto que la excedencia forzosa es un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, ó GORELLI HERNÁNDEZ, *Las excedencias en Derecho del Trabajo*. Comares. Granada, 1998, p. 19.

Recordemos también que en el Texto del Proyecto del ET de 1980 sólo aparecía en el listado del artículo 45 el término «excedencia». Fue el Grupo Parlamentario Socialista el que presentó una enmienda en la que se determinaba «que sólo deberían entenderse como excedencia la de carácter voluntario y que todos los supuestos que venían conceptuándose como excedencia forzosa entraban dentro de los supuestos de suspensión». La intención del legislador fue, desde un primer momento, la de identificar la excedencia forzosa y la figura suspensiva.

¹⁰ En una primera aproximación la propia configuración jurídica de la suspensión hace inviable cualquier tipo de trabajo mientras actúa la causa suspensiva y, por tanto, la situación legal de suspensión. Así, en causas tales como la IT parece palmario que el mero trabajo desempeñado durante la suspensión podría poner en peligro la salud del trabajador afectado, contraviniendo, de este modo, la finalidad última de la institución. Desde este punto de partida, trabajo y suspensión por IT serían conceptos incompatibles. Sin embargo, una línea jurisprudencial admite que el trabajador pueda desarrollar ciertas actividades durante la suspensión por IT «siempre y cuando no perjudiquen el proceso curativo...ni el interés empresarial» y, claro está, si el trabajador no está vinculado por un pacto de plena dedicación. Otras causas tales como las técnicas, organizativas o de producción o las debidas a fuerza mayor que colocan al trabajador en situación legal de desempleo, permiten combinar el trabajo para otra empresa durante el período suspensivo, siempre y cuando no se incurra en concurrencia desleal prohibida. También podría-

Para algunos la realización de actividad laboral durante el período concedido para el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos parece ir en contra del espíritu o intención última de la figura. Si la finalidad de la norma al crear esta figura y darle identidad propia y diferenciada no fue sino proporcionar a los progenitores la oportunidad de abandonar el trabajo durante un plazo de tiempo para facilitar de este modo la crianza, educación y dedicación al hijo¹¹, es probable que la realización de un trabajo en este período dificulte este objetivo. Incluso se podría ir más allá y afirmar que el desempeño de actividad laboral puede suponer un incumplimiento de la obligación de buena fe¹² a la que debe atenerse el trabajador durante el período de la excedencia por cuidado de hijos¹³.

Sin embargo, puesto que no existe ninguna previsión legal expresa que regule las reglas de compatibilidad de la excedencia por cuidado de hijos

mos referirnos al caso de la huelga. Parte de la doctrina considera que el trabajador durante la huelga podrá realizar actividades para otra empresa, siempre que no sean relevantes para el empleador. *Vid.*, por todos, VIDA SORIA, «Efectos laborales del ejercicio del derecho de huelga» en la obra de AA. VV., *Ley de huelga*, (Instituto Sindical de Estudios). Madrid, 1993, p. 143.

¹¹ La normativa que afecta a la excedencia por cuidado de hijos evoluciona con el fin de que la crianza y el cuidado de éstos pueda hacerse sin temor a la pérdida de trabajo. La conciliación entre la vida familiar y la laboral va a permitir que la madre y/o el padre se dediquen durante el tiempo prefijado en la ley exclusivamente a su hijo pudiendo, después, volver a su trabajo; para los que parten de esa base, resulta difícil entender la necesidad de combinar trabajo y crianza de hijos durante un tiempo consagrado por la ley al cuidado del hijo en exclusiva.

¹² Para PEDRAJAS MORENO, *op. cit.*, p. 414, el incumplimiento de esta obligación podría ser sancionado con el despido del trabajador. Más recientemente, SEMPERE NAVARRO, «La Ley 39/99 de conciliación de la vida familiar y laboral y el ET», *Aranzadi Social*, 20/2000, considera que el hecho de que la excedencia sea para atender al cuidado del hijo no debe suponer una exigencia de dedicación directa e ininterrumpida; sin embargo, cree que hay pedir coherencia en el excedente «de modo que obraría fraudulentamente si aduce tal motivo para interesar la suspensión del contrato y lo que hace es cambiar de actividad productiva».

Tal es el caso que se contempla en la STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 1999 (Ar. 3569) en la que la trabajadora solicita la excedencia por cuidado de hijo e inicia el trabajo en otra empresa. Considera el Tribunal que esta actuación es contraria a lo que se contiene en el ordenamiento jurídico y que se está produciendo en fraude de ley (máxime si atendemos al supuesto concreto examinado en el que la trabajadora que celebró contrato con más de una empresa, en las que cesó, pretendía además percibir la prestación por desempleo).

¹³ La permanencia del deber de buena fe constituye, por una parte, muestra inequívoca de la existencia, o mejor dicho, persistencia, del vínculo contractual, durante la etapa *suspensiva*. Por otra parte, la pervivencia de esta obligación, a pesar de la interrupción, demuestra cómo su exigencia deviene fundamental en la protección de los intereses de los sujetos, de ahí que el trabajador (también el empresario) deba actuar conforme al principio general y al mismo tiempo abstracto de buena fe; y empleamos el término *abstracto* porque es bastante difícil concretar las conductas que deben ser exigibles al trabajador que disfruta de una excedencia por cuidado de hijos.

con el trabajo, otros ¹⁴ consideran adecuado aplicar el régimen de la excedencia voluntaria y compatibilizar, por tanto, con el ejercicio de actividades lucrativas que no representen una concurrencia o competencia desleal. También existen pronunciamientos judiciales en este sentido ¹⁵.

Ante estas posiciones doctrinales diversas nos preguntamos si el principio de buena fe exigible a un trabajador en excedencia por cuidado de hijos, debe entenderse referido al deber general de no trabajar —ya se perjudique o no con dicho trabajo al empresario— o se concreta únicamente en la prohibición de realizar actividades competitivas para el empleador sin el consentimiento de éste y perjudicando claramente su interés.

4. POSTURA DEL TRIBUNAL ANTE EL SUPUESTO PLANTEADO

En el análisis del caso concreto que nos ocupa, el Superior de Justicia de Madrid nos aclara la duda planteada al afirmar que la concesión de la excedencia por cuidado de hijos no aparece condicionada a una especial obligación de no desempeñar actividad laboral mientras se disfruta de la excedencia. La única condición legalmente impuesta está íntimamente relacionada con el fin propio de la figura, esto es, la atención y el cuidado del hijo, objetivo que puede cumplirse si la prestación del trabajo permite compatibilizar la vida familiar y laboral.

El hecho de que la actora pudiese realizar gran parte de su trabajo desde su casa, sin necesidad de asistir diariamente a la oficina, reuniéndose cada tres o cuatro días con su superior jerárquico y teniendo libertad de horario, hace presumir el cumplimiento de la finalidad última para la que se concedió la excedencia. Igualmente, estas circunstancias no legitiman al empresario para despedir a la trabajadora esgrimiendo el incumplimiento del deber de buena fe subsistente durante la excedencia.

No obstante, el Tribunal nos recuerda que una de las concreciones de este deber genérico de buena fe, proclamado en el artículo 5.a) y 20.2 de la

¹⁴ *Vid.*, como ejemplo, PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, p. 68, que afirma que ante el silencio de la ley, será posible compatibilizar el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos con el ejercicio de actividades lucrativas.

¹⁵ *Vid.*, STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de enero de 1994 (Ar. 372). Recientemente, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de abril de 2000 (Ar.4111) nos recuerda el contenido de esta sentencia al pronunciarse sobre la situación de una trabajadora en excedencia por cuidado de hijos, de acuerdo con el artículo 46.3 ET, en redacción dada por la ley 3/89. Para el Tribunal, de la contratación de la trabajadora en una nueva empresa no puede derivarse su baja voluntaria en la empresa en la que solicitó la excedencia pues, en opinión del Tribunal, nada impide que durante la excedencia por cuidado de hijos se presten servicios en una empresa distinta que, por sus características, pueda convenir más al trabajador durante ese período.



LET está en la obligación de no concurrir con la actividad de la empresa¹⁶. La obligación de abstención de competencia no tiene su fundamento ni su función en la efectiva prestación de trabajo, sino en el propio contrato¹⁷, por lo que no pierde en absoluto virtualidad en situaciones de interrupción de la prestación de trabajo. De tal modo que durante la excedencia por cuidado de hijos, la prohibición no radica en la prestación de otro trabajo, sino que se concreta en prestar un trabajo que pudiese competir *deslealmente* con la actividad que se realiza en la empresa donde ha cesado momentáneamente en la prestación de servicios.

Y es en este punto dónde el Superior de Justicia centra su atención. En sus argumentos se basa en reiterados pronunciamientos del Supremo acerca de la dimensión del deber de buena fe que, a juicio del Tribunal, se identifica con un principio general del derecho que impone un comportamiento conforme a determinadas valoraciones éticas y que actúa, por lo tanto, como condicionante o limitador del ejercicio de derechos subjetivos, con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; en el marco específico del desempeño de la actividad laboral se concreta o materializa en el deber legal de no hacer concurrencia desleal al empresario.

En el caso enjuiciado, el Tribunal considera que la concurrencia que lleva a cabo la actora debe reputarse desleal¹⁸ porque, en primer lugar, se aprecia un elemento intencional en la conducta de la trabajadora (al iniciar la relación laboral con la segunda empresa al día siguiente de comenzar el disfrute de su excedencia) lo que, según el juzgador, evidencia una planifi-

¹⁶ Recordemos a VIDA SORIA, «La suspensión... cit., p. 70 que hablaba de las tres típicas manifestaciones del deber general de fidelidad (la exigencia de buena fe sustituyó la vieja idea de fidelidad proclamada desde la doctrina en años anteriores): guardar secreto, deber general de lealtad y abstención de competencia ilícita

¹⁷ En este sentido se pronuncia CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. Madrid, 1977, p. 157.

¹⁸ La STS de 21 de marzo de 1990 (Ar 2203) establece que «no toda actividad adicional es concurrencia desleal, pero sí lo es aquella en la que el trabajador puede desviar clientela o aprovechar conocimientos adquiridos en la empresa a la que hace competencia, o prevalerse de la información que ha podido proporcionar la presencia en el interior de ésta». En sentido similar, STSJ de Navarra de 28 de abril de 2000 (Ar. 1017) que establece que es conveniente analizar en cada caso el tipo de relación de trabajo de que se trate, las características de los puestos y las del sector de actividad en que se cuestiona la producción de la concurrencia desleal. Considera, siguiendo a las STS de 22 de octubre de 1990 (Ar. 7707) y de 8 de marzo de 1991 (Ar. 1840) que «la concurrencia sancionable como desleal se produce cuando el trabajador despliega una actividad productiva en empresa distinta que tiene el mismo objeto que la que produce la competencia... y se produce cuando el trabajador utiliza el conocimiento profesional adquirido contra su principal...».

cación laboral y profesional de la que no se informó a la empresa, y en segundo lugar, las características del puesto de trabajo son esencialmente similares a las del puesto que se venía desempeñando antes de la excedencia, lo que evidencia que la actividad se realiza en el mismo sector, mismo mercado y un círculo de clientes similar, lo que puede provocar un desvío de clientela, así como un aprovechamiento de los conocimientos adquiridos en la empresa que le concedió la excedencia, y a la que sigue vinculada, originando un perjuicio para el empresario¹⁹. Todos estos son argumentos suficientes para considerar que la excedente ha incurrido en justa causa de despido, en base al artículo 54.2 d) ET, lo que legitima al empresario para poner fin a la relación laboral de la misma.

5. VALORACIÓN CRÍTICA

Esta posición judicial deja claro que durante la excedencia por cuidado de hijos se prohíbe únicamente la *concurrencia desleal* con el empresario originario²⁰. *A sensu contrario*, no se va a prohibir el desempeño de actividad laboral durante el disfrute de la excedencia, ni siquiera cuando el trabajador se dedique a una actividad similar a la de la empresa, pues si bien es cierto que el peligro de competencia desleal se va a dar entre aquellas empresas que oferten los mismos o equivalentes bienes y servicios o que se dirijan al mismo vínculo potencial de clientes, no podríamos calificar *a priori* la deslealtad de una actividad por el sólo hecho de presentar similitud con la que se venía desempeñando. No olvidemos que, desde hace años, la doc-

¹⁹ El juzgador considera que para calificar la deslealtad de una actividad laboral en otra empresa es intrascendente el eventual beneficio del trabajador y el perjuicio causado a la empleadora, bastando sólo su potencialidad. Se continúa así la línea jurisprudencial mayoritaria, que viene fijando el punto clave para determinar la deslealtad, no en la ventaja económica que pudiera o no haber obtenido el trabajador y el perjuicio ocasionado al empresario, sino en la vulneración de la lealtad debida a la buena fe recíprocamente exigible en las relaciones laborales *Vid.*, como ejemplos, STS de 20 de enero de 1990 (Ar. 170), STS de 17 de septiembre de 1990 (Ar.7014) y STS de 4 de abril de 1992 (Ar. 2292) y Sentencia del Juzgado núm. 3 de Navarra/Pamplona de 17 de febrero de 2000 (Ar. 158).

No obstante, desde un sector de la doctrina se aboga por la necesidad de que concurra un perjuicio real, no meramente potencial. *Vid.*, al respecto, NEVADO FERNÁNDEZ, *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*. Tecnos. Madrid, 1998, p. 105

²⁰ Según NOGUEIRA GUASTAVINO, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*. Aranzadi. Pamplona, 1997, p. 327. sólo ésta puede suponer un beneficio inmediato del trabajador, una ventaja económica para él, con perjuicio efectivo e indiscutible para los intereses empresariales, y una repercusión negativa en el vínculo contractual, al romperse «el esperable estándar leal de conducta».



trina científica más autorizada²¹ ha venido considerando que, atendiendo a los términos de la regulación estatutaria, no se prohíbe la *competencia simple* durante la relación de trabajo, por lo que mucho menos podrá hacerse cuando se disfruta de una excedencia.

En consecuencia, la situación de excedencia por cuidado de hijos *per se* no condiciona o limita el derecho del excedente a desempeñar trabajo en otra empresa más allá del propio deber general de buena fe que preside el desenvolvimiento de la relación laboral prohibiendo la realización de actividades competitivas desleales mientras perdure el vínculo jurídico y, en ocasiones, después de finalizada la relación laboral (art. 21.2 LET)²².

A nuestro modo de ver, en el ámbito dónde nos encontramos, las posturas doctrinales y judiciales deben tener un talante abierto y tolerante; sólo así podrán responder a las necesidades planteadas por la realidad socio-laboral actual en la que los progenitores intentan armonizar, de la mejor manera posible, el trabajo doméstico y el extradoméstico. Se trata, por tanto, de facilitar esta combinación de responsabilidades a través de una interpretación flexible de las figuras jurídicas creadas *ad hoc*. Quién solicita una excedencia en el trabajo que está desempeñando para cuidar a un hijo puede compatibilizar ese cuidado con otro trabajo que le deje más tiempo libre o le cree menos estrés que el que desempeñaba antes. El trabajo realizado durante la excedencia no tiene por qué contradecir el propósito que tuvo el legislador al prever la figura. Por el contrario, puede beneficiar no sólo al progenitor, que no se desvincula del mundo laboral, sino también a la situación familiar, en general, en cuanto que la economía doméstica no se ve afectada por la falta del trabajo, lo que, sin duda, va a redundar en beneficio del hijo²³.

No dudamos que el derecho a conciliar la vida familiar y laboral, a poder realizarse en el trabajo y fuera de él, es indiscutible y exige una inter-

²¹ Como ejemplo *vid.*, DURÁN LÓPEZ, «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», en *Comentarios a las leyes laborales. El ET*. Tomo V. Edersa. Madrid, 1985. p. 161. Afirma el autor, que tras la introducción del término «desleal» en la regulación del texto estatutario referido a la competencia, el alcance de lo que se permite es sensiblemente más amplio de lo que era posible admitir bajo regulaciones anteriores. (El artículo 73 la LRL de 1976 determinaba la obligación del trabajador a no hacer *concurrència* a su empresario ni a colaborar con quienes la hagan).

²² Recordemos que el legislador también prohíbe la prestación laboral de un trabajador para varios empresarios cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica. (Art. 21.1 LET).

²³ *Vid.*, en este sentido, BALLESTER PASTOR, «Las excedencias familiares: la larga agonia de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos». *Tribuna Social*, 68/1996 p. 26, Vislumbra la autora un beneficio indirecto del hijo al continuar el progenitor percibiendo una renta. No obstante, afirma, que aún sin detectar ningún beneficio del menor, el trabajo del excedente sería lícito.



pretación flexible de las normas por parte de los Tribunales que consiga adaptar la regulación vigente a las exigencias derivadas de un entorno social cambiante, en el que el protagonismo debe recaer no en el trabajador/a sino en las *personas* trabajadoras. Sin embargo, es evidente que la consecución de estos objetivos no puede lograrse a cualquier precio. Empresario y trabajador deben hacerse eco de sus derechos y deberes para evitar así el perjuicio de la contraparte.





PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

¿AUTISMO ENTRE JURISDICCIÓN SOCIAL Y CIVIL?: EFECTOS DE SENTENCIA ANULATORIA DE SEPARACIÓN SOBRE LA CUANTÍA DE LAS PENSIONES DE VIUDEDAD

STS, Sala de lo Social, de 20 de enero de 2004

SOFÍA OLARTE ENCABO *

SUPUESTO DE HECHO: una viuda demanda el derecho al percibo de la pensión de viudedad en su integridad pese a que estuvo separada de su marido durante un período comprendido entre el 16 de mayo de 1985 (en que se dictó sentencia de separación) y octubre de 1996 en que se reanudó la convivencia. Posteriormente al fallecimiento de su marido la viuda solicitó ante el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción que se dejara sin efecto la sentencia de separación recaída con anterioridad, a lo cual accedió el Juzgado dictando la correspondiente Resolución. El INSS, reconoció inicialmente el 100% del 45%, pero, posteriormente, vía revisión de oficio se modificó el derecho reconocido, declarando percepciones indebidas y fijando la pensión en un porcentaje inferior de la base reguladora (el 36,79% del 45%). Tras la denegación de la reclamación previa se interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 12 de Valencia, en la que se desestimó la demanda formulada. Posteriormente, la Sala de lo Social de TSJ Valencia desestimó el recurso de suplicación.

RESUMEN: El TS (Rec. 91/2003, Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez) desestima el recurso de casación para la Unificación de Doctrina, confirmando la STJ de Valencia, de 10 de septiembre de 2002, la cual, desestimando el recurso de suplicación, confirmó la dictada por el Juzgado

* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

de lo Social núm.12 de Valencia, absolviendo al INSS del pago de la pensión íntegra, por estimar que el cálculo ha de hacerse con sujeción estricta y proporcional al tiempo de convivencia, como señala literalmente la norma a aplicar, y aun cuando no haya que compartir dicha pensión con ninguna otra beneficiaria, tal y como efectivamente hizo el INSS.

ÍNDICE:

1. REFLEXIONES GENERALES SOBRE LAS PENSIONES DE VIUDEDAD EN LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL
2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STS DE 20-01-04
3. VALORACIÓN DE LAS APORTACIONES Y SU CONTRIBUCIÓN JURISPRUDENCIAL

1. REFLEXIONES GENERALES SOBRE LAS PENSIONES DE VIUDEDAD EN LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

La protección que nuestro sistema de Seguridad Social dispensa en los supuestos de muerte y supervivencia es quizá una de las que más variaciones ha experimentado desde la vigencia de la Constitución de 1978. El legislador ha ido adaptado puntualmente estas pensiones, en especial la de viudedad, a los cambios normativos del Derecho de Familia que sucedieron a la CE (legalización en España del divorcio) y, en general, a una cambiante realidad social, sin que se haya acometido una reforma rupturista y de calado, sin entrar en los cambios sociales que se plantean hoy, tales como proliferación de uniones de hecho, parejas homosexuales, referencias a la figuras como el acogimiento, diferencias por razón de sexo, entre otros.

Estamos además ante prestaciones que han sido objeto de una intensa judicialización y el tema que nos ocupa no hace sino confirmarlo, poniendo de manifiesto, además, el protagonismo judicial en la configuración de estas pensiones más allá de la letra de la ley.

Uno de los cambios normativos más importantes en el régimen jurídico de la pensión de viudedad tras la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio, fue la extensión de la protección por viudedad a los supuestos de separación y divorcio. Ello supuso la desaparición del hasta ese momento exigido requisito de convivencia para causar derecho a la pensión de viudedad.

Aunque el precepto vigente al respecto no es otro que el art. 174 LGSS, en el tema que nos ocupa aquí, por el valor interpretativo que pudiera tener, interesa hacer mención a la Orden de 13 de febrero de 1967, concretamente al art. 7.º que refiriéndose a la «viuda» exige la «convivencia habitual» con el sujeto causante y, en el caso de que medie separación judicial, la acreditación mediante sentencia firme de su «inocencia» en relación a la separación o la existencia de una obligación de alimentos del marido.

Es claro que este precepto, formalmente no derogado, habría de entenderse implícitamente derogado por contradicción con las sucesivas reformas legales impuestas desde el texto constitucional. Sin embargo, nos llama la atención que este precepto aluda y discrimine en función de las causas que están en el fondo de la decisión de separación (y actualmente habría que extender estas reflexiones al divorcio). Y aunque «la inclusión en la regulación anterior de la exigencia de la constatación de la inocencia de la viuda en la separación, para reconocerle la pensión obedecía a razones ideológicas y morales trasnochadas que no merecen más comentario»¹, consideramos que no es correcto ignorar absolutamente las causas y situaciones reales que existen, como por ejemplo pudiera ser la un caso de violencia doméstica, tal y como se ha sugerido por la doctrina científica².

Los problemas se centraban en los casos en los que el vínculo matrimonial ha experimentado vicisitudes al fallecer el causante, lo cual fue resuelto por la LGSS, actualmente el art. 174.2 TRLSS mediante la supresión del requisito de convivencia para el acceso a la prestación, por lo que se ha de acreditar que se está o se estuvo casado con el causante para devengar la misma. En cambio, la convivencia ha adquirido ahora una gran relevancia para la determinación de la cuantía de la prestación, habiendo optado el legislador por la regla de la proporcionalidad al tiempo de convivencia matrimonial, en los supuestos de concurrencia de varios beneficiarios.

Como es sabido la cuantía de la pensión de viudedad se calcula aplicando el porcentaje establecido por el legislador en cada momento a la base reguladora (recientemente incrementado, introduciendo ciertas dosis de solidaridad por el RD 1465/2001 y el RD 1425/2002). Actualmente, la regla general es el 48% de la base reguladora, si bien puede llegar a ascender al 70% en función de la acreditación de determinadas circunstancias que indiquen una situación de necesidad (frente el criterio básico contributivo).

La LGSS contempla ciertas reglas especiales en caso de ruptura del vínculo matrimonial y sucesión de vínculos de esta índole, previendo la distribución entre los posibles beneficiarios en proporción al tiempo de convivencia con el causante. Sin embargo, con ello no quedaban resueltos todos los problemas, ya que se cuestionó si la Disposición Adicional 10.3 de la Ley 3071981 por la que se establece la regla de la proporcionalidad debiera aplicarse sólo en los casos de concurrencia de beneficiarios o si también a los casos de un beneficiario único (por lo que pese al divorcio, separación o nulidad) ex cónyuge o cónyuge único separado tendría derecho a la totalidad de la pensión con independencia del tiempo de convivencia.

¹ DÍAZ AZNARTE, M.^a T.: *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, 2003, p. 112.

² DÍAZ AZNARTE, *op. cit.*, y LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Violencia doméstica y Seguridad Social», *Práctica Social*, núm. 57, p. 27.

En la doctrina científica se han defendido ambas posturas (la restrictiva o atributiva y la distributiva o extensiva³), mientras que en la jurisprudencia parece haberse seguido una interpretación extensiva con criterios correctores como el acrecimiento del período entre dos matrimonios se produciría en proporción para el ex cónyuge. Así en la STS u.d. de 21 de marzo de 1995, de la que en absoluto se deduce que el tiempo de no convivencia del cónyuge superviviente pase a beneficiar a la Seguridad Social (tesis restrictiva).

Muy al contrario, el TS en su Sentencia, u.d. de 21 de marzo de 1995, dejaba claro que existen dos realidades diferentes: una la del viudo (cónyuge superviviente con vínculo matrimonial vigente en el momento del fallecimiento del causante) y otra la del ex cónyuge beneficiario. Para el TS aquél tendía derecho a la pensión íntegra, mientras que éste sólo tendría derecho a la parte proporcional al tiempo de convivencia con el causante⁴.

Posteriormente el TS, en caso de un solo beneficiario, modificando su anterior doctrina, se inclina por la reducir la cuantía de la pensión en proporción al tiempo real de convivencia con el causante (SSTS de 23 de abril de 1998, de 17 de mayo de 1999, de 14 de julio de 1999, de 19 de enero de 2000, de 6 de marzo de 2000, de 17 de julio de 2000 y de 26 de septiembre de 2000, entre otras. Por tanto, el TS vuelve a la más estricta tesis atributiva, considerando el principio de proporcionalidad en todos los casos y sin matizaciones, en la línea de una intensa opción economicista que beneficia a los intereses recaudatorios de la Seguridad Social.

En todo caso, si algo pone de manifiesto el cambio de criterio es que ciertamente la ley no es clara, y desde nuestro punto de vista caben distintas interpretaciones posibles, razón por la que es perfectamente defendible la vigencia y aplicación del principio pro beneficiario del que tantas veces ha hecho gala nuestro TS y que últimamente parece olvidado, sin que haya habido ningún hecho normativo que lo imponga.

En el tema que nos ocupa se ha de añadir, además, algo importante y es que hasta ahora el TS no se había pronunciado en los casos de un solo cónyuge, con separación y posterior reconciliación con auto judicial que «deja sin efecto ulterior lo resuelto en proceso de separación», ex art. 84. del CC. Circunstancia ésta que proporcionaría una argumentación adicional a contrario de la mantenida por el TS. En efecto, a parte de invocar el principio pro beneficiario, ante una norma que no resuelve de forma clara ni se refie-

³ Vid. ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 1991, p. 155.

⁴ Vid. el comentario de esta Sentencia en PEÑA ALBIOL, S. y TEJERA GARCÍA, M.S.: «El derecho a la pensión de viudedad del cónyuge divorciado (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995)», *Tribuna Social*, núm. 26, 1996, pp. 59 y ss.



re expresamente al supuesto de hecho, aquí se produce un hecho adicional: la existencia de un auto que deja sin efecto lo resuelto en proceso de separación, y esto desde nuestro punto de vista es lo suficientemente importante como para decir que el art. 84 CC sólo reconoce efectos *ex nunc* a la decisión judicial de dejar sin efecto la separación. Ello aun mas cuando la sala primera del TS ha reconocido puntualmente efectos *ex tunc* a dichas decisiones, aunque ciertamente no en relación a la pensión de viudedad.

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STS DE 20-01-04

El supuesto de hecho enjuiciado sobre pensión de viudedad parte de el siguiente supuesto fáctico considerado probado. La actora estuvo casada y convivió interrumpidamente con el su esposo desde 9 de mayo de 1981 hasta que en fecha de 16 de mayo de 1985, obtuvieron sentencia de separación, que después dejaría sin efecto a instancia de la viuda, por Auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sagunto de fecha 12 de abril de 2000. Tras más de once años de separación, reanudaron la convivencia por reconciliación desde el mes de octubre de 1996 hasta el fallecimiento del causante, ocurrida el 9 de mayo de 1999.

El Juzgado de los Social núm. 12 de Valencia, dictó sentencia de 27 de noviembre de 2001, desestimando la demanda planteada por la actora, en la que se pedía el reconocimiento de una pensión de viudedad en cuantía equivalente al 45% de la base reguladora, frete a la decisión revisada del INSS de abonársela en un 36,79%, porcentaje proporcional al tiempo de convivencia con el causante.

Recurrida la Sentencia de instancia en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en Sentencia de 10 de septiembre de 2002 desestimó el mismo, al entender que la pensión se había calculado por la Entidad Gestora adecuadamente, vinculando el porcentaje al tiempo real de convivencia, pero excluyendo todo el período en el que no hubo vida en común, no reconociendo por tanto virtualidad sobre la pretensión de existencia de una decisión (un Auto) del Juzgado de 1.ª Instancia que dejó sin efecto la separación, aplicando el art. 84 del Código Civil a instancia de la demandante y después de fallecido su esposo.

La Sentencia que invoca la demandante como contradictoria para justificar la procedencia del recurso en unificación de doctrina, tal y como exige el art. 271 de la LPL (cuyos requisitos se cumplen en el caso analizado) es la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de noviembre de 2000. En ella, se viene a resolver un supuesto en el que los hechos, los fundamentos y las pretensiones son sustancialmente iguales a los de la sentencia recurrida, ya que se trata también de una

viuda que se separó legalmente de su marido, dejó de convivir durante unos años y después del matrimonio se reconcilió, instando judicialmente la acción correspondiente para dejar sin efecto la sentencia de separación, a lo que accedió el Juzgado de 1.ª Instancia. Esta sentencia de contraste llegó a la conclusión de que la reconciliación matrimonial judicialmente tramitada, aunque no se hubiese comunicado al Juez de la separación, había de surtir efectos eliminando los propios de la separación, y por ello, haciendo computable el período de no convivencia a los efectos de calcular el porcentaje de la pensión de viudedad, de manera que así se alcanzaba el 45% postulado.

El precepto infringido sería el art. 174.2 de la LGSS, en relación con el contenido del Disposición Adicional 10.ª de la Ley 30/1981, de 7 de junio, en cuanto establecen con redacción sustancialmente idéntica, a los efectos que nos ocupan que «en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en su cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o divorcio» y todo ello en relación con lo dispuesto en el art. 84 del Código Civil. Por tanto, lo que se trata de dilucidar es si la viuda demandante tiene derecho al percibo de la pensión en su integridad, otorgando efectos *ex tunc*, desde el principio, a la decisión judicial de dejar sin efecto la separación o, por el contrario, ha de hacerlo con sujeción al porcentaje que se extrae del tiempo de convivencia acreditada en sentido estricto.

El TS señala en su Fundamento Jurídico Tercero, sin embargo, otras sentencias en las que esta Sala ya ha conocido de una parte de la cuestión, «de una parte previa del problema planteado», en las sentencias de 25 de enero de 2000, de 21 de marzo de 2000, de 3 de julio de 2000 y de 26 de septiembre, entre otras. Y en todas ellas se ha analizado la situación de una divorciada o separada que reclamaba la pensión de viudedad a la muerte de su anterior marido, sin concurrir con ninguna otra beneficiaria, y en todos los supuestos se ha llegado a la conclusión de que la pensión de la sobreviviente debe ser proporcional al tiempo de convivencia, en los términos literalmente establecidos por la ley, «aun cuando no haya de compartir dicha pensión con ninguna otra beneficiaria».

Desde nuestro punto de vista, el único sentido que tiene la cita por parte del TS de esta línea jurisprudencial, al caso que nos ocupa es dejar bien sentado, que la regla de proporcionalidad si aplica con independencia de concurrencia o no de otra u otras beneficiarias, ya que lo determinante ha de ser el tiempo efectivo de convivencia. Sin embargo, desde nuestro punto de vista este planteamiento es superfluo, primero, por conocido y, segundo, porque la demanda no se basa en este argumento (la ausencia de otras beneficiarias con las que hacer un prorrateo proporcional) sino en otro bien distinto, la existencia de un Auto de deja sin efecto la separación judicial. Sin duda el TS pretende un efecto pedagógico, pero en el caso que nos ocupa produce



una cierta desviación de la atención, a un tema, por lo demás perfectamente conocido.

En efecto, en el tercer párrafo de este Fundamento Tercero el TS recoge literalmente el texto de su Sentencia de 21 de marzo de 2000, insistiendo en un problema y una doctrina que no es la que planea el supuesto de hecho aquí enjuiciado. En dicha sentencia, al igual que en las restantes citadas, se trata de supuestos de divorcio y se hacen reflexiones generales sobre la evolución histórico-normativa experimentada por esta prestación. Nos recuerda que la reforma de 1981 permitió el nacimiento de la pensión de viudedad en el caso de personas separadas o divorciadas, rompiendo con el tradicional requisito de exigencia de convivencia en el momento del hecho causante. Igualmente se alude a los problemas planteados por el régimen transitorio de 1991 en el que se señalaba de forma expresa la regla de la proporcionalidad al tiempo de convivencia, ya que la convivencia no constituía una condición exigible para el devengo de la prestación. Por tanto, recuerda el TS, parafraseando su Sentencia de 2000, se habrá de estar al tiempo de convivencia tanto en el caso de separados como de divorciados, con o sin concurrencia de beneficiarios.

El TS entra en el fondo del asunto en el cuarto párrafo de su F.J 3.º, al señalar «lo que no se resuelve en esa doctrina unificada es el problema que aquí se plantea frontalmente como decisivo para el percibo de la pensión postulada», que como hemos señalado es el de determinar los efectos que, sobre esa exigencia de tiempo de convivencia con el causante de la pensión, tiene el Auto del juez civil de dejar sin efecto una anterior decisión judicial de separación.

El art. 84 del Código Civil, que se refiere a la reconciliación en el procedimiento de separación, dispone: «La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquella en conocimiento del juez que entienda o haya entendido del litigio».

Para determinar el valor y alcance jurídico que se haya de reconocer por la jurisdicción al Auto del juez civil, el TS invoca a la doctrina científica y a numerosas sentencias de Audiencias Provinciales (por ejemplo la de 10 de abril de 2003, de Salamanca o la de 11 de noviembre de 2002 de Málaga), ya que no existen sentencias al respecto del propio TS que no ha abordado frontalmente los efectos jurídicos de la reconciliación matrimonial. Basándose en estas sucinto razonamiento o fundamento, el TS considera que los efectos derivados de la reconciliación ex art. 84 CC «no pueden tener efecto retroactivo, como así se desprende de la propia literalidad del precepto cuando se utiliza la expresión “sin efecto ulterior”».

Otro argumento del TS para justificar el alcance limitado de la reconciliación es el de la posibilidad de pervivencia de algunos de los efectos de la separación aún después de la reconciliación, como es el caso de las me-

didadas adoptadas en relación con los hijos (pfo. 2.º del art. 84.2 CC) o la separación de bienes subsiguiente a la separación matrimonial (art. 1443 CC).

Posteriormente, en el último párrafo del fundamento jurídico tercero, el TS se refiere a la cuestión central: la interpretación del art. 84 CC. Señala en TS que «en el referido precepto no se contiene ninguna expresión que pueda conducir a la interpretación de que la virtualidad de la decisión judicial sin efecto lo resuelto en el proceso de separación produzca el de hacer inexistente a los efectos de la convivencia el período en que la misma no existió, o como se dice en la sentencia recurrida «con relación a la prestación postulada, la reconciliación matrimonial dejó sin efecto alguno dicha separación». Por el contrario, el art. 84 CC únicamente establece que la reconciliación efectuada con arreglo al mismo deja sin efecto anterior lo que se hubiese resuelto en la decisión, en la sentencia de separación, pero en modo alguno puede suponer la eliminación de la realidad material que consiste en el hecho de que durante el tiempo que media entre la separación y la reconciliación no hubo vida en común o tiempo vivido, con el cónyuge fallecido, como dice literalmente el art. 174.2 de la LGSS, puesto que, además, la ausencia de vida en común es el efecto constitutivo, típico y más característico de la sentencia de separación matrimonial» (art. 83 CC)».

Por tanto, para el TS la separación que implica la no convivencia determina que ese período no sea considerado en el cálculo y cuantía de la pensión, sin ningún tipo de matización ni alusión a otras consideraciones. Y son estos escuetos razonamientos los que llevan al tribunal a desestimar el recurso de casación, sin condena de costas.

Desde nuestro punto de vista estamos ante una sentencia no del todo satisfactoria, ya que dedica más atención a fundamentar un problema ya resuelto, la aplicación de la proporcionalidad al tiempo de convivencia, aún en el caso de que sólo exista un beneficiario (tesis restrictiva), existiendo ya una consolidada línea jurisprudencial en este sentido. En contraste presta escasa atención a la cuestión nueva que en el supuesto de hecho se plantea y lo hace sin convicción y con escasez de reflexión y argumentos.

Por sugerir algunas líneas de reflexión:

- 1.º ante una duda interpretativa, por falta de expresa previsión legal ¿no es posible volver a invocar el principio pro beneficiario como principio interpretativo en este ámbito?
- 2.º creemos que es posible dar algún valor interpretativo a la Orden de 13 de febrero de 1967, art. 7, y entrar a considerar las causas de esa separación (malos tratos, alcoholismo, toxicomanía).

— es necesario adoptar una interpretación del término «convivencia» más flexible, en atención a la realidad social, tal y como sucedió con las prestaciones por desempleo no contributivas en el caso de los trabajadores extranjeros cuyas familias permanecían en los países de origen. En estos casos, la jurisprudencia primero, y la evolución normativa después se decantaron



a favor de un criterio flexibilizador en el que lo relevante era la dependencia económica del causante.

Desde nuestro punto de vista, la existencia de una reconciliación tras once años de separación es un hecho tan poco frecuente que exigiría al juzgador cuestionarse tanto las razones como cuál ha sido la relación económica y familiar de ambos cónyuges durante ese período, ya que es posible que aunque no existiera una convivencia en sentido estricto, hay indicios (puesto que ha habido reconciliación tras un lapso de tiempo amplio) que las relaciones no se rompieron, que hubo una proximidad y hasta es posible que perviviera el régimen de gananciales. Cuestiones éstas que no entra a considerar el TS, resultaría grotesco pensar en consideraciones moralistas tales como que el TS parece adoptar una rigidez moralizadora contra las separaciones, o, según se mire, antimatrimonialista (desincentivando la reconciliación). A parte de estos planteamientos absurdos, sólo hay un beneficiario de esta línea jurisprudencial: las arcas de la Seguridad Social. Y aunque éste sea un argumento legítimo, y hasta encomiable por la defensa de lo público frente a lo privado en los tiempos que vivimos, lo cierto es que este celo economicista choca con principios como la equidad, la ponderación y la proporcionalidad.

3. VALORACIÓN DE LAS APORTACIONES Y SU CONTRIBUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Hemos ya señalado los argumentos, los posibles argumentos a contrario y hemos hecho manifestación, con cierta vehemencia, de la STS de 20-01-04. Por tanto, en este momento de recapitulación, a modo de conclusión final, sólo nos queda por añadir algo que ya viene denunciando nuestra doctrina y es la necesidad de emprender un estudio serio que permita una reforma de calado de las prestaciones por muerte y supervivencia que permita una regulación más adecuada a la realidad social.

Hasta ahora se han producido puntuales y progresivas modificaciones legales que de forma atropellada tratan de ir poniendo «parches» a los desajustes continuos que un sistema trasnochado va planteando. Sin embargo, y esta Sentencia es un exponente de esta necesidad, es necesario un esfuerzo mayor y acometer una reforma global y amplia.

De otro lado esta Sentencia pone de manifiesto algo sobre lo que hemos pretendido llamar la atención, que no es otra cosa que la escasa vertebración del Derecho, que padece un continuo proceso de sectorialización sin idea de conjunto, como si todas las ramas, sectores y subsectores fueran piezas autónomas e inconexas. De este modo, como el Derecho es uno y todas sus divisiones son permeables, surgen problemas de descoordinación, de verdadero autismo jurídico.



Por ello, más y concretamente en lo que aquí nos ocupa y de cara a repensar la protección por muerte y supervivencia en el Derecho de la Seguridad Social, no se puede acometer una reforma de calado de espaldas al Derecho de Familia, hoy muy interesado precisamente en la mediación familiar. En esta línea los proyectos del Ministerio de Trabajo del nuevo gobierno sobre una ley integral sobre violencia de género ¿tendrán también en cuenta sus implicaciones en el ámbito de la Seguridad Social?





DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

EL ALTERNE Y LA PROSTITUCIÓN. LA LEGÍTIMA ASOCIACIÓN DE SUS PROTAGONISTAS Y LOS EFECTOS DE SU CONSIDERACIÓN LABORAL

Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2003,

ROBERTO FERNÁNDEZ VILLARINO *

SUPUESTO DE HECHO: La Asociación Nacional de Empresarios «Mesalina», (en adelante ASNEM) cuenta entre sus fines con (...) «la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales propios del sector empresarial al que pertenecen los asociados» y en cuanto a su actividad mercantil esta es, (...) «tenencia o gestión, o ambas, de establecimientos públicos hosteleros destinados a dispensar productos o servicios que tengan como público objetivo terceras personas, ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne y la prostitución por cuenta propia». (Artículo 3 de los Estatutos de la Asociación). Al depositar formalmente tales estatutos la Dirección General de Trabajo deniega la formalización de éstos alegando que «(...) en nuestro ordenamiento jurídico, esta actividad [prostitución por cuenta propia] no se encuentra regulada, estando únicamente tolerada» por otra parte la denominación empleada de Mesalina «(...) pudiera ser discriminatoria por razón de género respecto de las mujeres, pues de muchos es sabido el significado que Mesalina tiene en la lengua española».

Los hechos enjuiciados y las posiciones defendidas pueden resumirse como sigue: Por parte de ASNEM, se defiende la legalidad de su constitución desde una perspectiva, al menos aparente, de defensa de los intereses meramente empresariales de la actividad de alterne, comprendiéndose la pros-

* Abogado y Profesor Asociado, Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Departamento Anton Menger.

titución por cuenta propia como un instrumento delimitador de aquélla y no para inducir, promocionar, intermediar o cooperar con estas actividades (resultado de la modificación del artículo 3 de los estatutos de la asociación, reflejados singularmente en el Hecho Probado Tercero de la sentencia). Igualmente, ASNEM cree inadmisibles que se cuestione su denominación mercantil, cuando no se hizo mención alguna al respecto en el trámite de subsanación de estatutos de la asociación. Con el mismo objetivo de delimitar el ámbito sectorial, se alude a la obligación que tienen los futuros asociados de cumplir con los requisitos que se establecieron en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20.11.2001 [Jany y otras], concretamente en el concepto de asimilar la actividad de alterne a las «actividades económicas por cuenta propia» o «actividades no asalariadas» que figura en el art. 52 del Tratado CE (actualmente art. 43, tras su modificación), de este modo, la actividad de prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse un servicio prestado a cambio de remuneración, y por consiguiente, está incluida en ambos conceptos. En definitiva el criterio que defiende ASNEM para considerar la prostitución o alterne como actividad económica susceptible de generar intereses empresariales dignos de defensa en paridad con otras asociaciones de finalidad similar, es cuando aquélla es desarrollada por un *prestador de servicio* que la ejerce sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución, bajo responsabilidad propia y a cambio de una remuneración que se le paga íntegra y directamente». (Hecho probado Tercero). De contrario, la Dirección General de Trabajo, esgrime los argumentos arriba señalados; por una parte la actividad de la prostitución por cuenta propia no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, estando todo lo más tolerada. Por otra parte la denominación empleada de Mesalina pudiera ser discriminatoria por razón de género respecto de las mujeres, alegando las connotaciones que la denominación Mesalina tiene en la lengua española [Según el Diccionario de la Real Academia Española: «mujer poderosa o aristócrata y de costumbres disolutas»].

RESUMEN: La sentencia [AS 2003\3692] estima las pretensiones de la actora y considera el carácter mercantil de la misma, no sólo porque no se cuestionó en su momento procedimental administrativo oportuno, sino porque entiende que la actividad de la prostitución o el alterne son, —pese a la inexistencia de norma reguladora—, actividades económicas, en virtud del principio de libertad de empresa. En relación con su consideración laboral, la sentencia, en un intento de distinguir ambas figuras establece el límite en el contacto físico que conlleva la prostitución y que precisamente constituye el objeto de la transacción entre cliente y prostituta, resultado por ello ser una relación ajena al Ordenamiento Jurídico laboral.



ÍNDICE:

1. HECHOS CONTROVERTIDOS EN LITIGIO
2. LA CONSIDERACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN Y EL ALTERNE COMO ACTIVIDADES EMPRESARIALES QUE GENERAN INTERESES SUSCEPTIBLES DE DEFENSA Y PROTECCIÓN. CONTENIDO Y LÍMITES
3. LABORALIDAD DE LA PROSTITUCIÓN Y SUS REPERCUSIONES
4. CONCLUSIONES

1. HECHOS CONTROVERTIDOS EN LITIGIO

El presente caso toma cuerpo como consecuencia de las actuaciones desarrolladas por la Dirección General de Trabajo en el trámite de calificación del ámbito sectorial y de la finalidad de ASNEM. No sólo por cuestiones de forma, —objeciones a su objeto en el trámite administrativo oportuno—, sino sobre todo por la extralimitación en la calificación de materias cuya competencia corresponde a los órganos judiciales. La clave en cualquier caso reside, en la especial consideración de la materia objeto de calificación y en la relevancia que tal actividad puede conllevar. Sin duda, no deja de resultar paradójica la situación jurídica española y de muchas naciones de la Unión Europea, donde la inmensa mayoría de sus aspectos se encuentran exhaustivamente regulados y en cambio la prostitución, —sin duda la profesión más antigua del mundo—, en la que concurren multitud de aspectos económicos, de salud y sociales necesitados de protección, siga estando en un estadio legal simplemente inexistente.

No obstante y antes de empezar a trazar y comentar los aspectos más relevantes de la sentencia y a los efectos meramente conceptuales, conviene identificar dos términos que pueden parecer semejantes pero que a efectos formales y jurídicos no lo son: se trata de la *prostitución* y el *alterne*. Podemos definir la *prostitución*, como aquella prestación en la que una persona se compromete libremente a prestar servicios de naturaleza sexual a cambio de un precio cierto, o como se puso de manifiesto a propósito de la Sentencia de 20 de noviembre de 2001 (TJCE 2001, 314), Jany y otras, C-268/99 [prostitución por cuenta propia como actividad incluida en la libre circulación.]¹: (...) «se trata de una actividad por la que el prestador satisface, con carácter oneroso, una demanda del beneficiario sin producir o ceder bienes materiales». Por tanto, podemos afirmar que la prostitución es una relación ajena al Derecho del trabajo y muy cercana al trabajo por cuenta propia. Al contrario, la actividad de *alterne* se caracteriza por el hecho de que la «alternadora»², tiene como función la de captar clientes con la fina-

¹ Comentada en apartado segundo.

² Denominación utilizada por la STSJ de Andalucía, Málaga de 14 de julio de 2000 (AS 2000/5724).

lidad de que estos consuman productos propios del local donde se desarrolla la actividad propiedad del empleador; esta figura está más identificada con el derecho del trabajo cuando concurren los elementos identificadores de éste, tal y como tendremos ocasión de comprobar en el apartado tercero del presente estudio.

Conociendo esta realidad, la Asociación ASNEM pretende la defensa de los intereses que le son propios en los establecimientos donde se ejerzan ambas actividades. Frente a tal intención el litigio toma cuerpo en los siguientes hechos controvertidos:

1. *Cuestión de forma*: Falta de competencia de la Administración para denegar la formalización del depósito de los estatutos, en cuanto por imperativo del artículo 3 de la Ley 19/77 se tiene que instar, —a estos efectos—, a la autoridad judicial competente, actuación que no se ha solicitado transcurriendo 20 días desde el depósito de los mismos, y en consecuencia, adquiriendo la asociación personalidad jurídica propia. Tal controversia se resuelve por la sentencia en el sentido de entender ajustada a derecho la actuación de la administración por cuanto la circunstancia de que existan determinadas anomalías en los estatutos impide la inscripción de los mismos.
2. *Imposibilidad de que la administración cuestione determinados aspectos de los estatutos (el carácter mercantil de ASNEM) en un momento procedimental inadecuado*. Tal y como se pone de manifiesto en el fundamento jurídico tercero: «El artículo 2 del R.D. 873/77 en coherencia en este punto con el art. 74.3 de la L.O. limita una sola vez, la facultad de la oficina de apreciar vicios formales en el procedimiento registral y en este supuesto no se dio oportunidad a la Asociación para reconsiderar o subsanar su denominación, de tal modo que la autoridad administrativa, por exigencia del principio de eventualidad procedimental, no puede con motivo de la valoración de si un defecto no ha sido subsanado o no, apreciar otro distinto pues tal conducta produce indefensión al solicitante»
3. *Discusión en torno a la consideración de la denominación «Mesalina» como discriminatoria por razón de género*. Teniendo en cuenta la definición arriba señalada, la Audiencia Nacional desestima tal posibilidad por cuanto entiende que con ese término no se identifica a una colectividad de personas —las prostitutas—, sino que se utiliza desde la perspectiva de dar un nombre propio a la Asociación. En el mismo fundamento jurídico tercero: (...) «el uso del término Mesalina, por la Asociación no es calificador o definidor de género o especie, sino identificador de persona concreta, en otras palabras, no es empleado como nombre común sino como nombre propio y no tiene sentido una interpretación autorreferente que lleve a hablar de acto de discriminación contra uno mismo».



4. *Admisibilidad de que la administración «juzgue» la naturaleza jurídica del fenómeno del alterne y la prostitución, en consecuencia, el carácter mercantil de una asociación de empresarios que se dedica a tal actividad.* Sin duda, esta es la controversia más relevante desde un punto de vista jurídico, por cuanto la administración en trámite de subsanación de defectos pretende la supresión de los estatutos del término «prostitución por cuenta propia» alegando que aunque haya desaparecido su modalidad delictiva (antiguo art. 452 bis d) 1.º del Código Penal de 1973), no es una actividad regulada, estando exclusivamente tolerada (Hecho probado cuarto). Así pues, esta resolución en sede administrativa, puede suponer el cuestionamiento de la existencia de la actividad empresarial, rozando el ámbito de una decisión de corte material más que subsanación formal de los estatutos; Fundamento jurídico cuarto: «Lo primero que debemos tener en cuenta es que el control que ha efectuado la autoridad administrativa, excede del mero control formal que le encomienda la Ley. La petición de la supresión del término «prostitución por cuenta propia» roza el cuestionamiento de la actividad empresarial y por lo tanto se denuncia un vicio material más que formal que difícilmente puede entenderse subsanable con lo que el cauce impugnatorio natural sería el procedimiento de impugnación judicial más que el de subsanación administrativa».

2. LA CONSIDERACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN Y EL ALTERNE COMO ACTIVIDADES EMPRESARIALES QUE GENERAN INTERESES SUSCEPTIBLES DE DEFENSA Y PROTECCIÓN. CONTENIDO Y LÍMITES

El principal argumento planteado por la Dirección General de Trabajo considera que la prostitución por cuenta propia y el alterne no pueden generar efectos jurídicos por cuanto se trata de actividades que no cuentan con ninguna norma que regule directa o indirectamente su desarrollo y existencia. En el bien entendido que ambas se desarrollen entre personas mayores de edad en pleno ejercicio de su libertad, sin ningún tipo de coacción, engaño o abuso de situación de necesidad o superioridad.

Frente a este razonamiento la Audiencia subraya la aplicación del derecho constitucional de la libertad de empresa, sin que el ejercicio de ésta tenga que depender de la actividad reguladora y de desarrollo efectivo de la misma;

«La constitución reconoce la libertad de empresa sin hacerla depender de la mayor o menor diligencia reguladora de los poderes públicos. Pero es

que además el concepto de regulación es relativo. Y prueba de ello es precisamente la actividad de prostitución. Desde la perspectiva del Estado democrático de Derecho es una actividad regulada en cuanto el Código Penal, como constitución negativa, tipifica la prostitución que entiende incompatible con la ética constitucional y *a contrario sensu* de su texto, perfila la que ésta permite». (Fundamento jurídico quinto).

En cuanto a los límites para considerar a la prostitución como actividad susceptible de amparo jurídico, sólo tendrá tal consideración cuando aquélla se ejerza libremente. Sigue diciendo el mismo fundamento jurídico:

«(...) Al efecto la frontera no la fija el carácter altruista o remuneratorio del intercambio sexual, sino la libertad con que el mismo se presta. La relación pues no es antijurídica por razones causales (el chalaneo prestacional) o por el objeto del intercambio sino sólo en atención al consentimiento con que se presta el favor sexual sea porque la capacidad del arrendador está limitada menores o incapaces sea porque su voluntad está viciada, en el supuesto de los capaces. La regulación es pues clara. En el Estado democrático de derecho se rechaza el atentado a la de libertad, pero no el ejercicio de ésta. (...)»

En este sentido, la libertad de ejercicio de la prostitución se toma como referente para identificar la existencia de una actividad que no estando prohibida, genera efectos jurídicos. Al respecto se alega por parte de ASNEM la existencia de precedente en la Unión Europea, se trata de la sentencia de 20 de noviembre de 2001 (TJCE 2001, 314), Jany y otras, C-268/99 [prostitución por cuenta propia como actividad incluida en la libre circulación.]³. En esta sentencia se tratan aspectos comunes a la hora de analizar el carácter o naturaleza de la prostitución como actividad económica, así como la influencia que a este respecto genera el reconocimiento jurídico que tiene esta figura en determinados países de la Unión Europea.

El litigio resuelto por la Sentencia trae causa en que las actrices, nacionales checas y polacas, venían ejerciendo la prostitución por cuenta propia en los Países Bajos. Una vez ejercida durante un tiempo determinado, —con la contabilidad correspondiente y los contratos de arrendamiento oportunos—, solicitaron de la Administración holandesa un permiso de residencia que fue denegado, por no considerar la prostitución un trabajo o

³ En relación con la alusión a esta Sentencia, la Audiencia entiende al contrario que la Dirección General de Empleo que dicho pronunciamiento no juzga un supuesto de hecho distinto «sino el mismo supuesto desde otra perspectiva» concretamente, «no se cuestiona la opción legislativa de cada Estado sino la igualdad de tratamiento jurídico entre nacionales y comunitarios dentro de cada sistema».



profesión socialmente aceptado. En la fundamentación jurídica se hacen interesantes reflexiones sobre:

* Límites para el ejercicio de la prostitución: libertad de los sujetos intervinientes. (...) «el Estado miembro de acogida puede establecer excepciones a la aplicación de lo dispuesto en tales Acuerdos en materia de establecimiento, en particular por razones de orden público.

Sin embargo, como han señalado acertadamente el Gobierno del Reino Unido y la Comisión, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para que una autoridad nacional pueda establecer una excepción de orden público es necesario que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véanse las sentencias de 18 de mayo de 1982, Adoui y Cornuaille, asuntos acumulados 115/81 y 116/81, Rec. p. 1665, apartado 8, y de 19 de enero de 1999 [TJCE 1999\ 2], Calfa, C-348/96, Rec. p. I-11, apartado 21, así como, por lo que respecta a la interpretación de las disposiciones adoptadas en el marco del régimen de asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, la sentencia de 10 de febrero de 2000 [TJCE 2000\ 23], Nazli, C-340/97, Rec. p. I-957, apartados 56 a 61)».

* Valoración de conductas contrarias al orden público. «Aunque el Derecho comunitario no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores para la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios al orden público, no cabe considerar que un comportamiento es lo suficientemente grave como para justificar la imposición de restricciones a la entrada o a la estancia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de otro Estado miembro si, cuando el mismo comportamiento proviene de sus propios nacionales, el primer Estado no adopta medidas represivas u otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir este comportamiento (véase la sentencia Adoui y Cornuaille, antes citada, apartado 8).

Por consiguiente, los comportamientos que un Estado miembro acepta cuando se trata de sus propios nacionales no pueden considerarse una verdadera amenaza para el orden público en el contexto de los Acuerdos de asociación Comunidades/Polonia (LCEur 1993\ 4536) y Comunidades/República Checa (LCEur 1994\ 4842). Así pues, la posibilidad de aplicar la excepción de orden público prevista en los artículos 53 y 54 de dichos Acuerdos, respectivamente, está supeditada, por lo que respecta a los nacionales polacos y checos que deseen ejercer una actividad de prostitución en el territorio del Estado miembro de acogida, a la condición de que dicho Estado haya adoptado medidas efectivas para controlar y reprimir igualmente las actividades de este tipo ejercidas por sus propios nacionales».

* Connotaciones morales en el ejercicio de la prostitución. (...). «Por lo que se refiere a la inmoralidad de la actividad de prostitución, evocada por el órgano jurisdiccional remitente, procede recordar también que, como ha declarado el Tribunal de Justicia, no le corresponde sustituir por la suya

la apreciación de los legisladores de los Estados miembros en los que una actividad supuestamente inmoral se practica legalmente (véase, en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, la sentencia de 4 de octubre de 1991 [TJCE 1991\ 273], *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, C-159/90, Rec. p. I-4685, apartado 20, y, en relación con las loterías, la sentencia de 24 de marzo de 1994 [TJCE 1994\ 43], *Schindler*, C-275/92, Rec. p. I-1039, apartado 32)».

* La consideración de la prostitución como una actividad económica. «(...) procede examinar también si la prostitución ejercida por cuenta propia puede considerarse una actividad económica en el sentido de los artículos 44, apartado 4, letra a), inciso i), del Acuerdo de asociación Comunidades/Polonia (LCEur 1993\ 4536) y 45, apartado 4, letra a), inciso i), del Acuerdo de asociación Comunidades/República Checa (LCEur 1994\ 4842). Los Gobiernos neerlandés y belga no lo creen así. Por el contrario, según el Reino Unido, la prostitución es manifiestamente una actividad de carácter comercial.

A este respecto, procede señalar que, a tenor de los artículos 44, apartado 4, letra a), inciso i), del Acuerdo de asociación Comunidades/Polonia (LCEur 1993\ 4536) y 45, apartado 4, letra a), inciso i), del Acuerdo de asociación Comunidades/República Checa (LCEur 1994\ 4842), el principio de no discriminación recogido en el apartado 3 de dichos artículos se refiere al derecho a iniciar y proseguir actividades económicas por cuenta propia, así como al derecho a establecer y gestionar empresas.

Los artículos 44, apartado 4, letra c), del Acuerdo de asociación Comunidades/Polonia (LCEur 1993\ 4536) y 45, apartado 4, letra c), del Acuerdo de asociación Comunidades/República Checa (LCEur 1994\ 4842) definen las actividades económicas como «las actividades de carácter industrial, comercial y artesanal, así como las profesiones liberales».

(...) Así pues, la prostitución constituye una prestación de servicios remunerada que, como resulta del apartado 33 de la presente sentencia, está comprendida en el concepto de «actividades económicas».

La actividad de prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse un servicio prestado a cambio de remuneración y, por consiguiente, está incluida en ambos conceptos».

* Legalidad de la actividad de prostitución. Requisitos. (...) «Corresponde al juez nacional comprobar en cada caso, habida cuenta de las pruebas que se le presenten, si se reúnen las condiciones que permiten considerar que la prostitución se ejerce de manera independiente, a saber:

- «sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución;
- bajo responsabilidad propia, y
- a cambio de una remuneración que se paga íntegra y directamente a quien la ejerce».



3. LABORALIDAD DE LA PROSTITUCIÓN Y SUS REPERCUSIONES

Asentado por los precedentes que la prostitución y el alterne pueden considerarse como actividad económica, toca analizar —a partir de esta premisa—, los elementos que constituyen e identifican la relación laboral y muy especialmente las repercusiones jurídicas que plantea tal afirmación.

En relación con lo primero, la Audiencia hace referencia expresa a determinados precedentes judiciales donde se ha discutido la naturaleza laboral del alterne por albergar elementos típicos del contrato de trabajo: (...) «la Sentencia del T.S. de 14-5-85 calificó como relación laboral la de “la señorita de alterne” que presta servicios a un club, consistentes en la permanencia en el mismo, en horas fijas cada día, para la captación de clientes varones, mediante su atractivo, cobrando 1.500 ptas. por día y el 50% de las consumiciones por ella conseguidas y la S.T.S. de 4-2-88, recordando la jurisprudencia contenida en las anteriores sentencias del mismo Tribunal de 14-5-78, 3-3-81 y 25-2-84 consideró que constituye contrato de trabajo la actividad que desarrollaba la demandante de nacionalidad marroquí, propia de las señoritas denominadas “de alterne” entre las 19 y las 3 horas en diversos establecimientos propiedad de la demandada, percibiendo el 50% de los gastos ocasionados por los clientes». (Fundamento Jurídico Sexto).

Así pues, la figura del alterne puede identificarse plenamente con la relación laboral si reúne todos los elementos configuradores del Derecho del Trabajo recogidos en el artículo 1 del E.T.⁴ Disponemos de pronunciamientos jurídicos que han compartido tal decisión siempre y cuando se identifique con claridad la concurrencia de los siguientes factores:

⁴ Sentencia TSJ de Andalucía, Málaga (AS 2000/5724) de 14 de julio de 2000: (...) «para determinar la existencia de una relación laboral lo esencial es establecer la concurrencia de las notas de ajeneidad y dependencia a las que se refiere el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, que la prestación de servicios contratada se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, y por tanto con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma». En el mismo sentido Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de diciembre de 2003 (AS 2003/3638): (...) «la relación laboral no este limitada por las clasificaciones o incluso por aplicaciones de Convenios Colectivos, sino que existe cuando concurren las notas características del contrato de trabajo, es decir voluntariedad, remuneración, ajeneidad y prestación dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa (...)». En esta misma sentencia se pone de manifiesto como incluso esta misma actividad es demandada por los empleadores a través de ofertas en los servicios públicos de empleo: «(...) solicitan de la Oficina de Empleo dos puestos de lo que denomina «camarera de alterne», cuyo puesto de trabajo ahora se pretende ignorar, consistiendo la realización del trabajo en incitar a los clientes al consumo de bebidas en el establecimiento y con una jornada completa de veintiuna a cinco horas, derivándose pues la existencia de una perfecta relación de trabajo que conlleva el alta en el Régimen General de la Seguridad Social».

- ❑ Que la prestación se desarrolla por cuenta ajena⁵,
- ❑ en el local del empleador⁶,
- ❑ bajo su dependencia⁷
- ❑ y asumiendo éste el riesgo y ventura de aquéllas prácticas,
- ❑ retribuyendo en consecuencia tales servicios⁸.

No obstante la distinción entre el *alterne* y la *prostitución*, tiende a ser forzada⁹ o confundida por cuanto en no pocas ocasiones se identifican en la realidad ambas actividades en una misma *jornada*. Sirva como ejemplo la sentencia del STSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2003 (2003/3211), en donde las mujeres prestan sus servicios en un horario concreto y determinado: ocho horas de alterne y una de prostitución, cobrando por cada una de ellas cantidades distintas. En relación con este particular la Audiencia, —en un loable intento de distinguir ambas actividades—, presenta el criterio del contacto físico como elemento propio de la prostitución y objeto mismo

⁵ Término utilizado en sentencia del TSJ de Andalucía Málaga (*vid.* en nota anterior), así como en Sentencia del TSJ del País Vasco de 13 de noviembre de 2001 (AS 2002/5724), y en las referidas en sentencia de la Audiencia, del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1981 (RJ 1981/1301), de 25 de febrero de 1984 (RJ 1984/923), de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987/7172) y de 4 de febrero de 19888 (RJ 1988/571)

⁶ Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de diciembre de 2003 (*vid.* en nota 4) donde se percibe con claridad la existencia y propiedad de local, donde se les facilitaba unas taquillas con sus llaves para guardar sus efectos personales.

⁷ En relación con el concepto de dependencia en el ámbito de actividad de la prostitución ha tenido una interesante conceptualización en dos pronunciamientos, la referida Sentencia del STSJ de Málaga (*vid.* Nota 4) así como la sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 7 de abril de 1998 (AS 1998/2024), donde se establece: (...) «ha de tenerse en cuenta en el supuesto que nos ocupa que la concepción tradicional del requisito de “dependencia”, ha venido flexibilizándose en el sentido de no entenderse por tal una “subordinación rigurosa y absoluta”, sino como una “inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial”» (...) «el hecho de que las trabajadoras pudieran gozar de amplia libertad para realizar sus funciones de captación de clientela no desvirtúa la relación laboral dado que, la mayor o menor flexibilidad en el ejercicio de la facultad de dirección del empleador depende de la propia naturaleza de las tareas encomendadas al trabajador, y en el caso de las referidas chicas de alterne, al requerir gran iniciativa personal y libertad de actuación, es claro que el control de la empresa sea menos exigente que en otro tipo de actividades», por ello, resulta suficiente a los efectos de establecer el requisito de dependencia el que el trabajador se encuentre «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona».

⁸ Entre otras las ya conocidas STS de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987/7172), STSJ de Málaga (*vid.* nota 4), Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de diciembre de 2003 (AS 2003/3638) (*vid.* Nota 4): (...) «las demandadas ejercen su trabajo de manera voluntaria, perciben una remuneración a retribución por parte del recurrente consistente en el 80% de las consumiciones, llevando un control específico de las mismas para lo cual entrega una ficha por cada consumición, efectuando la liquidación al final de la jornada» (...).

⁹ En parecido sentido se manifiesta BENLLOCH SANZ, P. «¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de alterne. Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2003». *Aranzadi Social*, núm. 17/2003.



de la transacción entre cliente/prostituta: (...) «Es decir nuestra jurisprudencia ha incluido en la relación laboral en el supuesto de concurrir la ajeneidad y la dependencia organizativa a la prestación de servicios de «alterne» que aunque no identificable con la de prostitución, supone precisamente el límite prestacional con ésta un límite fisiológico pues el favor sexual no puede ser objeto de subordinación empresarial y un límite jurídico entre el trabajador por cuenta ajena relación de alterne y el trabajador por cuenta propia relación de prostitución (entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios en definitiva).

Hecha estas apreciaciones y en el plano de la reflexión sobre las consecuencias del carácter laboral de la actividad del alterne, no son pocas las incertidumbres que se vislumbran de un eventual reconocimiento legal (sea cual fuere su naturaleza) o bien tácito a través de acudir a los tribunales esgrimiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto. En la propia sentencia aparecen varias menciones a los efectos que generaría tal consideración en el plano de las relaciones laborales. Así los estatutos de ASNEM no son ajenos al resto de sus semejantes al regular entre los fines e intereses que pretende defender: (...) «la negociación colectiva laboral, el planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, el diálogo social, la participación institucional de los organismos públicos de las Administraciones laborales y cualesquiera otros que se deriven lógicamente de los anteriores».

Por otra parte, en la sentencia se señala como ASNEM, clarificó el sector de actividad que desarrollaba en el sentido de ofrecer un más adecuado ámbito funcional a una posible situación de negociación colectiva: (...) «No obstante la propia Asociación se avino a subsanar la mención estatutaria de ese término, y lo aclaró adicionando la extensa explicación que consta en el relato histórico considerando también que se trataba de un elemento descriptivo necesario para independizar su actividad, de otras del ramo hostelero, lo que es coherente con la propia fisiología de estas Asociaciones Empresariales que nacidas para actuar en un ámbito laboral de negociación colectiva necesitan una definición de su actividad lo más exhaustiva posible». (FJ 4).

Entendemos que la Audiencia legitima la posibilidad de que las personas que desarrollan esta actividad puedan constituir los mismos mecanismos de representación y defensa de intereses y derechos, al igual que, como en el presente caso, han legalizado asociaciones los empresarios. Sin embargo, se aprecian determinadas circunstancias que nos hacen percibir la complejidad de tal idea, entre otras, la dificultad en distinguir el alterne de la prostitución, las considerables diferencias sociales que pueden existir entre estas personas o la irrupción del fenómeno de la inmigración. En definitiva, elementos que dificultan la integración de estas personas en un colectivo que luche por intereses comunes.

Por otra parte y de considerar la actividad de alterne como relación de trabajo, no debe pasar inadvertida la necesidad de redefinir o readaptar los elementos nucleares del derecho del trabajo a esta actividad, entre éstos podemos citar, la noción flexible de la dependencia (mayor flexibilidad de horarios), así como la manera en la que tienen que desarrollar sus distintos servicios, pero sin dejar pasar otros elementos fundamentales del derechos del trabajo, como por ejemplo, en materia de movilidad funcional (realización de varias tareas dentro de los locales) o modificación sustancial de condiciones de trabajo (horarios, rotación geográfica a otros locales del mismo empleador, etc), todo ello sin olvidar aspectos tan importantes como la protección social de estas personas (IT, maternidad, desempleo, Incapacidades o jubilación entre otras), o el encuadramiento en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, el alterne en el Régimen general y la prostitución como actividad susceptible de incluirse en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia.

4. CONCLUSIONES

Tras el estudio de la sentencia podemos concluir que, a todos los efectos, la actividad de la prostitución o de alterne constituyen un sector susceptible de amparo jurídico, sin que la inexistencia de normativa específica que lo regule resulte impedimento alguno para derivar relevantes efectos jurídicos. Sin duda uno de los objetivos más importantes lo constituye el derecho de asociación que se erige en el primer estadio para la unión de un colectivo que pretende lograr fines más ambiciosos, entre los que podría estar el reconocimiento legal ambas figuras.

En relación con la política legislativa y como bien se pone de manifiesto a través de una velada crítica en el texto de la sentencia de la Audiencia, destaca el olvido histórico al que se ha visto sometida esta actividad: (...) «Sólo desde la perspectiva del Estado social de Derecho podemos identificar una falta de previsión legislativa, una carencia de sensibilidad normativa en orden a acometer y cercenar los múltiples problemas que desde ámbitos tan diferentes como la marginación, las relaciones de vecindad y urbanidad la sanidad o la economía sumergida, plantea la realidad social de la prostitución. Pero la demandante es manifiestamente ajena a esta responsabilidad y no puede perjudicarle una preterición legislativa» (Fundamento Jurídico sexto).

Los motivos o el origen de este hecho quizás residiría en alguno de los problemas que se pretenden solucionar a través de su regulación, entre otros, el de la economía sumergida, —que crea intereses encontrados entre empresarios y prostitutas—, o la diferencia de *clases* dentro del sector que provoca desunión, falta de concienciación ante problemas comunes, y en definitiva,



tal y como se reflejaba en el apartado anterior, las dificultades de las prostitutas para colectivizar sus intereses. Tal afirmación nos sirve para presentar otra de las causas o efectos de la actividad, y es que realidad social y prostitución están íntimamente vinculadas; desajustes sociales tales como la falta de oportunidades, precariedad laboral, marginalidad o violencia de género repercuten en la aparición del fenómeno ¹⁰. Todo ello sin olvidar la influencia de los flujos migratorios, y el hecho de que sea la prostitución el caldo de cultivo ideal donde abundan más personas sin tener regularizada su situación y por tanto un sector proclive a la comisión de delitos como el tráfico de mujeres y menores ¹¹, o la violencia de género ¹².

Por lo que respecta a la iniciativa legal en el ordenamiento jurídico laboral, la clave esta en la complejidad de distinguir entre alterne y prostitución cuando coinciden a lo largo de una misma jornada. Ello plantea la coincidencia de dos ámbitos reguladores distintos, alterne por cuenta ajena y prostitución por cuenta propia, sin duda, elementos que por su singularidad y especialidad, podrían encontrar acomodo en la elaboración de una normativa de relación laboral de carácter especial, con aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores, una normativa que debe despejar las dudas e incógnitas que se siguen manteniendo y que fueron trazadas en el apartado

¹⁰ En este sentido téngase en cuenta la definición que ofrece sobre la prostitución femenina GARRIDO GUZMÁN, L, en «La prostitución: Estudio Jurídico y criminológico» Madrid, ed. Edersa, 1992, «un sistema en el cual las mujeres se dejan atrapar como consecuencia de su miseria económica, de su falta de instrucción cultural, de su ausencia de formación profesional, de las carencias afectivas y educativas de su infancia y su adolescencia, y de los conflictos psicológicos y sexuales padecidos en su juventud».

¹¹ (...) «La llegada de inmigrantes a nuestro país, ha motivado una mayor actividad de vigilancia por parte de la Guardia Civil sobre los clubes de alterne que operan en Andalucía. Como consecuencia de estas actuaciones, entre los años 1998 y 1999 fueron desarticuladas un total de 47 redes dedicadas a la explotación sexual de mujeres en nuestra Comunidad Autónoma. A nivel nacional, según datos del Ministerio del Interior, en el año 2000 se desarticularon 84 redes de prostitución y fueron detenidas 381 personas. En el año 2001 esta cifra ascendió a 119, siendo también detenidas 521 personas». Datos extraídos del informe: «La prostitución: realidad y políticas de intervención pública en Andalucía» elaborado por el Defensor del pueblo andaluz, D. José Chamizo Rubia de abril de 2002.

¹² En el mismo Sentido BENLLOCH SANZ, (*vid.* nota 9) (...) «en la actualidad, existe una evidente vinculación entre la prostitución y el fenómeno migratorio de la que se derivan cuestiones de indudable trascendencia, como la violencia de género o el tráfico de mujeres y menores. Como no podía ser de otra manera, esa conexión entre ambos fenómenos ha provocado un gran número de pronunciamientos judiciales, singularmente en materia de expulsión de extranjeros. En efecto, el artículo 26.1 f) RCL 1985\ 1591 de la derogada Ley Orgánica 7/1985 (RCL 1985\ 1591) de derechos y libertades de los extranjeros consignaba como una de las causas de expulsión la permanencia en España careciendo de medios lícitos de vida. Pues bien, nuestros tribunales, han venido considerado de forma casi unánime que la actividad de alterne puede considerarse como medio lícito de vida, evitando con ello que se produjese la aplicación de aquella medida.

anterior. Quizás esta iniciativa legal sea más factible que la regulación sectorial a través de la negociación colectiva, sobre todo por las dificultades ya analizadas de unión en defensa de los intereses de las prostitutas. Sin embargo, la legalización del contrato de trabajo para esta actividad plantearía determinadas incertidumbres en otros órdenes, como por ejemplo, el hecho de que la regularización genera, facilite o favorezca el efecto contrario al deseado, esto es, el incremento de los casos de trata de mujeres, redes ilegales de inmigración, abaratamiento de la mano de obra al tener que hacer frente a los costes de la legalización o el fomento del proxenetismo entre otras ¹³.

En definitiva la Sentencia de la Audiencia Nacional abre el debate en torno a la legalidad de la actividad de la prostitución y el alterne en el ordenamiento jurídico español, desde la perspectiva de la legítima asociación de sus protagonistas para defender la generalidad de los derechos e intereses que le son propios. Fundamenta tal pretensión en el libre ejercicio de la libertad de empresa sin que sea obstáculo la inexistencia de derecho positivo que reconozca y regule su desarrollo. A partir de aquí no son pocas las dudas e incertidumbres que se plantean con o sin la regulación de su ejercicio por parte de los poderes públicos, quizás lo que no deba pasarse por alto sea la desprotección, precariedad, y abusos en todos los órdenes jurisdiccionales que a menudo se generan en un sector que demanda acciones concretas en algún sentido.

¹³ Entre otros pronunciamientos, Sentencia del Juzgado de lo Social de Vigo núm. 9 de enero de 2002: (...) «pero aun no cerrando los ojos a la evidencia o incluso la necesidad de tener que legitimar esa actividad, nunca lo sería por cuenta ajena porque también sería cerrar los ojos al hecho de que, considerar esas relaciones como contrato de trabajo, sería tanto como dejar vía libre y constituirse en cauce legal para la trata de mujeres o las redes ilegales de inmigración, que integradas por traficantes dirigen a las mujeres a la industria del sexo y a los mercados de mano de obra barata, ya que su control escaparía a toda posibilidad de legalidad al estar amparados por la posible licitud». O más recientemente Sentencia Tribunal Superior de Justicia de 12/01/2004 (en prensa) que tras poner de manifiesto la laboralidad de 12 prostitutas obligando a dar de alta a las mismas, en voto particular se subraya que el dueño del local «podría exigir a las interesadas el cumplimiento de las tareas contratadas, aún en contra de su libertad» si se le reconocen las «facultades y derechos derivados de su condición de empleador y los poderes directivos y organizativos». Así pues, la actividad empresarial sería «ilícita, por contraria a la ley» al «facilitar el ejercicio de la prostitución con evidente peligro de que ésta sea forzada o no libre» y la consiguiente «vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sexual». En definitiva y para evitar tales situaciones se alega el ejercicio de la plena libertad como garante para evitar tales situaciones, pudiendo las prostitutas «abandonar la actividad en cualquier momento, respetando así plenamente su libertad personal».



EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL Y DERECHOS DEL TRABAJADOR

STC 192/2003, de 27 de octubre

ESTHER CARRIZOSA PRIETO *

SUPUESTO DE HECHO: en enero del 2000, la empresa «Frutas Hermanos Martínez» comunica, mediante escrito fechado el 26 de enero, el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual a uno de sus trabajadores que desempeñaba tareas de peón agrícola en las instalaciones de la misma. Como motivo de despido, la empresa alega constarle fehacientemente que el trabajador ha prestado servicios para otro empleador durante el mes de diciembre de 1999, concretamente los días 23, 27 y 28, mientras disfrutaba del periodo vacacional retribuido por la prestación de servicios que realizada para la empresa «Frutas Hermanos Martínez».

El trabajador impugna el despido disciplinario ante el Juzgado de los Social núm. 4 de Murcia, que desestimó el recurso por resolución de 12 de abril del 2000 al entender que el periodo vacacional retribuido, de obligado cumplimiento para ambas partes, ha de destinarse a «recuperar fuerzas», razón que justifica la prohibición de realizar prestación de servicios tanto para el mismo empleador como para otros empleadores, por lo que considerara la mencionada conducta transgresión de la buena fe contractual.

Contra dicha sentencia el trabajador interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, solicitando la revisión de los hechos probados en base a la prueba testifical y de confesión. El 19 de junio del 2000, el Tribunal dicta sentencia desestimatoria, argumentando que el trabajador con su conducta estaba defraudando, independientemente de que cobrara o no por su prestación de servicios, a la

* Becaria FPD. Universidad Pablo de Olavide

empresa que retribuye el periodo de descanso para que el trabajador «se encuentre en plenas condiciones», puesto que el periodo vacacional le incumbe al trabajador como un derecho indispensable en bien propio y de la empresa.

El trabajador interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por auto de 10 de mayo de 2001. Finalmente, entabla recurso de amparo frente a las resoluciones mencionadas, alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por incongruencia omisiva y falta de motivación de las resoluciones judiciales.

RESUMEN: el Tribunal Constitucional, en adelante TC, admite el recurso de amparo por considerar lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que declara nulas las resoluciones judiciales por contener una interpretación arbitraria de la buena fe contractual y, como consecuencia de ello, una inadecuada motivación de las mismas.

ÍNDICE:

1. LA BUENA FE CONTRACTUAL COMO CAUSA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
2. LA DOCTRINA DEL TC EN EL PRESENTE CASO
3. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO LÍMITE INFRANQUEABLE PARA LA RELACIÓN LABORAL

1. LA BUENA FE CONTRACTUAL COMO CAUSA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La buena fe, como categoría que rige las obligaciones en el ámbito contractual, se ha convertido, sobre todo al hilo de su utilización por la jurisprudencia del TC y, por tanto, como tema de estudio por la doctrina científica, en un concepto polémico y criticado. Las críticas se han vertido fundamentalmente en relación con la concepción objetiva de la buena fe¹. Desde

¹ La doctrina diferencia entre una vertiente subjetiva, que consiste en la creencia de que con una determinada conducta no se daña el interés ajeno, y una vertiente objetiva, que consiste en adecuar las conductas de los distintos sujetos a reglas de honestidad y fidelidad; DE LOS MOZOS, J.L., *El Principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Barcelona, Bosch, 1965, pp. 57 y ss. Esta concepción se recoge en el art. 7.1 del CC: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», y 1258 CC: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimien-

esta perspectiva, la buena fe se configura como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos y, por tanto, de los derechos plasmados en la Constitución, sean o no fundamentales, que se dirige prioritariamente a evitar el abuso en el ejercicio del derecho, de tal forma que, constatado éste, la protección que se dispensaba al titular del derecho desaparece. En este sentido, las controversias doctrinales surgen no tanto en relación con la naturaleza jurídica de la buena fe, ampliamente reconocida como principio general del Derecho, como sobre la normativa en que viene reconocida, de manera que, otorgándole un reconocimiento legal, que no constitucional, se cuestiona su legitimidad para limitar el ejercicio de los derechos constitucionales².

En el ámbito laboral, el concepto de buena fe aparece entre los deberes laborales del trabajador que se regulan en el art. 5 del ET, obligándolo a «cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia». Hasta tal punto el trabajador ha de adecuar su conducta a los parámetros que impone la buena fe contractual que se faculta al empresario a utilizar su poder disciplinario en su máxima expresión —entiéndase el despido— para sancionar los incumplimientos contractuales laborales del trabajador que sean contrarios a la misma (art. 54.2 d ET).

La doctrina laboral ha criticado esta regulación, denunciando una desviación que hace recaer la buena fe con especial contundencia sobre la conducta del trabajador, imponiéndole una serie de deberes adicionales al principal, realizar la prestación de trabajo, de la más diversa índole³, y convirtiéndolo, como consecuencia, la causa legal de despido (la transgresión de la buena fe contractual) en un cajón de sastre donde caben las más variadas conductas. En definitiva, como ha manifestado parte de la doctrina, esto provoca un desequilibrio importante en la relación contractual, que requiere para

to de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Contempla las distintas vertientes la STC 6/1988, de 21 de enero (F. J. 4.º).

² MORENO GARCÍA, A., «Buena fe y Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *REDC*, núm. 38, 1993, p. 275, donde el autor considera que es un límite innecesario, ya que el mismo resultado, es decir, evitar el ejercicio abusivo de los derechos, se obtienen aplicando a los derechos constitucionales los límites que expresamente se establecen en la CE, junto a los límites inmanentes que se derivan de la necesidad de proteger otros bienes y derechos constitucionales. En el ámbito laboral se muestran favorables a un reconocimiento constitucional implícito GIL Y GIL, J. L., *Principio de buena fe y poderes del empresario*, Sevilla, Mergablum CARL, 2003, pp. 163 y ss; no de forma expresa, MONTOYA MELGAR, A., *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 17, la vincula al art. 10.1 CE, que erige como fundamento del orden público y de la paz social el respeto de los derechos de los demás.

³ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Buena fe y ejercicio de poderes empresariales», *RL*, núm. 17, 2003, p. 4.

su restablecimiento una revisión en la utilización del concepto y la necesidad de que su exigencia se revitalice frente al empresario⁴.

La jurisprudencia del TC, sobre todo la que corresponde a los primeros años, a pesar de los intentos de desconectar, al menos formalmente, la buena fe de «*la existencia de un genérico deber de lealtad, con un significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial*» (STC 120/1983, 88/1985), extiende su aplicación no sólo a la forma en que el trabajador realiza su prestación de trabajo, como parece desprenderse de la regulación del ET, sino a todas aquellas conductas que, realizadas como consecuencia de su prestación laboral, son susceptibles de irrogar un daño al empresario, incluido, sobre todo, el ejercicio por el mismo de los derechos que le reconoce el texto constitucional⁵.

Desde esta perspectiva, la exigencia de buena fe, basándose en la vertiente objetiva acogida por el art. 1.258 del Código Civil (CC), recae, con mención expresa o sin ella, sobre el ejercicio de todos los derechos susceptibles de ser ejercidos dentro o como consecuencia de la relación laboral⁶. Sin embargo, el ámbito más afectado por los requerimientos del principio ha sido precisamente el relativo al ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos en la relación de trabajo⁷.

En estos supuestos la jurisprudencia constitucional erige la buena fe en concepto determinante de la resolución del supuesto. La cláusula legal se alinea en plano de igualdad, incluso en ocasiones por encima, al derecho

⁴ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., «La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido», en VVAA, *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los Catedráticos Españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990, p. 556.

⁵ A pesar de que el reconocimiento que hace el art. 5 a) obliga a conformar según las exigencias de la buena fe sólo la realización de *las obligaciones concretas* de su puesto de trabajo, en el ámbito laboral se impone la concepción imperante en el Derecho Civil, de tal forma que no sólo afecta a dichas obligaciones concretas sino que irradia sus efectos sobre todas aquellas «*consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe*».

⁶ Significativa resulta a estos efectos, aunque no se mencione expresamente el deber de buena fe, la doctrina de las huelgas abusivas instaurada por la STC 11/1981, de 8 de abril. El derecho a la negociación colectiva también se ve considerablemente afectado por el deber de buena fe, aunque en este caso se reconoce expresamente, art. 89.1.3 ET, la obligación de negociar de buena fe.

⁷ Los pronunciamientos se han centrado, sustancialmente, en analizar la interacción del deber de buena fe en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión [SSTC 120/1983, de 15 de diciembre; 88/1985, de 19 de julio; 186/1996, de 25 de noviembre; 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 20/2002, de 28 de enero]; la libertad de información y comunicación [SSTC 6/1988, de 21 de enero; 197/1998, de 13 octubre; 57/1999, de 12 de abril; 213/2002, de 11 de noviembre; 126/2003, de 30 de junio]; y el derecho a la tutela judicial efectiva [SSTC 14/1993, de 18 de enero; 197/1998, de 13 de octubre; 196/2000, de 24 de julio; 198/2001, de 4 de octubre].



fundamental cuestionado, de tal forma que constituye el factor determinante en la delimitación del mismo. Así, las declaraciones del TC reconocen expresamente, y sin aportar más explicaciones, que el ejercicio del derecho, además de ser objeto de restricción por los límites explícitos que contempla el texto constitucional, *«debe enmarcarse en unas determinadas pautas de comportamiento, que el art. 7 del Código Civil expresa con carácter general, al precisar que los derechos deberán ejercitarse conforme a la buena fe»*, de tal forma que *«la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho [...] y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección»* (STC 120/1983) y, como consecuencia, pudiendo entrar en juego *«el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del incumplimiento del deber de buena fe»*, entre ellas, por supuesto el despido disciplinario (STC 88/1985)⁸.

Ello supone que la existencia de una relación laboral, en definitiva, el ejercicio de la autonomía privada, condiciona, y por ello se sitúa en un plano superior, a los derechos fundamentales. Sólo excepcionalmente, y sin convertir el dato en el centro de su doctrina, el TC ha insinuado la posibilidad de configurar la buena fe como parámetro objetivo intrínseco en la constitucionalización de cada derecho, otorgándole así, al menos formal e indirectamente, la categoría constitucional necesaria para delimitar el ejercicio del derecho (STC 120/1983).

La doctrina se reiterará en todos aquellos supuestos en los que derechos constitucionales del trabajador se puedan ver perjudicados por la sanción empresarial que supone el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual; sin embargo, los diversos pronunciamientos irán modificando progresivamente el enfoque de la relación entre la buena fe contractual y los derechos constitucionales del trabajador⁹.

⁸ Y ello a pesar de que en el mismo pronunciamiento, con carácter previo, había declarado: «La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano [...]. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza» [STC 88/1985, de 19 de julio (F. J. 2.º)].

⁹ La STC 6/1988, de 21 de enero, podría enmarcarse en la línea descrita con anterioridad; sin embargo, contiene algunos elementos que deben considerarse un avance con respecto a las sentencias anteriores. Así, en el F. J. 6.º, se reconoce que los principios que informen las

Así, en la doctrina de la década de los noventa se incide en el carácter preferente que el ordenamiento otorga a los derechos fundamentales. Ello no determina, en el ámbito jurisprudencial, la subordinación de la relación contractual a los derechos constitucionales del trabajador, pero al menos obliga a excluir tal carácter de la misma. De ese modo, la preeminencia del derecho se traduce en una ponderación entre los elementos contractuales y el derecho fundamental afectado, incidiendo, en algunos supuestos, en el carácter restrictivo que hay que predicar de la concepción de la buena fe contractual (SSTC 6/11998 y 106/1996).

Como no podía ser de otra forma, la doctrina sobre la buena fe en el despido disciplinario se ve afectada por la evolución que se produce en el ámbito de las injerencias empresariales en los derechos fundamentales inespecíficos, así como por la evolución de la doctrina de los despidos lesivos de los derechos fundamentales¹⁰. En este sentido, si el TC partía, como consecuencia de la prevalencia de los derechos fundamentales, de una inadecuada ponderación entre el derecho afectado y las exigencias que implica la buena fe en el ejercicio del mismo, los pronunciamientos acaecidos en este periodo van a producir, como derivación del mismo principio, la inserción de dos elementos fundamentales que propiciarán un cambio radical en la posición jurisprudencial sobre la relación buena fe-derecho constitucional.

El primer elemento consiste en la introducción del principio de imprescindibilidad, en el sentido de que sólo será legítima «*la modulación del derecho en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental aquí en juego, y de las obligaciones laborales que puedan modularlo*» (SSTC 186/1996 y 1/1998)¹¹.

relaciones jurídicas privadas, entre ellos la buena fe, no pueden entenderse en términos que «*impidan más allá de los imperativos propios del contrato, el ejercicio de la libertad civil que la constitución preserva*». En la misma línea, el F. J. 7.º, requiere la realización de un juicio de ponderación, lo que implica reconocimiento, en plano de igualdad, entre la libertad cuestionada y las obligaciones que dimanen del contrato de trabajo. Así mismo, el F. J. 9.º reconoce que la buena fe no puede interpretarse en términos que venga amparados por las mismas «*situaciones o circunstancias que, lejos de corresponderse con el ámbito normal y regular de la prestación de trabajo, supondrían desviaciones de tal normalidad, merecedoras, acaso, de la reacción que a todos los ciudadanos cumple para hacer valer el imperio de las normas [...] o para hacer llegar a la opinión pública la existencia de eventuales anomalías*».

¹⁰ En este sentido, DEL REY GUANTER, S., «Los derechos fundamentales inespecíficos y el contrato de trabajo en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional» y ALARCÓN CARACUEL, M.R., «El despido en la doctrina del Tribunal Constitucional», ambos en VVAA, *Jurisprudencia Constitucional Social 1991-1999*, Sevilla, Mergablum, 1999, pp. 15 y ss. y 73 y ss. respectivamente.

¹¹ El principio de indispensabilidad o imprescindibilidad irrumpe en la jurisprudencia laboral del TC a partir de la STC 99/1994, de 11 de abril (F. J. 5.º), que aborda el despido de



El segundo elemento se inserta como consecuencia de los avances en el ámbito de la doctrina del despido con nulidad radical, donde se pone de manifiesto que, aun siendo un efecto típico de la relación laboral «*la supeditación de ciertas actividades a los poderes empresariales, no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador*»¹², siendo necesario que el empresario acredite la existencia de una causa legítima, adecuada, y necesaria (STC 6/1995).

Esa condición prevalente de los derechos fundamentales, integrada por los elementos mencionados, ha provocado, como ya hemos comentado, modificaciones importantes en el análisis de los despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual susceptibles de afectar derechos de los trabajadores. De hecho, en algunos pronunciamientos posteriores el Tribunal omite pronunciarse sobre la ponderación entre el ejercicio del derecho y las obligaciones laborales, entre ellas la buena fe, centrando el análisis (en términos que, por cierto, entendemos más adecuados) en la ponderación entre el derecho ejercitado y las distintas facultades empresariales que derivan del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa (STC 57/1999). No obstante, entendemos que el planteamiento constitucionalista de la cuestión en estos pronunciamientos de finales de la década de los 90 obvia el papel que hasta ahora venía cumpliendo la buena fe, sin justificar suficientemente la situación de la misma en relación con el juicio de ponderación¹³.

Un buen ejemplo de ello lo constituye la STC 20/2002, de 28 de enero. A pesar de que el pronunciamiento continúa en la línea de invocar la necesaria delimitación que sobre los derechos, en este caso la libertad de expresión, provoca la existencia de un contrato de trabajo y, como elemento inte-

un trabajador por indisciplina y desobediencia, al negarse a ser filmado mientras desempeñaba la tarea de deshuesar jamón. El pronunciamiento diferencia dos modalidades de restricción en los derechos constitucionales del trabajador. Por un lado, las que derivan directamente del contrato de trabajo, supuesto en el que el empresario sólo podrá establecer aquellas restricciones que no lesionen la dignidad del trabajador, sin que este último pueda alegar lesión de su derecho fundamental para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones laborales. Por otro, habría que contemplar las restricciones que no derivan del contrato; en estos casos el empresario habrá de demostrar que la limitación del derecho fundamental del trabajador es una medida idónea y necesaria para la consecución del legítimo interés empresarial. Se reitera en la STC 6/1995, de 10 de enero (F. J. 2.º), al analizar una sanción de multa impuesta a un trabajador por ejercicio de la libertad de expresión. Un comentario de ambas sentencias en PARDO FALCÓN, J., «El Juicio de indispensabilidad: Un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral», *TL*, núm. 39, 1996, pp. 57 y ss.

¹² SSTC 6/1995, de 10 de enero (F. J. 2.º); 197/1998, de 13 de octubre (F. J. 3.º).

¹³ La ignorancia de la buena fe, así como la necesidad de definir el nuevo enfoque que la misma tiene en la doctrina de la ponderación de bienes, motivan de hecho un voto particular en el pronunciamiento.



grante, la buena fe contractual, termina reconociendo que dicha modulación (en nuestra opinión, limitación) sólo podrá imponerse cuando sea estrictamente imprescindible, adecuada y proporcionada para la consecución de los legítimos intereses empresariales alegados ¹⁴.

De nuevo, la aplicación de los instrumentos propios de la limitación de derechos, en nuestro caso el principio de proporcionalidad en toda su extensión a través de la técnica de la ponderación de bienes, ignora el papel que ha de otorgarse a la buena fe contractual en el cumplimiento de las obligaciones laborales. Cuestión que no puede obviarse, pues, como se ha puesto de manifiesto en algún caso, cierto peso debería tener en la resolución de los supuestos, sobre todo en los casos de despido por transgresión de la buena fe contractual ¹⁵.

2. LA DOCTRINA DEL TC EN EL PRESENTE CASO

El supuesto planteado ante la jurisdicción constitucional se basa en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el que incurren las resoluciones judiciales por no existir en ellas una adecuada fundamentación de la sentencia. Para la resolución del supuesto, por tanto, el TC ha de partir de la obligación constitucional, impuesta por el art. 24 CE, de emitir resoluciones fundadas en derecho, excluyentes, pues, de «una aplicación de la legalidad arbitraria y manifiestamente irrazonada o irrazonable». En este sentido, y concretando los aspectos que han llevado a la vulneración del derecho del actor, los jueces y tribunales están obligados, «como presupuesto inexcusable», a realizar la interpretación legal que sea más acorde con la Constitución, máxime si en la resolución del supuesto se encuentra involucrado otro derecho constitucional, en el caso que estudiamos, el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1, concretado en el «igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación», que podría quedar afectado si se declara procedente el despido disciplinario.

¹⁴ La STC 20/2002, de 28 de enero, realiza un juicio de ponderación constitucional, aunque los términos en que expresamente se reitera la jurisprudencia anterior pueden llevar a confusión. El pronunciamiento comienza estableciendo los términos de la ponderación que se va a producir entre el ejercicio del derecho y el poder disciplinario empresarial como manifestación de la libertad de empresa, aunque se terminará convirtiendo en el derecho al honor de las personas jurídicas (F. J 7.º). Si bien en este caso también se menciona el ámbito legítimo del derecho a la libertad de expresión, se va a determinar en función de la existencia de limitaciones constitucionalmente justificadas. En el mismo sentido, STC 213/2002, de 11 de noviembre.

¹⁵ ELORZA GUERRERO, F., «La información facilitada al trabajador como causa de despido disciplinario (STC 126/2003, de 30 de junio)», *TL*, núm. 72, 2003, pp. 237 y ss.

La aparición de un derecho constitucional, art. 35.1 CE, además de justificar la intervención del TC en cuestiones de legalidad ordinaria, le obliga a realizar un examen más riguroso (*control reforzado*, en la terminología del TC) que se extiende a comprobar «*la ponderación y adecuación de la motivación judicial, que necesariamente ha de exteriorizarse a los derechos concernidos*»¹⁶. Sin embargo, ello también obliga a fijar el lugar que en esa ponderación ha de ocupar la cláusula de buena fe.

En este sentido, el TC considera, partiendo de la buena fe como un» *concepto abierto al mundo de las valoraciones sociales [...] un factor de flexibilización capaz de adaptar la norma a las nuevas circunstancias y valores de la sociedad*», que el carácter supremo de la Constitución exige una decisión «*sobre el contenido de mandatos como la buena fe*» que parta de un sustrato en el que se integren la totalidad de los valores constitucionales, de forma que «*lo que en cada caso se decida que corresponde a la buena fe no podrá estar en desacuerdo con los mandatos constitucionales*». En definitiva, que la interpretación y aplicación de la buena fe, como mandato legal, ha de adaptarse a la Constitución y no a la inversa, proscribiéndose que los mandatos constitucionales se adapten a las exigencias de la buena fe¹⁷.

Centrada así la cuestión, el TC ha de resolver si los razonamientos judiciales utilizados para fundamentar la aplicación de la buena fe «*se adecuan a los valores y principios constitucionalmente definidos*», es decir, si han tenido en cuenta para su aplicación la previa integración de valores y derechos constitucionales a la que obliga nuestra normal fundamental. El alto tribunal, a estos efectos, considera que existen dos aspectos esenciales que han de pesar en esta integración.

Por un lado, «*el principio general de limitación legal del despido*», que establece para su licitud tanto requisitos de fondo como de forma, y que es resultado de exigencias constitucionales y compromisos internacionales. La exigencia constitucional de la limitación del despido deriva de la necesaria ponderación que ha de realizarse entre dos de sus preceptos: a) el derecho a la libertad de empresa y el reconocimiento constitucional de la defensa de la productividad (art. 38 CE); y b) el derecho al trabajo, «*como derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, el derecho a no ser despedido sin causa justa*». La concordancia que ha de establecerse entre am-

¹⁶ STC 192/2003, de 27 de octubre (F. J. 3.º).

¹⁷ La necesidad de adaptar el mandato legal de buena fe a las exigencias constitucionales había aparecido expresamente enunciada en la STC 213/2002, de 11 de noviembre (F.J. 5.º y 11.º); el TC llegó a afirmar, incluso, que en caso contrario supondría «*validar límites al ejercicio de los derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de una relación contractual en modo alguno imprescindibles para el adecuado desenvolvimiento [...] de la actividad empresarial*».

Los preceptos excluye necesariamente interpretaciones de la libertad de empresa que lleven a una «*absoluta libertad contractual*» o a un «*principio de libertad ad nutum de despido*»¹⁸. De la misma forma, «*un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo posibilita la prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios*», sin que sea posible despedir al trabajador por esta causa «*salvo casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles y sin perjuicio de los pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre trabajador y empresario*»¹⁹. El resultado de esta ponderación es el que ha de servir de sustrato a la aplicación de la buena fe, de tal forma que la misma no pasa a integrarse como un elemento determinante de la ponderación, sino que ha de amoldarse al juicio previamente realizado.

Por otro lado, el TC, considera determinante el régimen jurídico existente en nuestro ordenamiento sobre las vacaciones anuales que han de disfrutar los trabajadores. Las bases de este régimen jurídico se encuentran en el art. 40.2 CE, que establece la obligación de los poderes públicos de «*garantizar el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados*». El desarrollo legislativo del precepto constitucional, art. 38 ET, considera principios fundamentales del régimen jurídico de las vacaciones los siguientes: el derecho de los trabajadores a unas vacaciones anuales retribuidas (obsérvese que el precepto constitucional incide en la periodicidad), la existencia de un periodo mínimo, mejorable por la autonomía colectiva o individual, de 30 días naturales y, por último, su carácter irrenunciable, no siendo posible sustituirlas por una compensación económica.

Así mismo, el TC destaca como regulación internacional en la materia el Convenio de la OIT, núm. 132 de 1970, que contempla la posibilidad de que cada país adopte reglas especiales para resolver aquellos supuestos en que una persona durante el periodo de vacaciones realice actividades remuneradas que sean contrarias a la finalidad de las vacaciones, para después declarar que no existe en nuestro ordenamiento norma jurídica que establezca la prohibición de realizar prestación de servicios para otro empleador durante el periodo vacacional retribuido, por lo que el empresario no podrá sancionar dicha conducta, menos aún con el despido disciplinario.

Partiendo de estos presupuestos, se considera que las resoluciones impugnadas vinculan el derecho al descanso anual retribuido con la fidelidad del trabajador al empresario y, en último instancia, con el poder disciplina-

¹⁸ STC 192/2003, de 27 de octubre (F. J. 4.º).

¹⁹ STC 192/2003, de 27 de octubre (F. J. 7.º).



rio de este último. Una concepción del tiempo de descanso de trabajador como tiempo del que puede disponer el empresario, prohibiendo y sancionando la utilización del mismo si no es acorde a sus intereses, no se conforma, en opinión del Tribunal, con la regulación actual del derecho de vacaciones anuales ni con la «*primacía de la libertad de la persona y el respeto a su vida privada que la Constitución garantiza*»²⁰, y, en último término, lesiona la dignidad personal del trabajador «*como el derecho de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...] así como, el libre desarrollo de la personalidad* (art. 10.1 CE)». La dignidad de la persona se convierte en el valor inquebrantable «*que todo estatuto jurídico debe asegurar*», funcionando como un mínimo que ha de ser respetado por cualquier limitación que se imponga al disfrute de los derechos individuales, de tal forma, que éstas no podrán suponer «*un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona*».

De conformidad con la doctrina sentada en el supuesto, y analizadas las argumentaciones aportadas por el Juzgado de los Social núm 4 de Murcia, así como por la Sala de Social del TSJ de la misma comunidad, el TC concluye que «*sostener que el empresario pueda tener un derecho o un interés jurídico legítimo a que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones al descanso en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales*»²¹ con objeto de incorporarse en plenas condiciones a su puesto de trabajo, y considerar como consecuencia de su incumplimiento que se ha transgredido la buena fe contractual, «*supone una interpretación del principio que produce un desequilibrio patente e irrazonado, a partir de pautas axiológicas constitucionales indiscutibles, por lo que no se puede considerar fundado en derecho*».

Dicha concepción, en definitiva, «*supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel periodo, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente*», lo que resulta «*incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de buena fe*».

²⁰ En el mismo sentido, MATÍA PRIM, J., «Vacaciones anuales», en VVAA, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. VII, EDERSA, 1982, p. 458.

²¹ Concepción mantenida por SEMPERE NAVARRO, A.V., y CHARRO BAENA, P., *Las Vacaciones Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2003, p. 190.

3. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO LÍMITE INFRANQUEABLE PARA LA RELACIÓN LABORAL

La aproximación al pronunciamiento del TC pone en evidencia, desde el principio, la complejidad del supuesto al que se enfrenta; en el mismo convergen hechos variados, susceptibles de una aplicación conjunta de varias doctrinas jurisprudenciales. Como venimos comentando, el objeto del litigio versa sobre un despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, al que resulta aplicable, por tanto, la doctrina sobre la buena fe. Además, la confirmación judicial del despido vulnera un derecho fundamental inespecífico, la tutela judicial efectiva, por lo que habría que manejar también la doctrina de los derechos fundamentales inespecíficos y, en particular, la doctrina del despido nulo como acto lesivo de un derecho fundamental del trabajador. No obstante, en el presente caso, no se puede imputar a la conducta empresarial lesión constitucional de ningún derecho susceptible de amparo, razón por la que el Tribunal no analiza ésta conducta privada²². A pesar de ello, resulta llamativo que finalmente se invoque la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) como principio constitucional que resulta principalmente ignorado y, por tanto, lesionado por las distintas resoluciones judiciales, aun no siendo objeto, al menos con carácter autónomo, de recurso de amparo²³.

Con todo, lo que nuestro alto tribunal analiza fundamentalmente, y en lo que emplea en mayor parte su argumentación jurídica, es la posible conexión entre el disfrute de determinados derechos laborales, en este caso, el derecho al descanso necesario reconocido en la Constitución a través de las vacaciones anuales, y el deber de lealtad que el trabajador ha de observar frente al empresario en virtud del deber de buena fe acogido por el ET. Las obligaciones de buena fe que tiene el trabajador derivan de la existencia de la relación laboral; por tanto, es una obligación que surge frente al empresario. En este sentido, se puede considerar que la doctrina del TC concreta algunas de las exigencias que se plasmaban en la STC 99/1994, de 11 de abril (caso del cortador de jamones). Recordemos que en dicho pronuncia-

²² En contraposición, SSTC 14/1993, de 18 de enero (F. J. 2.º); 197/1998, de 13 de octubre (F. J. 4.º), 196/2000, de 24 de julio (F. J. 3.º), 198/2001, de 4 de octubre (F. J. 3.º), donde el derecho a la tutela judicial efectiva se examina desde la perspectiva de la garantía de indemnidad, es decir, como imposibilidad de adoptar medidas empresariales de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos.

²³ En este sentido, hemos de destacar la advertencia que se hace en el pronunciamiento para que los distintos órganos judiciales realicen una adecuada ponderación del texto constitucional. Dicha ponderación ha de extenderse a la totalidad de los preceptos constitucionales, en nuestro caso art. 10.1 CE, considerándose la omisión falta de fundamentación de la sentencia y, en última instancia, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva.



miento se establecía que las limitaciones empresariales a los derechos de los trabajadores serían lícitas siempre que, en virtud del tipo de limitación, se contemplasen una serie de requisitos: a) tratándose de limitaciones que no vienen exigidas por el contrato de trabajo, es necesario que el empresario demuestre la existencia de un interés legítimo y la adecuación e indispensabilidad de la medida limitadora. b) cuando la limitación está justificada por el propio contrato de trabajo y los términos pactados en el mismo, el trabajador no puede alegar la lesión de un derecho para incumplir sus obligaciones contractuales, salvo en aquellos casos en que se lesione su dignidad, sirviendo esta última como límite infranqueable a los poderes empresariales que surgen de la relación laboral.

Parece ser que en el supuesto es esta última la doctrina que aplica el TC, concluyendo que la concepción del periodo de descanso que ha llevado al despido del trabajador y que han mantenido las resoluciones judiciales lesiona la dignidad del trabajador. Para ello es imprescindible analizar la extensión del deber de buena fe y la forma en que entronca en el juego entre los distintos preceptos constitucionales. Como ya hemos advertido, entre estos preceptos el TC realiza una ponderación constitucional que ha de ser respetada por el mandato de la buena fe. Lo trascendente son los términos de esa ponderación, que, en principio, y consistiendo la conducta restrictiva en un despido disciplinario, ha de realizarse entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo. Dicha ponderación, en la que no se profundiza, no se extiende, al menos expresamente y como había ocurrido en otros supuestos, a la indispensabilidad de la medida limitadora, sino que parece centrarse, aunque no se menciona, en la proporcionalidad en sentido estricto o, como lo llaman algunos autores, ponderación.

Es como exigencia a los órganos judiciales que han aceptado esa concepción cuando se reclama, por parte del TC, la necesaria ponderación y adecuación de la motivación judicial para que no se lesione el derecho a la tutela judicial efectiva, dejando al margen, por las razones mencionadas, la conducta empresarial.

Por otro lado, entendemos que existen algunos aspectos del régimen jurídico del derecho a vacaciones que deberían haber sido señalados o esclarecidos por el pronunciamiento. Por supuesto, partiendo de que la cuestión sobre la que conoce y decide el TC es la concepción empresarial y judicial de las vacaciones anuales como periodo de descanso a disposición del empresario que, como tal, puede impedir que el trabajador las destine a tareas distintas a esa finalidad, no podemos negar la corrección del enfoque y de la resolución del supuesto; sin embargo, a nuestro juicio, existen determinadas declaraciones del Tribunal que pueden llevar a un entendimiento erróneo de la regulación constitucional.

En este sentido, el aspecto fundamental que, a nuestro juicio, el pronunciamiento omite es que la norma fundamental obliga a los poderes pú-

blicos a garantizar el descanso necesario (para lo que se contempla la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados destinados a favorecerlo), y no un periodo de descanso en el que el trabajador quede facultado para disponer de su fuerza de trabajo con el fin de ponerla a disposición de cuantos empleadores guste, en función de la conexión entre el derecho al trabajo y el valor de libertad que reconoce nuestro texto constitucional²⁴. Con esta interpretación que faculta al trabajador a realizar prestaciones de servicios en régimen de absoluta libertad para varios empleadores durante el periodo vacacional, los poderes públicos, entre ellos el TC, no están garantizando el descanso necesario que, por su misma condición de necesidad, no debe quedar a plena disposición de alguna de las partes.

Tanto la norma constitucional, como la normativa internacional sobre la materia vinculan el derecho de vacaciones retribuidas a una finalidad social, facilitar al trabajador el descanso necesario, no para estar en óptimas condiciones para reiniciar su prestación, como acertadamente pone en evidencia el TC, sino como medida dirigida a preservar la salud e integridad del trabajador y el disfrute de otros derechos y principios constitucionales, el medio ambiente, el deporte, las actividades culturales, etc.²⁵. La garantía aparece vinculada expresamente a la seguridad e higiene en el trabajo desde el propio art. 40.2 CE y, por tanto, conectada, con el derecho a la salud (art. 43 CE) y a la integridad física y moral (art. 15 CE), que deben ser, en principio, derechos indisponibles para el trabajador.

Partiendo de esta normativa, declaraciones que podrían considerarse un gran avance en la jurisprudencia constitucional pueden encerrar un grave peligro cuando se realizan en el ámbito del Derecho del Trabajo, un derecho a todas luces tuitivo con el trabajador. Así, la dignidad de la persona

²⁴ En este sentido, GOÑI SEI, J.L., «Efectos de la superposición de la situación de incapacidad laboral al periodo de vacaciones», *AL*, núm. 43, 1987, p. 2416; CHARRO BAENA, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral*, MTSS, Madrid, 1993, p. 157, donde reconoce, al hilo del examen del art. 40.2 CE que «El descanso necesario se configura como la finalidad que la institución jurídico-vacacional persigue: este reconocimiento supondrá exigencias importantes en la regulación de las vacaciones [...], en segundo lugar, llevará consigo la prohibición de realizar durante el periodo de vacaciones trabajos que contraríen esa finalidad»; SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA P., *Las Vacaciones...*, *op. cit.* pp. 190 y 191, parece matizarse la postura al sostener que sería necesario desvirtuar «con carácter absoluto la finalidad de las vacaciones».

²⁵ Entre los instrumentos internacionales más importantes podemos destacar la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993 (art. 7), que junto a la doctrina jurisprudencial (STSJCE 26 de junio 2001), vincula el disfrute del derecho a vacaciones con la salud de los trabajadores; el Convenio núm. 132 de la OIT, de 24 de junio de 1970 (art. 13), reconoce el derecho de vacaciones retribuidas con la finalidad de proporcionar un tiempo de descanso a los trabajadores.



«como el derecho de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...] así como, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)», puede llevar a renunciaciones de derechos que no se contemplan lícitamente desde la norma fundamental, sobre todo en aquellos casos en que, existiendo una relación laboral, la voluntad del trabajador es más ficticia que real, y que se caracterizan, en la actualidad, por los términos difusos que presenta el concepto de empresario y la dificultad para demostrar los supuestos de identidad real.

Realmente, la jurisprudencia del TC, y en la medida en que la sentencia analizada se interprete de esta forma, parece haber abierto una nueva etapa en la que el trabajador como ser racional y libre puede enfrentarse a los poderes empresariales en términos de igualdad, lo que implica un cierto desconocimiento de la realidad de nuestro sistema de relaciones laborales, donde los trabajadores, en ocasiones, renuncian al descanso necesario que les reconoce la norma constitucional para obtener una remuneración suficiente, también garantizada desde instancias constitucionales. Ello demuestra que la ponderación constitucional no se realiza adecuadamente en aquellos casos en que se reconoce plena libertad al trabajador para prestar sus servicios a otro empleador durante gran parte de su tiempo de descanso, lo que, en definitiva, supondría sacrificar por entero uno de los preceptos constitucionales, el que obliga a garantizar el descanso necesario.





4

Informes y Documentos





INFORME DE RESULTADOS DEL SISTEMA EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS COLECTIVOS LABORALES DE ANDALUCÍA (SERCLA) DURANTE 2003

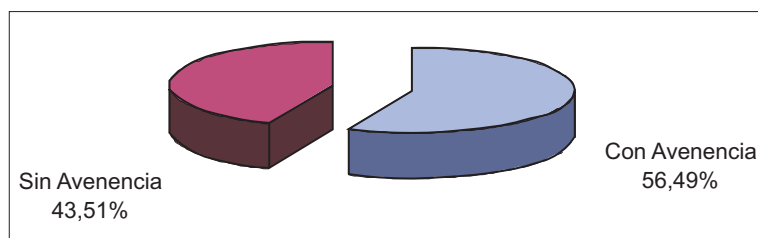
ÍNDICE:

1. DATOS GENERALES
2. RESULTADOS POR ÁMBITO GEOGRÁFICO
3. RESULTADOS POR ÁMBITO FUNCIONAL
4. RESULTADOS POR SECTORES DE ACTIVIDAD
5. RESULTADOS POR PROMOTORES
6. RESULTADOS POR MOTIVACIONES
7. RESULTADOS POR ÁMBITO PRIVADO/PÚBLICO
8. RESULTADOS POR MODALIDADES PROCEDIMENTALES
 - 8.1. Resultados en conflictos jurídicos
 - 8.2. Resultados en conflictos de negociación o intereses
 - 8.3. Resultados en conflictos previos a huelga

1. DATOS GENERALES

El porcentaje global de acuerdos alcanzado en el conjunto del Sistema en el año 2003 alcanza el 56,49% de los conflictos tramitados, finalizando con acuerdo un total 261 expedientes, los cuales extienden su ámbito de aplicación a algo más de 23.700 empresas y a casi 121.000 trabajadores andaluces.

CONFLICTOS SERCLA AÑO 2003. RESULTADOS

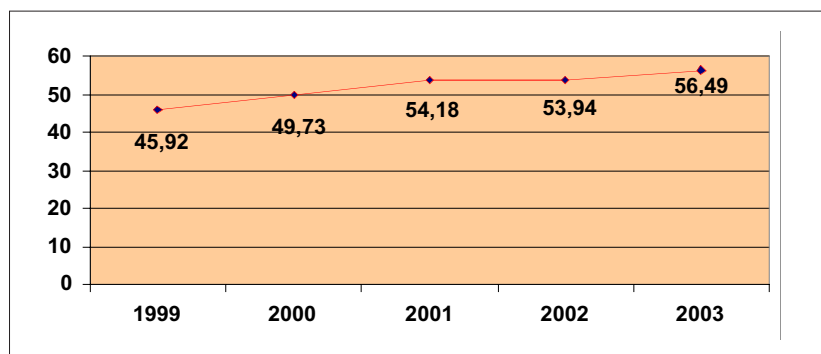


Aunque más adelante se analizará con detenimiento, podemos anticipar que los resultados de 2003 ofrecen diferencias sustanciales en función del tipo de procedimiento de que se trate, apreciándose que, como ocurriera en pasadas anualidades, resulta superior el porcentaje de acuerdos logrado en aquellos procedimientos que no constituyen una instancia previa al proceso judicial, tales como los conflictos de intereses y, sobre todo, los previos a huelga. No obstante, en la anualidad 2003 merece una especial atención el notable incremento experimentado por la ratio de avenencias alcanzadas en la resolución de los conflictos previos a la vía judicial.

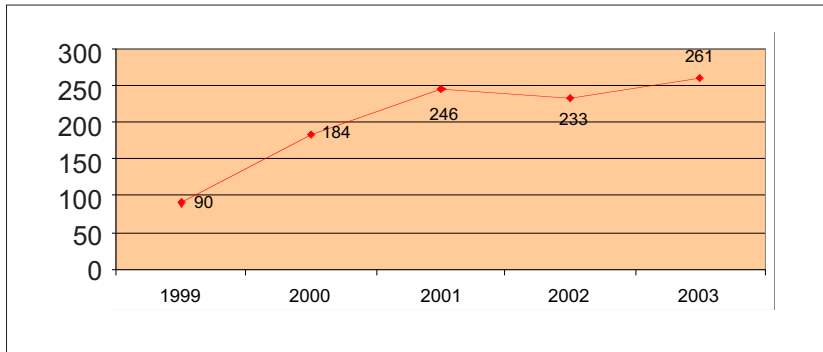
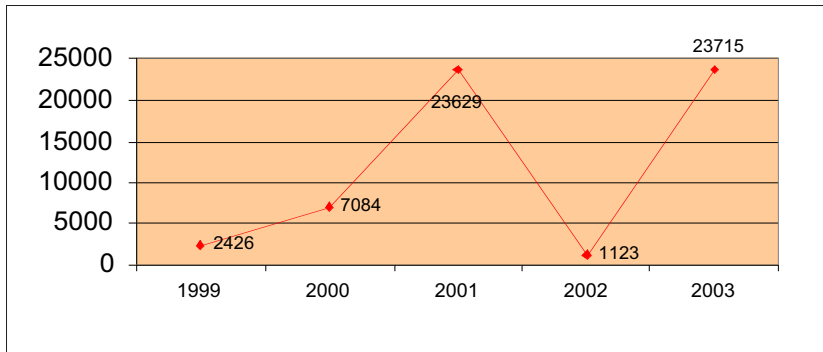
En este apartado dedicado a los resultados, resulta oportuno subrayar la decisiva intervención de los mediadores actuantes, tendente a la búsqueda de cauces de diálogo que faciliten soluciones a los conflictos planteados, otorgando la medida de tiempo que en cada caso sea necesario, no siendo infrecuentes los procedimientos que han concluido con avenencia tras varias sesiones de trabajo.

Los resultados derivados del quinto año de funcionamiento del SERCLA significan en su conjunto una sensible mejora respecto a los datos alcanzados en años anteriores, poniéndose de manifiesto que la creciente confianza de los agentes económicos y sociales en el Sistema creado por ellos, genera cada vez más beneficios para la fluidez de las relaciones laborales y la economía andaluza en general. En este sentido, la evolución del índice de acuerdos suscritos en el SERCLA en sus cinco años de actuaciones muestra una clara línea ascendente, significando el dato de 2003 un claro crecimiento respecto a los años anteriores.

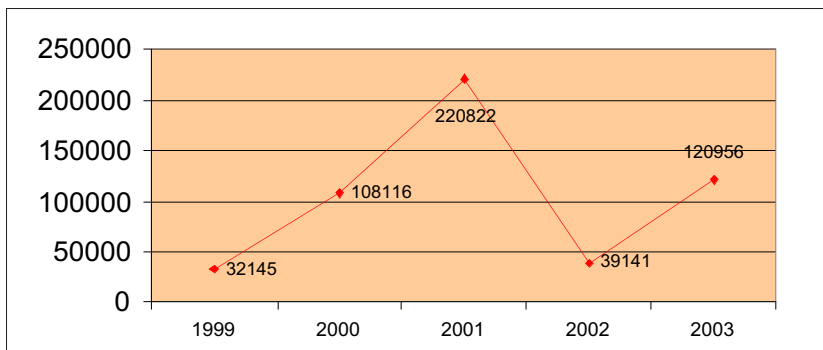
PORCENTAJE DE AVENENCIA. COMPARATIVA INTERANUAL



Además, en el año 2003 el SERCLA alcanza la cifra más alta de acuerdos desde el inicio de sus actuaciones, siendo también creciente la evolución de los trabajadores y empresas afectados por los mismos, sobre todo en relación con el año anterior.

NÚMERO DE ACUERDOS. COMPARATIVA INTERANUAL**EMPRESAS AFECTADAS POR ACUERDOS. COMPARATIVA INTERANUAL**

En el primer quinquenio de actuaciones del SERCLA se han suscrito un total de 1.014 acuerdos, los cuales han extendido sus efectos a 57.977 empresas y a 521.180 trabajadores andaluces.

TRABAJADORES AFECTADOS POR ACUERDOS. COMPARATIVA INTERANUAL

2. RESULTADOS POR ÁMBITO GEOGRÁFICO

La de Algeciras resulta ser la sede de actuación en la que se registra el porcentaje más alto de acuerdos en 2003, situándose muy por encima de la media e influyendo de manera decisiva en el elevado índice global de la provincia de Cádiz. Porcentajes similares a la provincia gaditana se alcanzan tanto en Jaén como en Córdoba. En el extremo opuesto se sitúan los datos correspondientes a Granada y al ámbito interprovincial.

Resultados por provincias				
Provincia	Con avenencia	%	Sin avenencia	%
Almería	9	52,94	8	47,06
Cádiz	71	64,55	39	35,45
Córdoba	17	62,96	10	37,04
Granada	5	29,41	12	70,59
Huelva	15	55,56	12	44,44
Jaén	19	65,52	10	34,48
Málaga	62	59,62	42	40,38
Sevilla	60	50,42	59	49,58
Interprovincial	3	25,00	9	75,00
Total	261	56,49	201	43,51

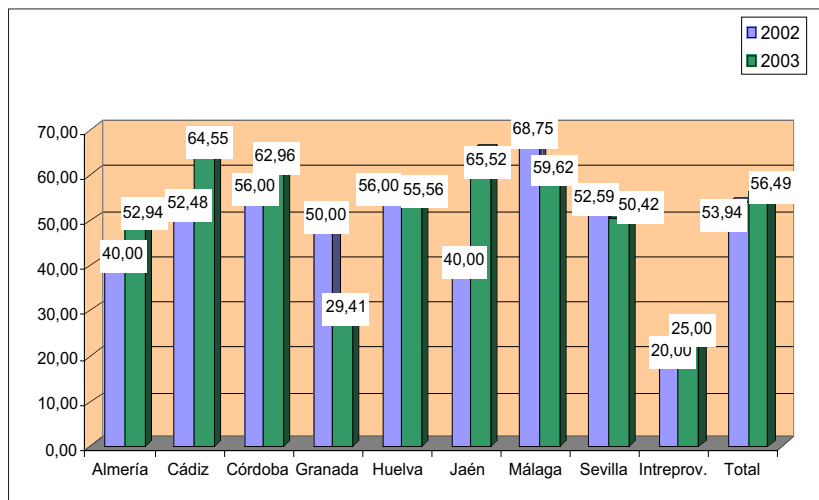
Al desagregar los datos correspondientes a la provincia de Cádiz, atendiendo a los conflictos tramitados en las sedes con que cuenta el SERCLA en la misma, se aprecian diferencias significativas entre las cifras que aporta cada una.

Resultados provincia de Cádiz				
Sede	Con avenencia	%	Sin avenencia	%
Algeciras	43	81,13	10	18,87
Cádiz	21	61,76	13	38,24
Jerez	7	30,43	16	69,57
Total	71	64,55	39	35,45

Si las ratios de avenencia de 2003 de cada una de las sedes las comparamos con las del año anterior, vemos como se aprecia un crecimiento porcentual de acuerdos muy elevado en las provincias de Jaén, Almería y Cádiz y, dentro de esta última, en la sede del Campo de Gibraltar (+13,74%). Es-

tos incrementos son superiores a los retrocesos experimentados en Granada y Málaga. El índice de acuerdos del resto de las provincias no experimenta variación significativa. Todo ello da como resultado que el índice global de avenencias en el conjunto del Sistema experimente un progreso de 2,5 puntos porcentuales respecto al registrado en el año anterior.

**PORCENTAJE DE ACUERDOS POR PROVINCIAS.
COMPARATIVA 2002-2003**

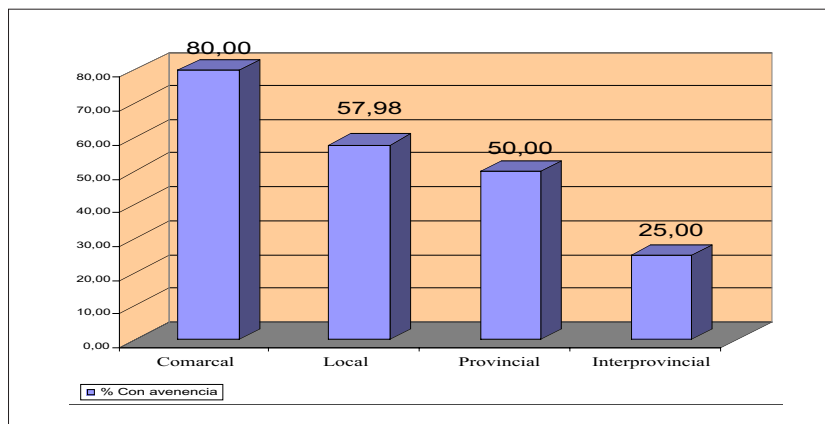


Por otro lado, si efectuamos un análisis de los resultados atendiendo al ámbito territorial de los conflictos, se aprecia que, como ocurriera en pasadas anualidades, el porcentaje más elevado de acuerdos corresponde a los conflictos comarcales, si bien debemos tener presente que este nivel territorial es el menos representativo respecto del conjunto de los promovidos ante el Sistema.

A continuación aparece el índice de acuerdos logrado en conflictos de carácter local, ámbito en el que se inscribe la inmensa mayoría de los conflictos tramitados por el SERCLA, siendo por tanto un dato muy influyente en el porcentaje global de avenencias.

En los conflictos provinciales el acuerdo se logró en un porcentaje muy próximo a la media del Sistema. El ámbito territorial del conflicto menos propicio para el acuerdo resulta ser el interprovincial, si bien debe tenerse en cuenta que mejora en 5 puntos porcentuales los datos del año anterior.

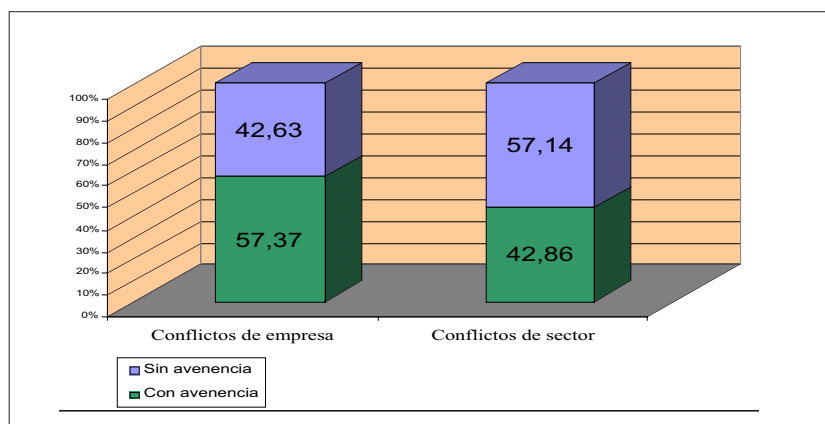
RESULTADOS POR ÁMBITO TERRITORIAL DEL CONFLICTO



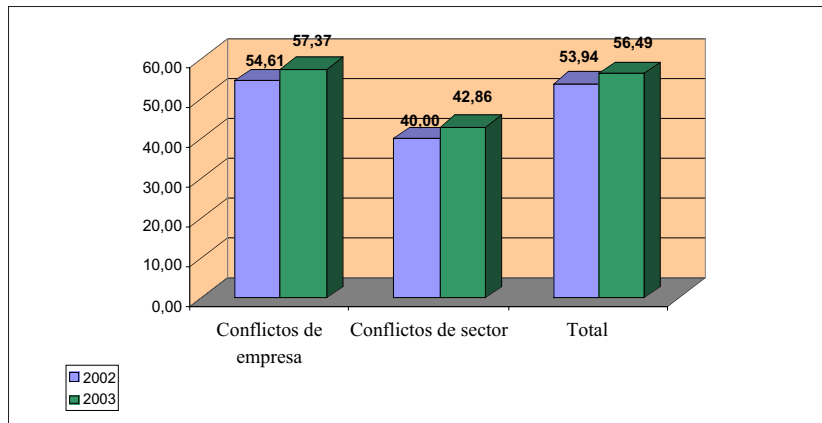
3. RESULTADOS POR ÁMBITO FUNCIONAL

Si los resultados obtenidos en 2003 son objeto de estudio desde el prisma del ámbito funcional del conflicto, y siguiendo una línea ya consolidada en los cinco años de funcionamiento del SERCLA, resulta evidente que en la resolución de los conflictos de empresa se registra un porcentaje de acuerdos más elevado que en la de los sectoriales, dato importante a la vista de la mayor importancia cuantitativa de los conflictos de empresa respecto a los de sector en el conjunto de los tramitados.

RESULTADOS POR ÁMBITO FUNCIONAL DEL CONFLICTO



**RESULTADOS POR ÁMBITO FUNCIONAL DEL CONFLICTO.
COMPARATIVA AÑOS 2002-2003**



Dada la elevada afectación personal de los mismos, también es destacable el índice de avenencias logrado en la resolución de conflictos de sector, tales como los relativos a los sectores de Transporte de Viajeros de Cádiz, Agropecuario de Córdoba, Industrias de Panadería de Granada, Hostelería de Huelva y Siderometalúrgico de Sevilla.

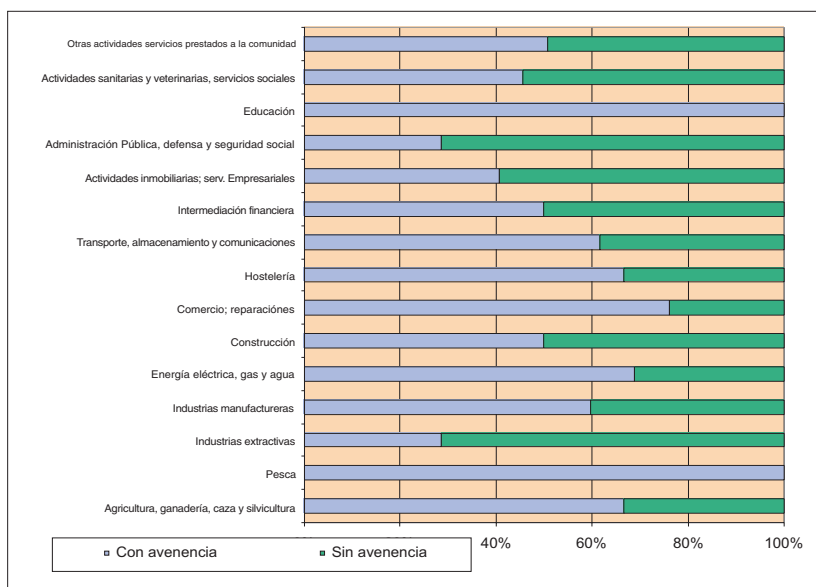
Al efectuar una comparativa de los datos de 2003 respecto a los de la pasada anualidad, se observa una mejora de los resultados tanto en la resolución de conflictos de empresa como en la de los sectoriales.

4. RESULTADOS POR SECTORES DE ACTIVIDAD

Si al analizar los resultados tenemos en cuenta el sector de actividad económica al que pertenece cada conflicto, resalta la circunstancia de que Industrias Manufactureras, Hostelería y Transporte son sectores que acaparan gran número de conflictos y alto número de acuerdos y, en consecuencia, registran porcentajes de avenencia superiores a la media. Sin embargo, el sector de Otras Actividades Servicios Prestados a la Comunidad, que acoge fundamentalmente a los conflictos de la actividad de limpieza, resulta ser el que obtiene un menor porcentaje de avenencias entre los sectores que registran más conflictos, si bien su índice de acuerdos no se aleja en exceso de la media del Sistema. Los porcentajes de acuerdo más bajos corresponden a conflictos incluidos en sectores, tales como Industrias Extractivas y Administración Pública, a los que cabe calificar como minoritarios desde el punto de vista del número de procedimientos promovidos ante el SERCLA.

Resultados por sectores de actividad				
Sectores Económicos	Con avenencia	%	Sin avenencia	%
Agricultura, ganadería, caza y silvicultura	4	66,67	2	33,33
Pesca	2	100,00	0	0,00
Industrias extractivas	4	28,57	10	71,43
Industrias manufactureras	80	59,70	54	40,30
Energía eléctrica, gas y agua	11	68,75	5	31,25
Construcción	4	50,00	4	50,00
Comercio; reparaciones	16	76,19	5	23,81
Hostelería	36	67,92	17	32,08
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	40	61,54	25	38,46
Intermediación financiera	2	50,00	2	50,00
Actividades inmobiliarias; Serv. Empresariales	15	40,54	22	59,46
Administración Pública, defensa y seguridad social	4	25,00	12	75,00
Educación	2	100,00	0	0,00
Actividades sanitarias y veterinarias, servicios sociales	10	45,45	12	54,55
Otras actividades servicios prestados a la comunidad	31	50,82	30	49,18
Total	261	56,49	201	43,51

RESULTADOS POR SECTORES ECONÓMICOS



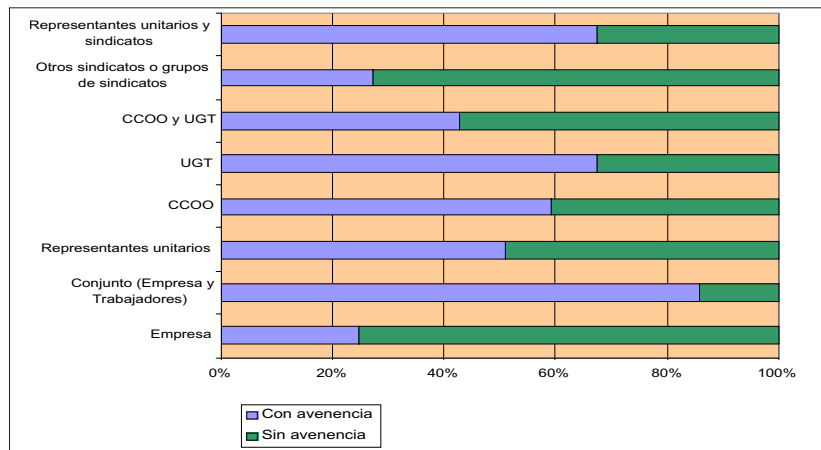
5. RESULTADOS POR PROMOTORES

Si tenemos en cuenta los diferentes tipos de promotores de los procedimientos al analizar los resultados de los conflictos tramitados por el SERCLA en 2003, resulta fácil concluir que los conflictos promovidos conjuntamente por empresa y trabajadores son aquellos en los que se obtiene el porcentaje de acuerdos más elevado, si bien debe tenerse en cuenta que estos conflictos son minoritarios en el conjunto de los promovidos ante el Sistema.

También merece ser destacado el alto índice de avenencias logrado en la resolución de los promovidos conjuntamente por representantes unitarios y sindicatos. Todo ello puede interpretarse como síntoma de que la unidad de acción en la promoción es un factor causal decisivo en la obtención de resultados satisfactorios.

Resultados por promotores				
Promotores	Con avenencia	%	Sin avenencia	%
Empresa	3	25,00	9	75,00
Conjunto (Empresa y Trabajadores)	6	85,71	1	14,29
Representantes unitarios	71	51,08	68	48,92
CCOO	79	59,85	53	40,15
UGT	64	67,36	31	32,64
CCOO y UGT	9	42,86	12	57,14
Otros sindicatos o grupos de sindicatos	6	27,27	16	72,73
Representantes unitarios y sindicatos	23	67,65	11	32,35
TOTAL	261	56,49	201	43,51

RESULTADOS POR PROMOTORES DE LOS CONFLICTOS



Los porcentajes de acuerdo más reducidos se observan en la resolución de los conflictos promovidos por las empresas y en aquellos cuya interposición corresponde a organizaciones sindicales distintas de las firmantes del Acuerdo constitutivo del SERCLA.

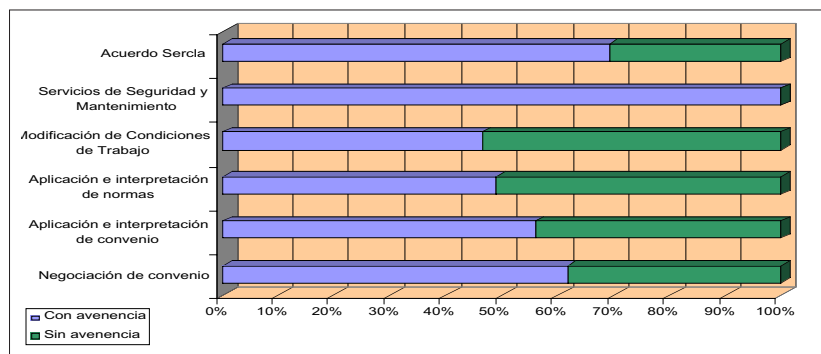
6. RESULTADOS POR MOTIVACIONES

Al considerar los resultados obtenidos en función del tipo de motivo de interposición del conflicto, se aprecian diferencias en los índices de avenencia alcanzados.

Resultados por motivaciones				
Motivaciones	Con avenencia	%	Sin avenencia	%
Negociación de convenio	76	61,79	47	38,21
Aplicación/ interpretación de convenio	129	56,09	101	43,91
Aplicación/interpretación de normas	25	49,02	26	50,98
Modificación condiciones trabajo	20	46,51	23	53,49
Servicios seguridad y mantenimiento	2	100,00	0	0,00
Acuerdo SERCLA	9	69,23	4	30,77
TOTAL	261	56,49	201	43,51

El porcentaje más alto de avenencia se logra en los conflictos motivados por la determinación de servicios de seguridad y mantenimiento, si bien estos son residuales en el conjunto del Sistema. Los derivados de un pacto previo alcanzado en el SERCLA registran un índice de acuerdos muy elevado, superando también la media los motivados por la negociación de convenio. Los conflictos debidos a la modificación de condiciones de trabajo son los que alcanzan una menor proporción de acuerdos.

RESULTADOS POR MOTIVACIONES DE LOS CONFLICTOS



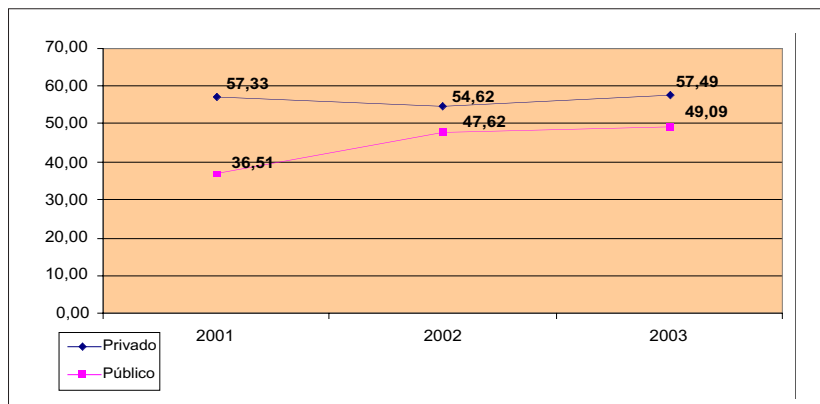
7. RESULTADOS POR ÁMBITO PRIVADO/PÚBLICO

Si analizamos los resultados alcanzados en la resolución de los conflictos tramitados por el SERCLA en 2003, según estos estén encuadrados en el ámbito público o en el privado, la conclusión que se extrae es que, como en años anteriores, se obtienen mejores ratios de acuerdos en el ámbito privado, si bien no aparecen diferencias exageradas respecto a los datos del público.

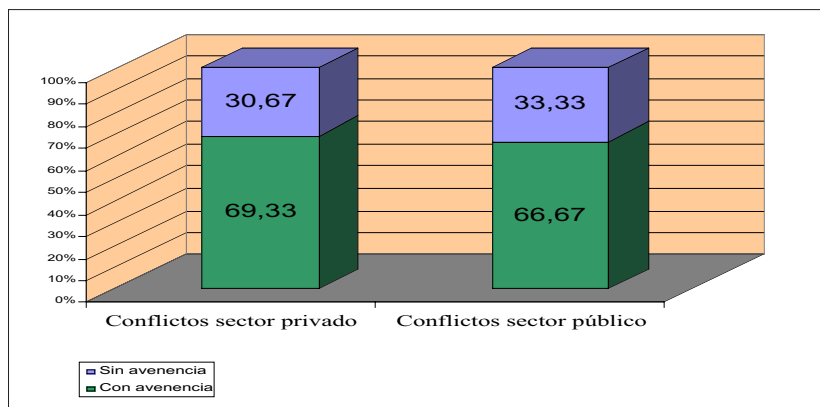
Resultados por ámbito privado público				
Ámbito	Con avenencia	%	Sin avenencia	%
Privado	234	57,49	173	42,51
Público	27	49,09	28	50,91
Total	261	56,49	201	43,51

Como se aprecia en el siguiente gráfico, en los tres últimos años de funcionamiento del SERCLA se ha visto reducida la diferencia de resultados derivados de la resolución de conflictos pertenecientes al sector privado y los del sector público, ya que cabe recordar que en 2001 la distancia sobrepasaba los 20 puntos porcentuales. En cualquier caso, es indudable que los índices de acuerdos suscritos en el SERCLA en 2003 mejoran los de 2002 tanto en el ámbito público como en el privado.

RESULTADOS POR ÁMBITO PÚBLICO/PRIVADO. EVOLUCIÓN INTERANUAL



**CONFLICTOS PREVIO A HUELGA.
RESULTADOS POR ÁMBITO PÚBLICO/PRIVADO**



Entre los acuerdos suscritos en SERCLA en 2003 poniendo fin a conflictos pertenecientes al sector público, cabe citar a modo de ejemplo, los que afectaron a la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras, Ayuntamiento de Huelva y Diputación Provincial de Sevilla.

Además, resulta necesario destacar que en lo que se refiere a los resultados obtenidos en los procedimientos previos a convocatoria de huelga, el porcentaje de acuerdos obtenidos en conflictos pertenecientes al ámbito público está muy próximo al registrado en la resolución de los conflictos del sector privado.

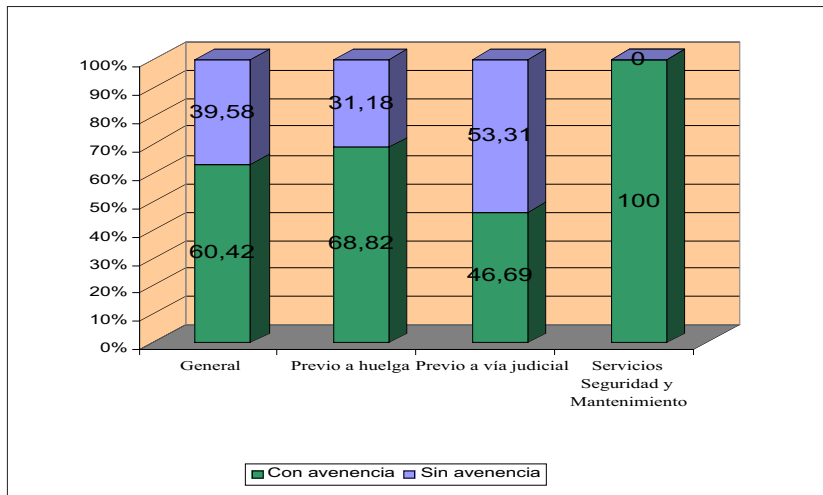
8. RESULTADOS POR MODALIDADES PROCEDIMENTALES

Si los resultados obtenidos en 2003 los estudiamos teniendo en cuenta los diferentes tipos de procedimientos sustanciados en el SERCLA, se aprecian diferencias entre los índices de acuerdo logrado en cada uno de ellos.

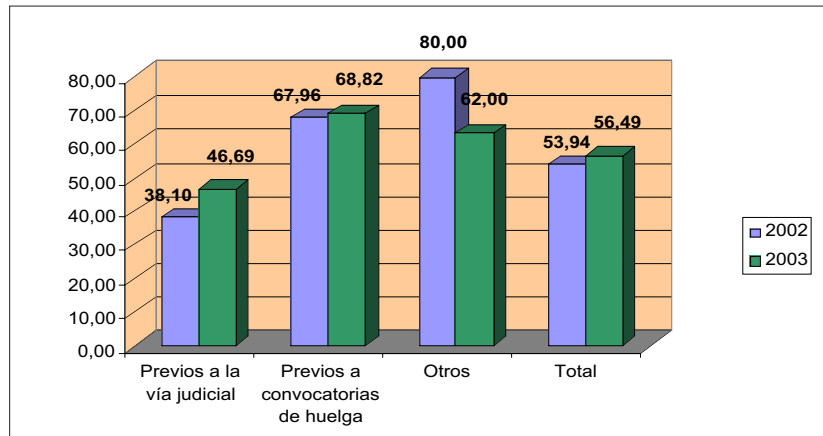
Resultados por modalidades procedimentales				
Modalidades procedimentales	Con avenencia	%	Sin avenencia	%
General	29	60,42	19	39,58
Previo a huelga	117	68,82	53	31,18
Previo a vía judicial	113	46,69	129	53,31
Servicios Seguridad Mantenimiento	2	100,00	0	0,00
Total	261	56,49	201	43,51

En la determinación de servicios de seguridad y mantenimiento se alcanza un 100% de avenencias, si bien debe considerarse el muy escaso peso cuantitativo de este procedimiento en el Sistema. Los magníficos resultados de los procedimientos previos a la convocatoria huelga obtenidos en pasadas anualidades se consolidan en 2003. En los generales o de intereses se alcanzan estimables resultados. En los procedimientos previos a la vía judicial se logran los mejores resultados desde que inició el SERCLA sus actuaciones.

RESULTADOS POR MODALIDADES PROCEDIMENTALES



RESULTADOS POR MODALIDADES PROCEDIMENTALES. COMPARATIVA 2002-2003



Si comparamos los índices de acuerdos logrados en 2003 en cada una de los tipos de procedimiento con los del año anterior, vemos como lo más destacado resulta ser el importante crecimiento porcentual de avenencias alcanzadas en la resolución de conflictos previos a la vía judicial, factor sin duda decisivo en el alza que experimenta el porcentaje global de acuerdos del SERCLA en 2003.

Si se procede a la comparación de los resultados obtenidos en 2003 en cada una de las provincias y dentro de cada modalidad procedimental respecto a los correspondientes a la anualidad anterior, se observan varias circunstancias dignas de ser destacadas.

En lo que se refiere a los procedimientos previos a vía judicial, lo más significativo son los incrementos experimentados en el porcentaje de acuerdos en Córdoba, Sevilla y , sobre todo, Jaén.

Respecto a los resultados obtenidos en los procedimientos previos a huelga, los datos de 2003, al compararlos con los del año anterior, reflejan significativos decrementos en Granada, Málaga y Sevilla. En contraposición, se observan importantes incrementos en los porcentajes de acuerdos alcanzados en la evitación de huelgas en Almería, Cádiz, Córdoba y Huelva.

**PORCENTAJE DE EXPEDIENTES CONCLUIDOS CON AVENENCIA.
COMPARATIVA INTERANUAL POR PROVINCIAS
Y MODALIDADES PROCEDIMENTALES**

	2002				2003			
	Previos a la vía judicial	Previos a convocat. de huelga	Otros	Total	Previos a la vía judicial	Previos a convocat. de huelga	Otros	Total
Almería	40,00	40,00	—	40,00	46,15	75,00	—	52,94
Cádiz	25,00	61,76	80,00	52,48	34,48	74,19	78,95	64,55
Córdoba	47,06	71,43	100,00	56,00	57,14	100,00	55,56	62,96
Granada	33,33	52,17	100,00	50,00	37,50	14,29	50,00	29,41
Huelva	46,67	60,00	80,00	56,00	50,00	80,00	50,00	55,56
Jaén	27,27	61,54	—	40,00	64,71	70,00	50,00	65,52
Málaga	48,89	93,94	100,00	68,75	53,62	78,13	0,00	59,62
Sevilla	36,92	73,47	50,00	52,59	42,65	59,09	71,43	50,42
Interprov.	0,00	33,33	—	20,00	12,50	50,00	50,00	25,00
Totales	38,10	67,96	80,00	53,94	46,69	68,82	62,00	56,49

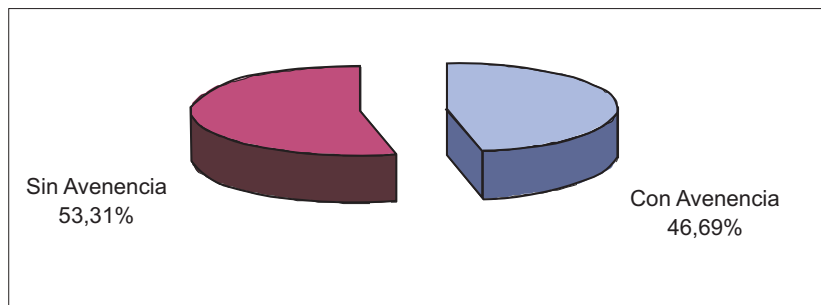
8.1. Resultados en conflictos jurídicos

A la hora de valorar los resultados derivados de la tramitación de este tipo de conflictos debe tenerse en cuenta que, como ya es conocido, la sustanciación de los mismos por el SERCLA se debe a que, en virtud del Acuerdo Interprofesional constitutivo, este Sistema Extrajudicial actúa con carácter preceptivo, al haber asumido la función del trámite preprocesal obligatorio previsto en el artículo 154 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Este intento de conciliación con anterioridad era objeto de tramitación en el servicio administrativo correspondiente. En concreto, en Andalucía correspondía a los Centros de Mediación, Arbitraje y Conciliación (CMAC), unidades administrativas incardinadas en la estructura orgánica de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía.

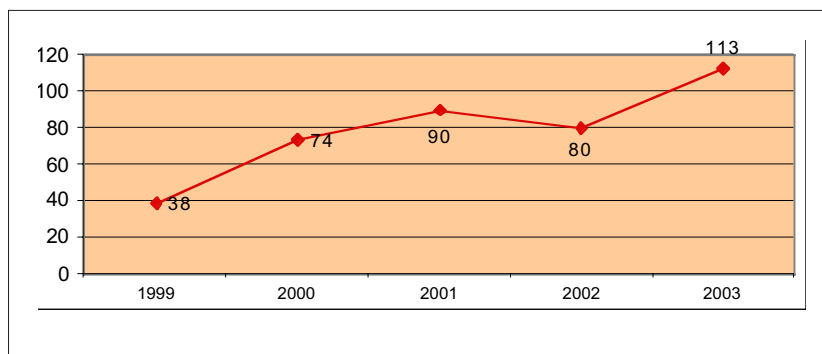
Pues bien, el porcentaje de acuerdos alcanzado en SERCLA en la resolución de procedimientos previos a vía judicial alcanza en el año 2003 el 46,69% de los conflictos tramitados, finalizando con acuerdo un total 113 expedientes, los cuales extienden su ámbito de aplicación a casi 20.500 empresas y casi 17.000 trabajadores andaluces.

CONFLICTOS PREVIOS A VÍA JUDICIAL. RESULTADOS



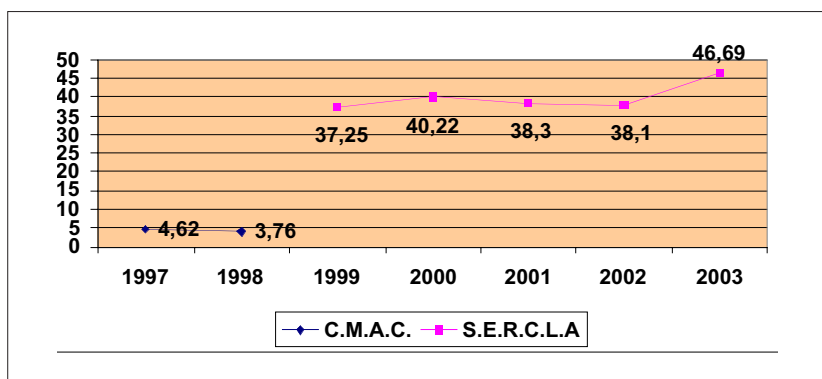
En el año 2003 los resultados obtenidos en la resolución de los conflictos jurídicos deben valorarse de forma muy positiva, pues se alcanza una cifra de acuerdos desconocida hasta ahora en los cinco años de funcionamiento del SERCLA.

**N.º DE ACUERDOS EN CONFLICTOS PREVIOS A VÍA JUDICIAL.
COMPARATIVA INTERANUAL**



Además, el porcentaje de avenencias alcanzadas en la resolución de este tipo de procedimiento en 2003 supone un importantísimo incremento respecto a los obtenidos por el SERCLA las anteriores anualidades, quedando a una distancia abismal los índices del anterior sistema conciliatorio administrativo gestionado por los CMAC.

**PORCENTAJE DE AVENENCIA EN CONFLICTOS JURÍDICOS.
EVOLUCIÓN INTERANUAL**



Entre los conflictos previos a vía judicial en los que se alcanzó acuerdo en 2003 cabe citar, a modo de ejemplo debido a su importante afectación personal, los que se refirieron al sector Agropecuario de Córdoba, sec-



tor Comercio de Huelva, Hospital Costa del Sol de Marbella (Málaga) y Transportes Urbanos de Sevilla S.A.M.

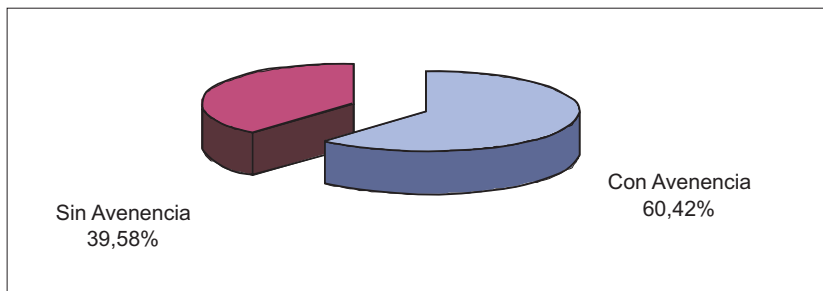
A la vista de todo lo anterior, no podemos perder de vista la repercusión de los resultados obtenidos en el SERCLA a través de esta modalidad procedimental, ya que consecuencia lógica de de los acuerdos previos susanciados en este Sistema debe ser la disminución de la conflictividad colectiva laboral en sede judicial.

8.2. Resultados en conflictos de negociación o intereses

Ante supuestos de conflictos de intereses, es decir, aquellos surgidos como consecuencia de procesos de negociación colectiva, los sujetos legitimados pueden acudir facultativamente al SERCLA, que desempeña el role de instancia en la que se logra la superación de situaciones de impasse u obstrucción del proceso negociador.

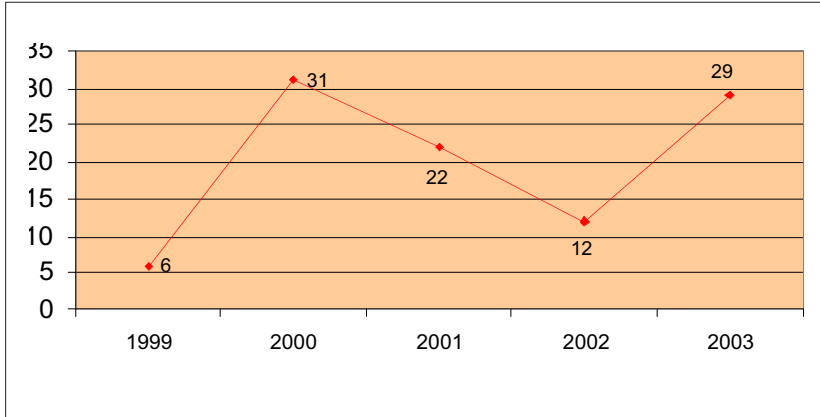
En la resolución de este tipo de conflictos, el porcentaje de acuerdos alcanzado en SERCLA en el año 2003 se sitúa en el 60,42% de los tramitados, finalizando con acuerdo un total 29 expedientes, los cuales extienden su ámbito de aplicación a 750 empresas y casi 14.500 trabajadores andaluces.

CONFLICTOS DE NEGOCIACIÓN O INTERESES. RESULTADOS



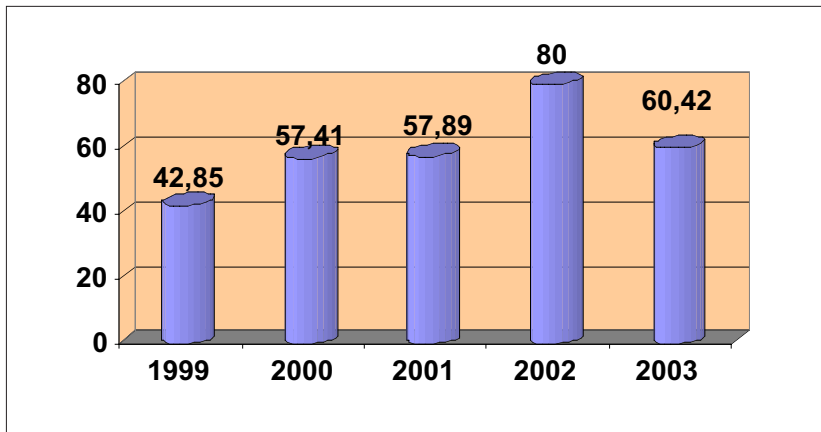
El número de acuerdos logrados en la resolución de este tipo de conflictos ha alcanzado diferentes cifras a lo largo de los cinco años de funcionamiento del SERCLA, suponiendo el dato de 2003 un crecimiento espectacular respecto a la cifra registrada el año anterior.

**N.º ACUERDOS EN CONFLICTOS DE NEGOCIACIÓN O INTERESES.
COMPARATIVA INTERANUAL**



La actuación de este Sistema Extrajudicial en 2003 sirvió para que se alcancen acuerdos superadores de situaciones de impasse en el proceso negociador que afectaron, por ejemplo, a las empresas auxiliares en el complejo petroquímico del Campo de Gibraltar, Mercasevilla y Unicaja. La mediación del SERCLA también a través de esta modalidad procedimental ha propiciado la firma de convenios sectoriales tales como el de Industrias de Panadería de Granada.

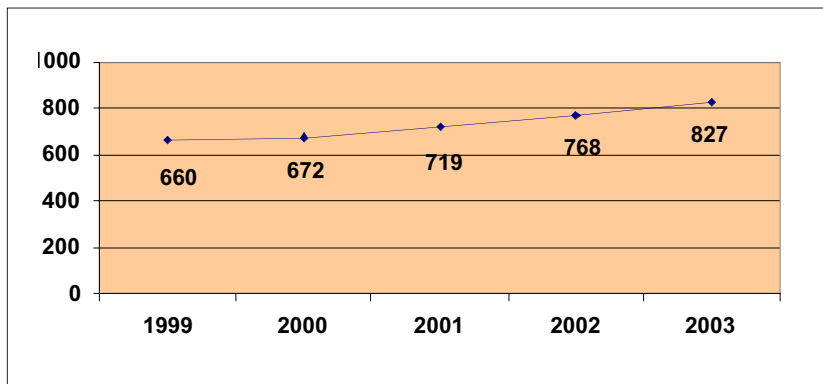
**PORCENTAJE DE AVENENCIA EN CONFLICTOS DE INTERESES.
EVOLUCIÓN INTERANUAL**



Al observar el porcentaje de avenencia alcanzado en estos cinco años en la resolución de bloqueos de negociación colectiva, se aprecia que estamos ante un tipo de conflicto en el que el SERCLA resulta ser un instrumento muy útil.

Los acuerdos alcanzados en este Sistema propician la potenciación y el enriquecimiento de la negociación colectiva andaluza. Muestra de ello es el incremento del número de convenios colectivos en Andalucía desde el año de inicio de actuaciones del SERCLA.

NÚMERO DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES EN ANDALUCÍA

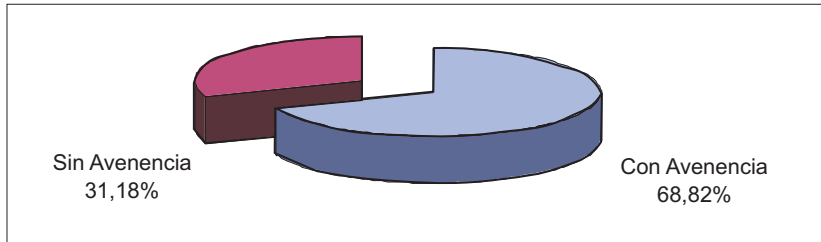


8.3. Resultados en conflictos previos a huelga

Con anterioridad al análisis de los resultados debemos recordar que estamos ante un procedimiento cuyo objeto es constituir un cauce de diálogo previo al inicio de una huelga que en caso de culminar en acuerdo permite evitar la misma y las consecuencias que para todos conlleva. Este procedimiento es obligatorio con carácter previo a la convocatoria de huelga para los firmantes del Acuerdo Interprofesional constitutivo del SERCLA, siempre que ellos sean los sujetos convocantes.

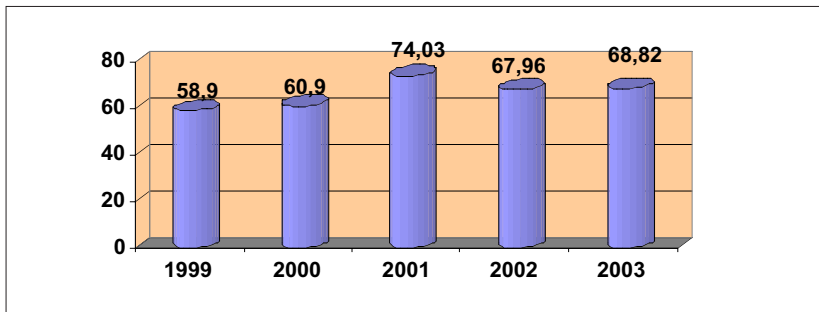
El recurso a este procedimiento por parte de los demás sujetos colectivos de la Comunidad Autónoma tiene carácter voluntario. En la resolución de los conflictos previos a huelga, el porcentaje de acuerdos alcanzado en SERCLA en el año 2003 se sitúa en el 68,82% de los tramitados, finalizando con acuerdo un total de 117 expedientes.

CONFLICTOS PREVIOS A HUELGA. RESULTADOS



Si descendemos al análisis de los datos de cada una de los centros de actuación del SERCLA, vemos como en varios de ellos los porcentajes de avenencia en la resolución de conflictos previos a huelga son notablemente superiores a la media del Sistema: Córdoba (100%), Algeciras (88,24%) y Huelva (80,00%).

PORCENTAJE DE AVENENCIA EN CONFLICTOS PREVIOS A HUELGA. EVOLUCIÓN INTERANUAL



El porcentaje global de avenencia logrado en 2003 en la resolución de este tipo de conflicto no solo consolida, sino que mejora el índice registrado el año precedente. Esto supone que se mantiene un muy elevado nivel de solución consensuada en el SERCLA de estos, fruto del diálogo y el acercamiento de sus protagonistas, contribuyendo de este modo al fomento de la paz social. Así, este Sistema Extrajudicial puede presumir de que casi 3 de cada 4 conflictos de este tipo son resueltos exitosamente, lo que conlleva la correspondiente desconvocatoria de huelga.

Los 117 expedientes previos a huelga concluidos con avenencia en 2003 extienden su ámbito de aplicación a 2.464 empresas y a 38.938 trabajadores andaluces, evitando en su conjunto la pérdida por huelgas de 961.048 horas de trabajo, con el consiguiente coste económico tanto para empresarios como para trabajadores.

Expedientes previos a huelga concluidos con avenencia				
Ámbito	N.º	Empresas	Trabajadores	Horas de trabajo recuperadas
Almería	3	3	112	2.272
Cádiz	46	117	6.206	195.160
Córdoba	4	5	158	5.832
Granada	1	1	43	1.032
Huelva	4	903	9.153	148.032
Jaén	7	7	258	5.488
Málaga	25	150	3.312	138.536
Sevilla	26	1.277	19.651	463.976
Interprovincial	1	1	45	720
Total	117	2.464	38.938	961.048

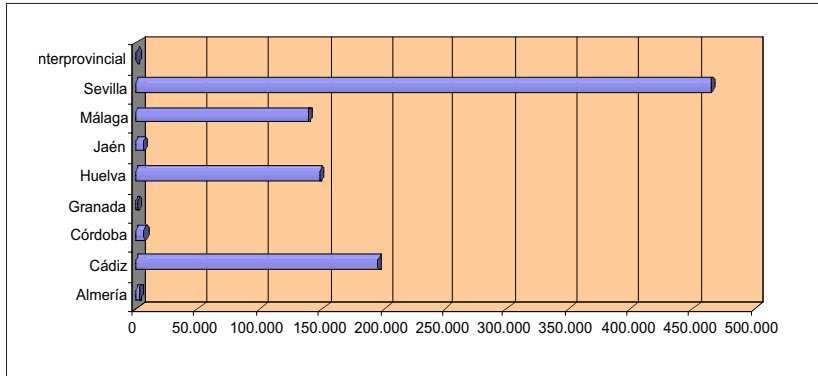
Expedientes previos a huelga concluidos con avenencia. Sedes provincia de Cádiz				
Ámbito	N.º	Empresas	Trabajadores	Horas de trabajo recuperadas
Algeciras	30	38	4.001	113.872
Cádiz	11	74	2.046	77.472
Jerez	5	5	159	3.816

El mayor número de acuerdos suscritos en procedimientos previos a huelga se observa en la sede del Campo de Gibraltar, cuyas actuaciones implicaron la evitación de 30 huelgas. A continuación se sitúan Sevilla y Málaga, provincias en las que, gracias a la mediación de este Sistema, no se llevaron a efecto 26 y 25 huelgas, respectivamente.

Entre los acuerdos alcanzados en SERCLA en 2003 en este tipo de procedimiento cabe citar, a la vista de su elevada afectación personal, aquellos que conllevaron la desconvocatoria de huelga en empresas tales como Acerinox, Mavisa, BBVA, Limasa y Sevillana de Expansión.

Por otro lado, conviene destacar que las avenencias alcanzadas en varios conflictos sectoriales a lo largo de la anualidad 2003, han conllevado tanto la evitación de las correspondientes huelgas como el desbloqueo de la negociación del respectivo convenio colectivo. Nos estamos refiriendo a los procedimientos relativos a los sectores de Transporte de Viajeros de Cádiz, Hostelería de Huelva y Siderometalúrgico de Sevilla.

HORAS DE HUELGA EVITADAS



La distribución territorial de las horas de huelga evitadas gracias a los acuerdos alcanzados, pone de relieve importantes diferencias, sobresaliendo la cifra correspondiente a Sevilla, Cádiz (sedes de Algeciras y Cádiz) y Huelva, centros de actuación en los que se alcanzan avenencias que afectan a gran número de trabajadores.

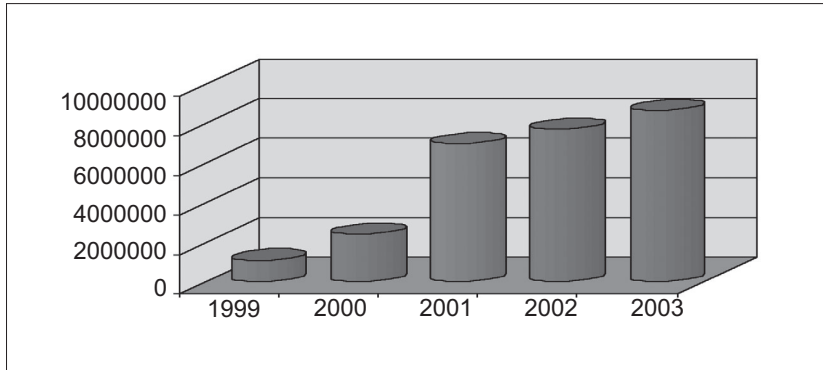
El montante de horas de trabajo cuya pérdida por huelgas han evitado los acuerdos alcanzados en SERCLA en 2003, significa un incremento de un 36,41% respecto a la cifra de la anualidad anterior.

Acuerdos alcanzados y Horas de huelga evitadas. Evolución interanual					
MAGNITUDES	1999	2000	2001	2002	2003
Acuerdos alcanzados en previos a huelga	43	81	134	140	117
Horas de trabajo cuya pérdida se ha evitado	1.060.560	1.330.416	4.580.072	704.480	961.048

En su conjunto los resultados obtenidos por el SERCLA bajo esta modalidad procedimental en sus cinco primeros años de funcionamiento, suponen 515 acuerdos que han permitido evitar la pérdida de 8.636.576 horas de trabajo.



**HORAS DE HUELGA EVITADAS.
EVOLUCIÓN ANUAL ACUMULADA**







5

Reseña de Legislación







Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía *

DECRETO 7/2004, de 20 de enero, de ampliación de las medidas de apoyo a las familias andaluzas

El Decreto 137/2002, de apoyo a las familias andaluzas establece medidas dirigidas a satisfacer una serie de necesidades sociales desde una perspectiva global, posteriormente ampliadas por el Decreto 18/2003. La conveniente adaptación a la realidad social provoca una nueva revisión, de conformidad con las previsiones establecidas en la Disposición Adicional Tercera del primero. En esta ocasión, las modificaciones afectan al acceso a las plazas de los centros de atención socio-educativa en los casos de familias numerosas, cuando alguno de los miembros de la familia esté afectado por una enfermedad que requiera el cuidado de una persona y éste sea asumido directamente por el padre o la madre que no desarrolle actividad, cuando existan circunstancias familiares de grave riesgo para el menor. Por otra parte, se mejoran las ayudas para la adquisición de libros de texto y se amplía el ámbito de las ayudas destinadas a mejora de la seguridad y adecuación funcional de la vivienda habitual de mayores de 65 años.

DECRETO 313/2003, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales de Andalucía

El V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía comprometía la elaboración de un nuevo Plan Andaluz de Prevención de Riesgos laborales, compromiso que fue materializado el 16 de junio de 2003 en el seno del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. El II Plan, con vigencia para el período 2003-2008, parte del análisis de la situación para establecer un total de ciento treinta acciones para la consecución de objetivo general, la promoción de la salud laboral y lo mejora de las condiciones de trabajo, y nueve objetivos estratégicos: implantar la cultura preventiva en la sociedad andaluza; mejorar el soporte legislativo de las acciones preventivas; impulsar el tratamiento de las materias preventivas en los diferentes niveles educativos y formativos; profundizar

* Selección y comentario a cargo de Rafael Gómez Gordillo.

en la mejora de la coordinación administrativa en lo que respecta a la prevención de riesgos laborales; desarrollar la participación/compromiso de los agentes sociales y económicos; implicar a las instituciones, entidades y expertos relacionados con los aspectos preventivos; desarrollar programas preventivos específicos sectoriales y verticales; impulsar acciones preventivas en la Administración Pública de la Junta de Andalucía; mejorar la capacidad de respuesta de los órganos técnicos especializados de la Administración Laboral Andaluza en materia preventiva.

Las acciones del II Plan se detallan especificando las instituciones responsables, las que deben intervenir, el ámbito temporal y el presupuesto estimado que se destinará a cada acción.

ORDEN de 20 de noviembre de 2003, por la que se modifica la de 24 de junio de 2002, que desarrolla los incentivos al empleo estable regulados por el Decreto 141/2002, de 7 de mayo

Las competencias a desempeñar por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de empleo y formación, tras el traspaso de competencias realizado por el Instituto Nacional de Empleo mediante Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, impulsa la modificación de los programas autonómicos de incentivos al fomento del empleo. En esta ocasión, se trata de integrar las distintas ayudas que, concedidas a tales fines, venían siendo gestionadas desde la administración central; en concreto, las reguladas en la Orden del MTSS, de 13 de abril de 1994, en la redacción dada por los Reales Decretos 1451/1983, de 11 de mayo, y 4/1999, de 8 de enero. La breve modificación operada por la orden comentada se concreta en un incremento de la cuantía de los incentivos fijados por cada contrato de carácter estable celebrado con personas discapacitadas y en la introducción de bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social, que serán del 70% para lo menores de 45 años y del 90% para los mayores de dicha edad. Dichos beneficios serán compatibles con la ayuda destinada a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios evitar accidentes laborales.

ORDEN de 17 diciembre de 2003, por la que se establece para el año 2004, la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el Decreto que se cita

La fijación de los beneficiarios de la prestación asistencial dental corresponde a la Consejería de Salud que, mediante Orden, establece anualmente los grupos de población que, en atención a su edad, se incorporan al ámbito subjetivo de esta novedosa prestación autonómica establecida por el Decreto 281/2001, dirigida a los residentes con edades comprendidas entre 6 y 15 años. Durante el año 2004, tendrán derecho a la asistencia dental básica y a los tratamientos especiales establecidos en la citada norma los nacidos en el período 1994 a 1998, ambos inclusive, lo que supone el incremento de un año con respecto a la normativa vigente en 2003.

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 para la inserción laboral de la Junta de Andalucía

El objeto de la orden es la promoción de la inserción laboral de los desempleados que se encuentran en situación de riesgo de exclusión social, para lo que se incentiva su contratación a través de Empresas Colaboradoras. Las empresas beneficiarias, instituciones públicas o privadas, deben cumplir dos requisitos: en primer lugar, el 30% de la plantilla habitual de la empresa debe pertenecer a los grupos de población a los que se dirige la orden; en segundo lugar, entre los fines de su objeto social deben incluir la integración laboral y el acceso al empleo ordinario de los desempleados con riesgo de exclusión. Los proyectos de inserción a través del empleo deben proporcionar a los trabajadores procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación social y laboral y, si procede, otras medidas de acompañamiento. Se excluyen las relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2.1 ET y las de quienes ostenten cargos de dirección o pertenezcan a los órganos de administración de las entidades contratantes.

En situación de riesgo de exclusión social se consideran a los pertenecientes a cinco colectivos: perceptores del Programa de solidaridad de la Junta de Andalucía, menores de treinta años procedentes de instituciones de protección de menores, mujeres víctimas de violencia doméstica, alcohólicos o drogodependientes inmersos en procesos de rehabilitación o reinserción e internos en centros penitenciarios o quienes lo hubiesen sido o se encuentren en libertad condicional. Tales colectivos coinciden con los reconocidos como inmersos en situación de exclusión social en la disposición adicional 15.^a del ET, que habilita para la concertación del contrato de formación, sin limitación máxima de edad. De acuerdo con lo establecido en la legislación laboral vigente, los contratos tendrán una duración de uno a tres años. Los incentivos se conceden por la celebración del contrato, de forma que en caso de que la persona contratada no agotase el período cubierto por la ayuda, podrá sustituirse por otra, en las mismas condiciones, hasta la finalización del tiempo convenido.

La orden establece dos tipos de incentivos: los primeros, dirigidos a la contratación de desempleados en riesgo de exclusión social a través de Empresas Colaboradoras, 50 % de los costes salariales o 60% cuando además sean discapacitados; en segundo lugar, después de un año en dichas empresas, se incentiva la contratación indefinida de tales trabajadores mediante una ayuda a tanto alzado.

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 generales de interés general y social

Con dicha orden, el ejecutivo andaluz pretende la adaptación del procedimiento de concesión de ayudas públicas, en régimen de concurrencia no com-

petitiva, destinadas a la contratación de desempleados para la ejecución de proyectos y servicios de interés general. Dichas ayudas consisten en la financiación de los costes salariales y de seguridad social de los contratos de inserción social (art. 15.1.d ET), hasta un máximo de 12 meses. La cuantía de las ayudas será equivalente a la base mínima del grupo de cotización al que corresponda el trabajador contratado, con independencia de las superiores retribuciones que éste perciba realmente.

ORDEN de 21 de enero de 2004, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social

Se regulan y convocan subvenciones para la promoción de la contratación, temporal o indefinida, de personas con problemas de drogodependencia y/o juego patológico en proceso de incorporación social. La contratación deberá realizarse por empresas públicas o privadas, instituciones o entidades sin ánimo de lucro que, durante un período mínimo de tres meses, contraten a personas incluidas en programas desarrollados por instituciones, empresas concertadas o asociaciones cuya actividad principal sea la atención a personas con tales problemas. Las subvenciones consisten en cantidades a tanto alzado cuya graduación dependerá del carácter indefinido o temporal de los contratos y, en el segundo caso, de la duración de los mismos.

ORDEN de 2 de febrero de 2004, por la que se regula el programa de Experiencias Profesionales para el Empleo, de Acompañamiento a la Inserción y se convocan ayudas para su ejecución

La orden comentada viene a desarrollar el artículo 4 del Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los programas para la Inserción laboral de la Junta de Andalucía. Se trata de ofrecer a los desempleados experiencias que puedan acercarlos al mundo del trabajo, proporcionándoles conocimiento sobre los hábitos, prácticas y valores propios de los entornos laborales. Los programas objeto de promoción se instrumentarán a través de tres tipos de actuaciones (visitas a empresas, entrevistas profesionales y prácticas profesionales), e irán destinados a los demandantes de empleo que, encontrándose entre los colectivos enunciados en el artículo 3 del Decreto 85/2003, sean derivadas por una oficina del SAE, dentro de un itinerario de inserción. En el supuesto de realización de prácticas profesionales, los destinatarios deberán reunir además tres requisitos (titulación universitaria, formación profesional o certificación de formación profesional ocupacional, que no hayan transcurrido más de dos años desde la obtención del título y carecer de experiencia profesional relacionada con dicha cualificación). Por último, no serán aplicables los requisitos anteriores a los demandantes de primer empleo discapacitados, pertenecientes a minorías étnicas o a colectivos en riesgo de exclusión. El SAE podrá conceder ayudas de hasta el 100% de los costes de los proyectos de acompañamiento a la inserción, con los límites fijados por la propia orden.

DECRETO 7/2004, de 20 de enero, de ampliación de las medidas de apoyo a las familias andaluzas
BOJA núm. 15, de 23 de enero de 2004

Mediante el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, se ha establecido un amplio elenco de medidas dirigidas a satisfacer las necesidades de las familias desde una perspectiva global. Posteriormente, el Decreto 18/2003, de 4 de febrero, ha venido a ampliar las medidas inicialmente recogidas en la citada norma.

La necesaria adaptación a la cambiante realidad social obliga a una permanente actualización de aquéllas. En este sentido, la Disposición Adicional Tercera del Decreto 137/2002, de 30 de abril, establece que al objeto de su revisión de forma continuada y su adaptación a la realidad cambiante de las familias andaluzas, las medidas que establece tendrán una vigencia de cuatro años y deberán ser revisadas y adaptadas anualmente, en su caso, a las nuevas situaciones que se produzcan.

Dentro de esta previsión, se estima conveniente ampliar las medidas previstas en el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas en los siguientes aspectos: facilitar el acceso a las plazas de los centros de atención socio-educativa en los casos de familias numerosas; en las que alguno de sus miembros se encuentre afectado por una enfermedad que requiera el cuidado de una persona y éste sea asumido directamente por el padre o la madre que no desarrolle actividad laboral; en los supuestos que conlleven circunstancias familiares de grave riesgo para el/la menor; así como mejorar las ayudas para adquisición de libros de texto y ampliar el ámbito de las destinadas a mejoras en las viviendas que constituyan residencia habitual y permanente de personas mayores.

En su virtud, a propuesta del Consejero de la Presidencia, de conformi-

dad con el artículo 39.2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 20 de enero de 2004

DISPONGO

Artículo 1. *Modificación del artículo 9 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, sobre requisitos para el acceso a los centros de atención socio-educativa.*—Se modifica el artículo 9 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, que queda redactado como sigue:

«Artículo 9. *Requisitos.* 1. Son requisitos para el acceso a las plazas en centros de atención socio-educativa los siguientes:

a) Que el/la menor para el/la que se solicita la plaza tenga más de dieciséis semanas y menos de tres años.

Excepcionalmente, cuando las circunstancias socio-laborales de la familia solicitante lo justifiquen podrán atenderse niños/as menores de dieciséis semanas.

No podrá solicitarse plaza, de reserva o de nuevo ingreso, para un curso escolar, cuando el niño/a cumpla la edad de tres años durante el año de presentación de la solicitud.

b) Que los ingresos de la unidad familiar no superen los establecidos en la Disposición Adicional Primera.

c) Que el padre y la madre trabajen. Este requisito no será exigible:

— Cuando se trate de familias monoparentales o numerosas.

— Cuando el menor o la menor para quien se solicite la plaza tenga reconocido al menos un 33% de grado de minusvalía.

— Cuando algún miembro de la familia se encuentre afectado por una enfermedad que por su duración, riesgo para la vida del enfermo o limitación de la capacidad que ocasione, requiera el cuidado de una persona y éste sea asumido directamente por el padre o la madre que no desarrolle actividad laboral.

— Cuando algún miembro de la familia tenga reconocido al menos un 33% de grado de minusvalía y su cuidado sea asumido directamente por el padre o la madre que no desarrolle actividad laboral.

2. En la convocatoria anual que se celebre para la adjudicación de las plazas se atenderán prioritariamente aquellos casos en los que las circunstancias socio-familiares ocasionen un grave riesgo para el/la menor, aunque no reúna los requisitos establecidos en las letras b) y c) del apartado primero, quedando incluidos/as en este supuesto los hijos/as de mujeres atendidas en los Centros de Acogida para mujeres maltratadas.

3. Se establecerán medidas para facilitar el acceso a una de las plazas en centros de atención socioeducativa cuando, con posterioridad a la adjudicación de las mismas, concurra alguno de los siguientes supuestos.

a) Cuando se produjesen circunstancias sociofamiliares de grave riesgo para el/la menor.

b) Cuando se modificase la situación familiar, produciéndose alguno de los supuestos previstos en la letra c) del apartado 1 de este artículo».

Artículo 2. *Modificación del artículo 19.2 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, sobre ayudas para la adquisición de libros de texto.*—Se modifica el apartado 2 del artículo 19 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, que queda redactado como sigue:

«2. El importe de la ayuda será de 78 euros por alumno/a».

Artículo 3. *Modificación del artículo 29.5 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, sobre requisitos de los beneficiarios de las ayudas destinadas a mejorar la seguridad y adecuación funcional de las viviendas que constituyan residencia habitual y permanente de personas mayores.*—Se modifica el apartado 5 del artículo 29 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, que queda redactado como sigue:

«5. Serán beneficiarios de estas ayudas los/as titulares de la Tarjeta Andalucía-Junta Sesentaycinco cuyos ingresos de la unidad familiar no superen 2,5 veces el Salario Mínimo Interprofesional».

Artículo 4. *Revisión de las ayudas para adquisición de libros de texto.*—Se incluye una Disposición Adicional Séptima en el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, con la siguiente redacción:

«Disposición Adicional Séptima: Revisión de las ayudas para adquisición de libros de texto.

La cuantía de la ayuda a que se refiere el apartado 2 del artículo 19 del presente Decreto, se actualizará por las normas que se dicten en desarrollo del mismo».

Disposición Final Primera. Texto integrado.

Se faculta al titular de la Consejería de la Presidencia para publicar, mediante Orden, un texto integrado del Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, del Decreto 18/2003, de 4 de febrero, de ampliación de las medidas de apoyo a las familias andaluzas y del presente Decreto.

Disposición Final Segunda. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 20 de enero de 2004

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

DECRETO 313/2003, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales de Andalucía
BOJA núm. 22, de 3 de febrero de 2004

La creación de empleo debe ir acompañada necesariamente de la mejora de las condiciones de trabajo, en su sentido más amplio, integrando la prevención de riesgos laborales y una óptima salud laboral como elementos determinantes de la calidad del empleo.

Este objetivo requiere el protagonismo y la corresponsabilidad de los agentes económicos y sociales como sujetos activos de las actividades productivas. A este respecto el V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, alcanzado por el Gobierno andaluz y los agentes económicos y sociales más representativos —la Confederación de Empresarios de Andalucía, la Unión General de Trabajadores de Andalucía y Comisiones Obreras de Andalucía—, estableció el compromiso de elaborar un nuevo Plan Andaluz de Prevención de Riesgos laborales.

En el marco de dicho Acuerdo de Concertación Social, tras elaboradas discusiones en el seno de la Comisión Permanente del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, órgano tripartito creado por Decreto 277/1997, de 9 de diciembre, se aprobó el II Plan General para la Prevención de los Riesgos Laborales en Andalucía 2003-2008 en fecha 16 de junio de 2003. La aprobación de este instrumento de planificación es la culminación del mandato contenido en la actuación V.4 del V Acuerdo de Concertación Social.

El presente Plan trata de recoger las demandas emanadas de los agen-

tes sociales y económicos, y las de la propia Junta de Andalucía expresadas a través del Dictamen de la Comisión de Empleo y Desarrollo Tecnológico del Parlamento de Andalucía. El Plan parte de una introducción y tras analizar profusamente la situación, enmarca tanto los ámbitos temporal y geográfico como las instituciones, organismos y medios implicados en el mismo. Una vez analizados todos los puntos, desarrolla las 130 acciones previstas organizándolas en torno a un objetivo general: La promoción de la salud laboral, la reducción de la siniestralidad laboral y la mejora de las condiciones de trabajo; y posteriormente a nueve objetivos estratégicos, cada uno de los cuales aparece descompuesto en diversos objetivos operacionales. Las acciones del Plan se describen especificando la institución responsable, las intervinientes, el ámbito temporal a que se circunscribe y el presupuesto estimado que se destinará a la citada acción. El Plan culmina estableciendo los órganos que se crean para la dirección y coordinación de las acciones concretas, los instrumentos de seguimiento, control, valoración de resultados y conclusiones.

Este instrumento de planificación general para Andalucía garantiza una correcta aplicación y extensión de las medidas a adoptar en nuestra Comunidad en materia de Prevención de Riesgos Laborales, tanto en el sector público como en el privado. Pretende la coordinación de todos los organismos e instituciones y la implantación a es-

cala general de una cultura preventiva en la sociedad andaluza.

El Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales que se aprueba mediante el presente Decreto afecta a la totalidad de las Consejerías de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Empleo y Desarrollo Tecnológico, al amparo de lo previsto en el artículo 26.15 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 11 de noviembre de 2003,

DISPONGO

Artículo 1. *Aprobación del Plan.*— Se aprueba el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, que figura como anexo al presente Decreto.

Artículo 2. *Vigencia del Plan.*— La vigencia del Plan objeto de aprobación se extenderá durante los años 2003 a 2008.

Disposición final única. *Desarrollo del Plan.*—Se faculta al titular de la Consejería Empleo y Desarrollo Tecnológico para dictar, en el ámbito de sus competencias, las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución del Plan.

Sevilla, 11 de noviembre de 2003

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta
de Andalucía

ANTONIO VIERA CHACÓN
Consejero de Empleo
y Desarrollo Tecnológico

JOSÉ ANTONIO VERA CHACÓN
Consejero de Empleo
y Desarrollo Tecnológico

ANEXO

PLAN GENERAL PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN ANDALUCÍA

ÍNDICE

1. Introducción.
2. Análisis de la situación.
3. Ámbitos temporal y geográfico.
4. Instituciones y organismos implicados.
5. Medios previstos.
6. Contenido de las acciones y desarrollo de objetivos.
7. Dirección y coordinación de acciones concretas.
8. Seguimiento y control.
9. Valoración de los resultados.
10. Conclusiones.
11. Cronograma.
12. Glosario.
13. Sinopsis.
14. Resumen presupuestario.

1. Introducción

La salud laboral, la reducción de la siniestralidad laboral y la prevención de los riesgos derivados del trabajo, constituyen en los albores del siglo XXI cuestiones que, para el Gobierno de la Junta de Andalucía, deben ser prioritarias. La política de la Junta de Andalucía en los próximos años atenderá, con carácter preferencial, los aspectos relacionados con la prevención de riesgos laborales y, en definitiva, con la seguridad y la salud en el trabajo.

Y esto debe ser así desde un punto de vista estrictamente ético y social. En lo ético porque los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (concepto legal restringido) o, mejor, las enfermedades derivadas del trabajo (concepto globalizador) constituyen un drama personal y familiar que hay que atajar. Pero, también social porque los

sinistros tienen una incidencia, no sólo en el mundo del trabajo, sino, también, en la sociedad en su conjunto. Asimismo debe contemplarse desde diversos planos: desde un plano afectivo, en cuanto que los siniestros repercuten afectivamente en la sociedad y desde un plano económico, porque la repercusión económica de los siniestros no siempre se visualiza de forma evidente, habida cuenta que, los distintos costes que se derivan de un siniestro pueden quedar «diluidos», en la situación actual, de forma tal que ni la sociedad en general, ni la empresa en particular, son conscientes de cómo el accidente de trabajo y la enfermedad profesional alteran su cuenta de resultados.

Desde otra perspectiva, la siniestralidad laboral es una consecuencia inmediata de las condiciones técnicas de trabajo en las que se desarrolla la actividad laboral y, en definitiva, de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en las que se lleva a cabo ésta. La prevención de riesgos laborales, según la definición preconizada por la extinta Norma UNE 81902:1996 EX, constituye el conjunto de actividades o medidas, adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la organización con el fin de evitar o disminuir estos riesgos. Una adecuada prevención debe incidir sobre la siniestralidad, disminuyendo las elevadas cifras de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pero la situación es mucho más compleja.

Desde la Orden de 9 de marzo de 1971, que aprobaba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, hasta el momento actual, nuestro acervo legislativo no tiene parangón en la Unión Europea.

A partir de 1978, en que se puso en marcha el Primer Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo y hasta el documento «Estra-

tegia Comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo para el período 2002-2006», que puede ser considerado como el Quinto Programa de Acción, la Comisión Europea ha desarrollado múltiples acciones, entre las que cabe recordar el Año Europeo de la Seguridad y Salud en el Trabajo (1992), y la creación de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo. No obstante, la implantación de todo lo concerniente a la seguridad y salud en el trabajo y a la prevención de riesgos laborales en Europa sigue teniendo problemas con distinto nivel de intensidad en su manifestación y en diferentes ámbitos; el modelo preventivo aún no está perfectamente ajustado, y difícilmente lo va a estar ya que se está inmerso en un mundo cambiante, en general, y en lo laboral en particular.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha venido a establecer una nueva concepción de la vieja acepción de seguridad e higiene en el trabajo, hoy entendida como prevención de riesgos laborales, integrada en el conjunto de actividades de la empresa, con un marcado carácter globalizador que obliga a su consideración preventiva desde una óptica de conjunto.

Sin embargo, a pesar de ser una norma que entró en vigor en el mes de febrero de 1996, su aplicación no ha evitado que la siniestralidad siga distorsionando el mercado laboral.

Consciente del problema, el Parlamento de Andalucía, en su sesión plenaria de 31 de mayo y 1 de junio de 2000, aprobó la creación de un Grupo de Trabajo que analizara la siniestralidad laboral en Andalucía, que concluyó con el Dictamen de la Comisión de Empleo y Desarrollo Tecnológico, en el que se contienen una serie de medidas para intentar paliar los aspectos negativos de la siniestralidad laboral, que

consisten en propuestas de actuación en relación con la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma Andaluza, así como en relación con los Agentes Sociales y Económicos, Universidades Andaluzas, Colegios Profesionales, etc. Entre estas propuestas se incluye la redacción del Plan Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

La alta sensibilidad de los Agentes Económicos y Sociales y del Gobierno Andaluz, en torno a la problemática de la siniestralidad y de la implantación de la cultura preventiva en nuestro entorno, hizo posible que en el apartado V sobre Relaciones Laborales del V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, se contemplara con especial incidencia la prevención de riesgos laborales. En base a ello, se comparte la necesidad de llevar a cabo una serie de actuaciones específicas en este ámbito, entre las que destacan, la potenciación y refuerzo de las actuaciones del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, la creación del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, el impulso de la puesta en marcha de una Fundación Tripartita y la elaboración de un Plan Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales que responda al compromiso del Gobierno Andaluz con los Agentes Sociales y Económicos.

2. Análisis de la situación

2.1. Características de la situación

2.1.1. *En lo que respecta al mundo del trabajo*

El término que mejor podría reflejar la situación actual del mundo del trabajo, podría ser el de dinamismo.

El influjo que están teniendo las nuevas tecnologías de la información y comunicación así como las nuevas formas de trabajo —teletrabajo, trabajo temporal, trabajo subcontratado, autoempleo, etc.— están sufriendo a las fórmulas tradicionales. El aumento del empleo en el sector servicios ha hecho aparecer riesgos emergentes con los que, por lo general, aún no se está familiarizado. A ello se une que la evolución demográfica hace prever que, en el año 2005, habrá más trabajadores de 50 a 60 años de edad que de 30 a 40. Permanentemente, se producen nuevas cualificaciones que, en muchas ocasiones, modifican las prioridades de los trabajadores: frente a las convencionales (salario, riesgo de accidente de trabajo, etc.) aparecen las referentes a aspectos tales como los psicosociales y ergonómicos. Por último, las decisiones y soluciones se adoptan a nivel europeo e internacional como consecuencia de la globalización.

Se constata también la existencia de mano de obra en la economía sumergida y la incorporación de inmigrantes al mundo del trabajo en nuestra Comunidad con las dificultades de todo orden que ello conlleva.

2.1.2. *En lo que respecta a la normativa legal*

El dispositivo legal existente para afrontar esta situación es sumamente extenso y de una cierta complejidad. Las Directivas derivadas de los extintos artículos 118 A (Espacio Social) y 100 A (Mercado Interior) del Acta Única Europea, han supuesto, tras su transposición a nuestro ordenamiento jurídico en los ámbitos de las relaciones laborales y de la seguridad en el producto, un conjunto de normas legales cuya observación no se está mostran-

do fácil. Sirva como ejemplo la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su normativa de desarrollo; en el artículo 1 se dispone que «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». Igualmente, el artículo 9.1.a) establece, como una de las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, «Vigilar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, así como de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, aunque no tuvieran la calificación directa de normativa legal...».

De lo anterior se infiere el amplio espectro legislativo que hay que aplicar y, previamente, conocer, en lo que concierne a la prevención de riesgos laborales.

2.1.3. *En lo que respecta a las empresas y trabajadores.*

La extensa normativa legal de alto contenido técnico, la insuficiencia de estos conocimientos en las micro y pequeñas empresas, la aparición de los denominados riesgos emergentes (trastornos músculo-esqueléticos, mobbing, estrés, radiaciones ionizantes, etc.) y la asunción de la gestión de la prevención por la estructura empresarial, como nuevo elemento a incorporar en el conjunto de su organización, entre otras causas, ha propiciado dificultades en la asimilación de las nuevas situaciones preventivas, obligando a un cambio de hábitos tanto de los empresarios como de los trabajadores.

2.1.4. *En lo que respecta a la Administración Laboral*

A la Administración Laboral Andaluza le corresponde, de acuerdo con la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de Andalucía, la ejecución de la legislación laboral aprobada a nivel nacional, adquiriendo por ello un papel fundamental como promotora y garante de la prevención de los riesgos laborales en Andalucía. Para ello se requerirá que, tanto el Área de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, así como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Andalucía, dispongan de los efectivos humanos y de las dotaciones presupuestarias y técnicas adecuadas.

Asimismo, los Centros de Prevención de Riesgos Laborales, han asumido competencialmente las funciones de Servicio de Prevención Propio de los trabajadores al servicio de la Administración Pública de la Junta de Andalucía, a excepción de los adscritos al Servicio Andaluz de Salud, siendo necesaria su agilización organizativa al objeto de garantizar sus cometidos.

2.2. **La Siniestralidad Laboral en Andalucía**

2.2.1. *La Siniestralidad en el 2002*

2.2.1.a) *Enfermedades Profesionales*

En lo concerniente a enfermedades profesionales, se está produciendo un mayor número de declaraciones, como consecuencia de un mayor conocimiento de las enfermedades profesionales y de los nuevos riesgos emergentes.

Desde el año 2000 hasta el 2002, la evolución se plantea en el siguiente cuadro:

Gr/Año	2000	2001	Var %	2002	Var %
Leves	809	1.128	38	1.193	23,49
Graves	39	42	8	49	16,66
Mortales	0	0	0	0	0

2.2.1.b) Accidentes de Trabajo

La accidentalidad en el presente año marca una línea de evolución mantenida según balance al cierre del año, conforme al siguiente desglose:

— En lo relativo a los accidentes leves, se produce un ligero incremento del 3,97% respecto al año precedente donde resultaba un cómputo total de 143.075 frente a los 148.761 contabilizados a final del año, incremento que se va reduciendo paulatinamente.

— De igual forma se recoge también un incremento de un 3,27% en lo que se refiere a los accidentes mortales que pasan de 153 de 2001 a los 158 del presente año.

— En cuanto a los accidentes Graves, se confirma una tendencia reductora cifrada en un -3,13% respecto al 2001 donde se produjeron 2.748 accidentes frente a los 2.662 de este año.

Gr/Año	2000	2001	Var %	2002	Var %
Leves	136.007	143.075	5,20	148.761	3,97
Graves	2.598	2.748	5,77	2.662	-3,13
Mortales	148	153	3,38	158	3,27

La tabla comparativa de la tasa de variación de los accidentes en el año 2002, respecto a igual período de 2001, expresa las diferencias globales porcentuales.

	Leves	Graves	Mortales	Totales
Agricultura				
Andalucía	0,38	-7,84	-23,81	0,15
Nacional	-4,79	-3,57	-15,53	-4,78
Diferencia	5,17	-4,27	-8,28	4,93
Industria				

Andalucía	0,72	-9,50	-36,00	0,51
Nacional	-6,65	-7,37	-1,50	-6,65
Diferencia	7,37	-2,13	-34,5	7,16
Construcción				
Andalucía	6,87	5,89	13,51	6,86
Nacional	-0,75	4,38	14,46	-0,67
Diferencia	7,62	1,51	-0,95	7,53
Servicios				
Andalucía	2,93	-5,29	16,67	2,78
Nacional	0,80	-3,57	17,09	0,77
Diferencia	2,13	-1,72	-0,42	2,01
TOTALES				
Andalucía	3,45	-3,30	0,70	3,32
Nacional	-1,92	-2,32	8,95	-1,92
Diferencia	5,37	-0,98	-8,25	5,24

Vista la tabla anterior, se comprueba que las comparaciones con los datos del ámbito nacional, son desfavorables para la Comunidad Autónoma en los accidentes leves y en los totales, unas veces como consecuencias de variaciones en sentidos diferentes o por reducciones menores o aumentos superiores.

Se marcan diferencias favorables en los accidentes Graves y Mortales, que tiene el menor peso cuantitativo, aún cuando conllevan un peso cualitativo muy superior por la carga social que contienen.

2.2.2. La Evolución de la siniestralidad y su valoración en el contexto nacional y autonómico

Cuando se toman referencias comparativas en el ámbito externo a la Comunidad (tanto a nivel nacional como de otras comunidades) y además, las comparaciones se efectúan en referencia a los valores relativos denominados «índices de incidencia», se aprecia que Andalucía se mantiene por debajo de la media nacional, no obstante mante-

tan a todos los organismos y entidades de la Administración de la Junta de Andalucía, los más directamente implicados serán:

- Consejería de la Presidencia.
- Consejería de Economía y Hacienda.
- Consejería de Gobernación.
- Consejería de Justicia y Administración Pública.
- Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.
- Consejería de Obras Públicas y Transportes.
- Consejería de Agricultura y Pesca.
- Consejería de Salud.
- Consejería de Educación y Ciencia.
- Consejería de Cultura.
- Consejería de Medio Ambiente.
- Consejería de Asuntos Sociales.
- Instituto de Fomento de Andalucía.
- Instituto Andaluz de la Mujer.
- Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Escuela Andaluza de Salud Pública.
- Empresa de Emergencias Sanitarias.
- Servicio de Emergencias 112.
- Instituto Andaluz de la Juventud.
- Centros de Información y Formación Agrícola.
- Centros de Formación del Profesorado.

4.2. **Administración General del Estado**

4.2.1. *En aspectos competenciales transferidos a la Junta de Andalucía*

- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

4.2.2. *En otros aspectos no transferidos*

- El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
- Los Departamentos Ministeriales competentes en las propuestas normativas que más adelante se explicitarán:

- Hacienda.
- Economía Justicia.
- Trabajo y Asuntos Sociales.
- Administraciones Públicas.
- Sanidad y Consumo.

4.3. **Administración Local**

- Corporaciones Locales.
- Mancomunidades de municipios
- Diputaciones Provinciales.
- Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP).

4.4. **Agentes Sociales y Económicos**

- Confederación de Empresarios de Andalucía (C.E.A.).
- Comisiones Obreras de Andalucía (CC.OO.-A).
- Unión General de Trabajadores de Andalucía (UGT-A).

4.5. **Entidades relacionadas con la prevención de riesgos laborales**

Desde el Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, se articularán acuerdos con aquellas entidades actuantes en el marco de la Prevención de Riesgos Laborales que así se consideren pertinentes.

4.6. **Otras Entidades**

4.6.1. *Parlamento de Andalucía*

A través de su Comisión de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

4.6.2. *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*

4.6.3. *Colegios Profesionales*

A través de sus respectivos Consejos Interprovinciales de Colegios Profesionales.

— Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales.

— Aparejadores y Arquitectos Técnicos.

— Psicólogos.

— Graduados Sociales.

— Ingenieros Industriales.

4.6.4. Universidades Andaluzas

Entidades fundamentales desde varias perspectivas como se verá más adelante.

5. Medios Previstos

5.1. *Medios humanos*

Se contará con:

— El personal adscrito a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

— El personal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se considere necesario en la planificación de actuaciones que se aprueben en la Comisión Territorial.

— El personal de otros Departamentos de la Administración de la Junta de Andalucía que se acuerde a través de los oportunos Instrumentos de colaboración.

— El personal del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene que se asigne a programas concretos.

— El personal que se derive de los Convenios de colaboración que se suscriban con los Agentes Sociales y Económicos.

5.2. *Medios económicos*

La financiación de las acciones previstas en este Plan se realizará fundamentalmente a través de los medios económicos que se doten en el presupuesto de la Junta de Andalucía para cada ejercicio económico y de las aportaciones realizadas por las demás instituciones implicadas de acuerdo con los convenios o acuerdos firmados.

5.3. *Medios Técnicos*

Los medios técnicos-equipamiento e infraestructura- previstos son los propios de los Departamentos implicados y de las Instituciones y Entidades participantes.

6. Contenido de las acciones y desarrollo de objetivos

El Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía se fundamenta en el objetivo general de promoción de la salud laboral, reducción de la siniestralidad laboral y la mejora de las condiciones de trabajo.

El desarrollo se estructurará en una serie de objetivos estratégicos, cada objetivo se desarrollará en objetivos operacionales que se concretarán en acciones específicas para cada uno de ellos.

6.1. *Objetivos estratégicos*

1. Implantar una cultura preventiva en la sociedad andaluza.

2. Mejorar el soporte legislativo de las acciones preventivas.

3. Impulsar el tratamiento de las materias preventivas en los diferentes niveles educativos y formativos.

4. Profundizar en la mejora de la coordinación administrativa en lo que

respecta a la prevención de riesgos laborales.

5. Desarrollar la participación/compromiso de los agentes sociales y económicos.

6. Implicar a las Instituciones, Entidades y expertos relacionados con los aspectos preventivos.

7. Desarrollar programas preventivos específicos sectoriales y verticales.

8. Impulsar acciones preventivas en la Administración Pública de la Junta de Andalucía.

9. Mejorar la capacidad de respuesta de los órganos técnicos especializados de la Administración Laboral Andaluza en materia preventiva.

6.2. *Acciones previstas*

1. Implantar una cultura preventiva en la sociedad andaluza.

1.1. Desarrollar campañas de sensibilización dirigidas a la sociedad andaluza.

Acción 1. Diseño y puesta en marcha de campañas de sensibilización generales masivas a través de los medios de comunicación social (prensa, radio y TV regionales y locales) así como soportes estáticos (vallas, cabinas, etc.) y dinámicos (autobuses urbanos).

— Institución responsable: C.E.D.T., C.A.P.R.L.

— Institución/es interviniente/s: Consejería de la Presidencia.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: I Fase: 2.000.000 E (2003-2004). II Fase: 4.000.000 E (2005-2008).

Acción 2. Diseño y puesta en marcha de campañas de sensibilización específicas a las familias a través de soportes concretos y con mensajes apropiados.

— Institución responsable: C.E.D.T., C.A.P.R.L.

— Institución/es interviniente/s: Consejería de la Presidencia.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado: 60.000 €.

Acción 3. Creación de exposiciones estables con elementos que permitan visualizar la importancia de la prevención: Centros temáticos de Granada y Córdoba.

— Institución responsable: C.E.D.T., C.A.P.R.L.

— Instituciones intervinientes: Parques Tecnológicos Granada y Córdoba.

— Ámbito temporal: 2003-2005.

— Presupuesto estimado: 10.000.000 €.

Acción 4. Suscripción de un Convenio con RTVA para la difusión de programas sobre temas preventivo-laborales.

— Institución responsable: C.E.D.T., C.A.P.R.L.

— Institución/es interviniente/s: Consejería de la Presidencia- RTVA.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado: 600.000 €.

Acción 5. Implantación de una línea 900 sobre aspectos jurídico-técnicos relacionados con la prevención.

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T., C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 500.000 €.

Acción 6. Creación de una consulta a Expertos en materia preventiva en la página web de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado.

Acción 7. Contratación de Aulas móviles de Información/ Sensibilización / Formación «Prevebus» dirigidas al público en general y a colectivos específicos.

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

- Ámbito temporal: 2003-2004.
- Presupuesto estimado: 900.000 €.

1.2. Implantar en las enseñanzas primaria, secundaria y bachiller el germen de una cultura preventiva.

Acción 8. Desarrollo e incorporación a los diferentes currícula módulos educativos con carácter transversal adecuados a los diferentes niveles educativos.

— Institución responsable: Consejería de Educación y Ciencia.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado.

Acción 9. Desarrollo e impartición de cursos para el profesorado de los diferentes niveles educativos generadores de una conciencia preventiva, así como de formación de formadores en lo que respecta a los módulos transversales previstos.

— Institución responsable: C.E.C.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado: 250.000 €.

Acción 10. Diseño de publicaciones apropiadas a los niveles educativos previstos tipo «comics», así como de productos informáticos complementarios.

— Institución responsable: C.E.C.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T., I.N.S.H.T.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado: 450.000 €.

Acción 11. Elaboración de publicaciones dirigidas al profesorado que le sirvan de soporte para los dos tipos de cursos previstos para este colectivo.

— Institución responsable: C.E.C.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T., I.N.S.H.T.

— Ámbito temporal: 2003-2006.

— Presupuesto estimado: 250.000 €.

1.3. Trasladar a las Asociaciones Vecinales y otras Asociaciones simila-

res la importancia de los valores preventivos.

Acción 12. Diseño de un folleto informativo de carácter general con una orientación dirigida a la sensibilización y mentalización en la prevención.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:

C. Gob.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado: 60.000 €.

Acción 13. Presencia activa de Técnicos de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales en las actividades promovidas desde estas Asociaciones.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:

C. Gob.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado: 20.000 €.

2. Mejorar el soporte legislativo de las acciones preventivas.

2.1. Analizar las necesidades legislativas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

Acción 14. Constitución de un grupo de trabajo independiente técnico-jurídico que analice la situación normativa existente y emita un Dictamen al respecto sin limitaciones y/o constricciones competenciales o de ámbito temático.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:

Universidades Andaluzas (U.A.).

— Ámbito temporal: 2003.

— Presupuesto estimado: 30.000 €.

2.2. Proponer (Instar) a la Administración General del Estado nueva legislación o modificación de la actualmente existente.

Acción 15. Emisión de informes al Departamento correspondiente de la Administración General del Estado relativos a propuestas normativas que supongan nueva legislación, desarrollo o modificación de la existente.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: U.A.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado: 60.000 €.

Entre estas propuestas, y con independencia del Dictamen que se emita, consecuencia de la acción 14, se cree necesario impulsar las siguientes:

A.15.1. Modificación del R.D. 1627/1977, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

A.15.2. Modificación del artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales relativo a la coordinación de actividades empresariales. Una acción complementaria (o alternativa) la constituiría la creación, por parte de las empresas intervinientes, de un «Fondo Garantía de Siniestralidad» en aquellas actividades de alta subcontratación.

A.15.3. Impulsar la regulación de esquemas organizativos, que eviten los accidentes de trabajo.

A.15.4. Modificación urgente del sistema de información, notificación y registro de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A.15.5. Equiparación para los empresarios y los trabajadores del tratamiento de la incapacidad temporal por contingencias comunes y la derivada de la siniestralidad laboral (accidente de trabajo y/o enfermedad profesional).
A.15.6. Habilitación con facultades de Inspección de los Asesores Técnicos de los actuales Centros de Prevención de Riesgos Laborales en materias técnicas directamente concernientes con la prevención de riesgos laborales.

A.15.7. Establecimiento de la norma legal oportuna que evite el «turnover» empresarial, esto es, la creación y desaparición de empresas con la subsecuente extinción de las obligaciones contraídas.

A.15.8. Modificación de la Ley de Contratos del Estado de forma tal que permita la consideración favorable en los procesos de adjudicación de las

empresas que hayan implantado un sistema eficiente de gestión de la prevención, así como penalizar a las que incumplan sus obligaciones en estas materias.

A.15.9. Desarrollo de un sistema bonus-malus efectivo que, no sólo rectifique y actualice la tarifa de accidentes de trabajo, sino que vincule al máximo el posible coste económico de la empresa con los resultados que ésta haya obtenido en materia de siniestralidad laboral.

A.15.10. Modificación de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y de la Ley del IRPF para incluir deducciones y bonificaciones fiscales a empresas que se hayan distinguido en la adopción de medidas preventivas (inversiones efectuadas y resultados conseguidos).

A.15.11. Revisión de los artículos 316, 317 y 318 del Código Penal de tal forma que se facilite su interpretación y aplicación.

A.15.12. Modificación del R.D. 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprobaba el Reglamento de los Servicios de Prevención y de la Orden de 16 de junio de 1997 que lo desarrolla, con objeto de aumentar la eficacia de su aplicación.

A.15.13. Modificación de la Ley ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del Reglamento que la desarrolla así como del Acuerdo bipartito Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en orden a la potenciación y mayor eficiencia de este Cuerpo Nacional. Esta modificación atendería aspectos tales como:

— La potenciación de las unidades especializadas en prevención de riesgos laborales creadas en las estructuras provinciales de la ITSS (Unidades de Seguridad y Salud Laboral).

— La mayor explicitación de la función asesora de la ITSS tendente a «desburocratizar» la prevención.

— La publicidad de las sanciones firmes muy graves mediante la creación del pertinente Registro Público a nivel nacional.

— La reestructuración de los incentivos retributivos.

— La unificación de criterios técnicos y jurídicos.

— La actuación de la ITSS en la Administración Pública de la Junta de Andalucía.

— El incremento de plantillas y la cobertura urgente en una primera fase de las vacantes existentes en Andalucía.

— La planificación y priorización de actuaciones de acuerdo con los criterios emanados desde la CEDT.

A.15.14. Modificación del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) en orden a que queden contemplados y tipificados todos los supuestos de infracción a toda la normativa legal aplicable.

A.15.15. Reorientación de las funciones y competencias del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo de forma tal que resulten más acordes con la organización autonómica del Estado.

A.15.16. Traspaso a la Junta de Andalucía del actual Centro Nacional de Medios de Protección, centro periférico del INSHT radicado en Sevilla.

2.3. Aprobar normas de desarrollo con repercusión directa o indirecta en la materia en el ámbito de Andalucía.

Acción 16. Aprobación de la Ley del Instituto Andaluz para la Prevención de Riesgos Laborales y su reglamentación de desarrollo.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: Consejería de Justicia y Administración Pública, C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2004.

— Presupuesto estimado.

Acción 17. Aprobación de la Ley del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: C.J.A.P., C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado.

Acción 18. Aprobación de la Ley de la Fundación Andaluza para la Prevención de Riesgos Laborales.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado.

Acción 19. Aprobación de una Orden cuyo contenido contemple la mejora de la calidad del funcionamiento de los Servicios de Prevención y Personas o Entidades autorizadas para efectuar auditorías o evaluaciones.

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado.

Acción 20. Aprobación de una Orden cuyo contenido contemple la mejora de la calidad de las actividades formativas a tenor de lo previsto en el R.D. 39/1997, de 17 de enero, y en la Orden de 27 de junio de 1997 que lo desarrolla.

— Institución responsable: C.E.D.T., C.A.P.R.L.

— Institución/es interviniente/s: U.A., Mutuas, Entidades de Prevención y Colegios Profesionales.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado.

Acción 21. Aprobación de una Orden por la que se cree el Registro Andaluz de Expertos de nivel superior (Anexo VI del R.D. 39/1997, de 17 de enero).

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003.

— Presupuesto estimado.
 Acción 22. Aprobación de una Orden por la que se cree el Registro Andaluz de Coordinadores de Obras de Construcción (R.D. 1627/1997, de 24 de octubre).

— Institución responsable: C.E.D.T.
 — Institución/es interviniente/s: C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2003.
 — Presupuesto estimado.

Acción 23. Creación de un Registro de Clasificación de Empresas Constructoras actuantes en Andalucía que incluya una referencia a su sistema de gestión de la prevención de riesgos laborales, así como a la evolución de la siniestralidad acaecida en las mismas.

— Institución responsable: C.E.D.T.
 — Institución/es interviniente/s: C.E.A. (Federación Andaluza de Empresarios de Construcción-FADECO).

— Ámbito temporal: 2003.
 — Presupuesto estimado.

Acción 24. Aprobación de una norma legal que contemple un tratamiento desfavorecedor en la contratación pública a empresas incumplidoras de sus obligaciones preventivas así como condicionar las subvenciones a empresas cumplidoras, estableciéndose criterios que permitan la evaluación del nivel de cumplimiento.

— Institución responsable: C.E.D.T.
 — Institución/es interviniente/s: Comisión Interdepartamental de Seguridad y Salud Laboral, FADECO.

— Ámbito temporal: 2003.
 — Presupuesto estimado.

Acción 25. Desarrollo del art. 16.3 del R.D. 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la ITSS en lo que respecta a la asunción por los Técnicos de los CC.P.R.L. de las facultadas comprobatorias propias de las ITSS en las misiones que se les encomienden, a tenor de la colabora-

ción prevista en el artículo 9 de la LPRL.

— Institución responsable: C.E.D.T.
 — Institución/es interviniente/s: C.J.A.P.

— Ámbito temporal: 2003.
 — Presupuesto estimado.

Acción 26. Aprobación de una Orden por la que se crea el Premio Andaluz, de carácter anual y con diferentes ámbitos, «Andalucía por la Prevención de los Riesgos Laborales».

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2008.
 — Presupuesto estimado: 300.000 €.

2.4. Modificar la normativa andaluza relacionada con la prevención de riesgos laborales con objeto de adaptarla a la nueva situación.

Acción 27. Aprobación de un nuevo Decreto que sustituya al Decreto 429/1996, de 3 de septiembre, por el que se crea la Comisión Interdepartamental de la Seguridad y Salud Laboral.

— Institución responsable: C.E.D.T.
 — Institución/es interviniente/s: C.E.D.T., C.J.A.P.

— Ámbito temporal: 2003.
 — Presupuesto estimado.

Acción 28. Aprobación de un nuevo Decreto que sustituya al Decreto 117/2000, de 11 de abril, por el que se crean los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales para el personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía.

— Institución responsable: C.J.A.P.
 — Institución/es interviniente/s: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003.
 — Presupuesto estimado.

Acción 29. Aprobación de un nuevo Decreto que sustituya al Decreto 99/2002, de 5 de marzo, por el que se adapta la Relación de Puestos de Trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía, correspondiente a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológi-

co, a la creación de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales.

— Institución responsable: C.J.A.P.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T., Consejería de Economía y Hacienda.

— Ámbito temporal: 2003.

— Presupuesto estimado.

Acción 30. Aprobación de un nuevo Decreto que sustituya al Decreto 244/2000, de 31 de mayo (Estructura orgánica de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico) mediante el cual la actual Dirección General de Trabajo y Seguridad Social pase a denominarse Dirección General de Trabajo y de Prevención de Riesgos Laborales.

— Institución responsable: C.J.A.P.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003.

— Presupuesto estimado.

Acción 31. Aprobación de un Decreto a través del cual se exija que la publicidad institucional de la Administración de la Junta de Andalucía incorpore un mensaje (slogan) preventivo. Esta norma podría tener una extensión temporal determinada (dos años prorrogables, por ejemplo).

— Institución responsable: Consejería de Presidencia.

— Institución/es interviniente/s: Todas las Consejerías.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 36.000 €.

3. Impulsar el tratamiento de las materias preventivas en los diferentes niveles educativos y formativos.

3.1. Establecer mecanismos de coordinación con las Administraciones implicadas para el desarrollo de actuaciones en los niveles educativos previstos.

Acción 32. Suscripción de un Convenio de colaboración con la Consejería de Educación y Ciencia a efectos del tratamiento de la prevención de riesgos laborales en todos los niveles edu-

cativos y formativos (Enseñanza Primaria, Enseñanza Secundaria Obligatoria, Formación Profesional Reglada y Universitaria).

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: C.E.C.

— Ámbito temporal: 2003.

— Presupuesto estimado.

3.2. Promocionar la impartición de cursos orientados a la obtención del certificado de profesionalidad de prevencionista de riesgos laborales.

Acción 33. Elaborar con la Dirección General de Formación Profesional Ocupacional un plan para aumentar la oferta de cursos para el acceso a esta formación en todas las provincias andaluzas, así como para regular la calidad de estas actividades formativas.

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado: 900.000 €.

Acción 34. Promoción de esta figura prevencionista en las empresas andaluzas así como entre las personas susceptibles de formarse en esta materia.

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 90.000 €.

3.3. Garantizar la inclusión y la calidad del tratamiento de la prevención de riesgos laborales en todas las actividades preventivas que se imparten en el ámbito de la formación profesional ocupacional.

Acción 35. Inclusión de contenidos mínimos de prevención en todas las actividades preventivas que se desarrollen en F.P.O. adecuadas al ámbito sectorial de la actividad.

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003.

— Presupuesto estimado.

Acción 36. Inclusión de contenidos de mayor duración sobre prevención de

riesgos laborales en aquellas actividades que potencialmente sean de mayor riesgo.

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003.

— Presupuesto estimado.

Acción 37. Creación de una comisión mixta DGFPO-DGTSS para vigilar la calidad de los contenidos en cuestión.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: U.A., C.E.C.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 48.000 €.

3.4. Garantizar la inclusión y la calidad del tratamiento de la prevención de riesgos laborales en todos los títulos de Formación Profesional Reglada.

Acción 38. Inclusión en todos los títulos de F.P. reglada de contenidos básicos de prevención a través del módulo F.O.L.

— Institución responsable: C.E.C.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T., U.A.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado: 60.000 €.

Acción 39. Desarrollo de módulos de mayor contenido en las actividades que potencialmente supongan mayor riesgo.

— Institución responsable: C.E.C.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T., U.A.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado: 60.000 €.

Acción 40. Creación de una comisión mixta CEC-CEDT para vigilar la calidad de los contenidos de los módulos en cuestión.

— Institución responsable: C.E.C.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T., U.A.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 48.000 €.

Acción 41. Establecimiento de Programas de Formación continua en ma-

teria preventiva para los Profesores de F.P. reglada.

— Institución responsable: C.E.C.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T., U.A.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 240.000 €.

3.5. Promocionar el título específico de «Técnico Superior de Prevención de Riesgos Laborales».

Acción 42. Acuerdo con la Consejería de Educación y Ciencia para aumentar la oferta de ciclos formativos para acceder a esta titulación así como para regular la calidad de los mismos.

— Institución responsable: C.E.C.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 900.000 €.

Acción 43. Promoción de esta figura prevencionista en las empresas andaluzas así como entre los jóvenes potenciales alumnos.

— Institución responsable: C.E.C.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 48.000 €.

3.6. Promocionar la integración de contenidos preventivos en los currícula de los títulos universitarios.

Acción 44. Establecer Convenios con las Universidades Andaluzas, conjuntamente con la Consejería de Educación y Ciencia para que consideren en sus asignaturas troncales, optativas y de libre configuración asignaturas relacionadas con la prevención de riesgos laborales y que respondan al contenido del Anexo VI del RSP.

— Institución responsable: C.E.C.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T., U.A.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado:

Acción 45. Suscribir un Convenio con la Universidad Internacional de An-

dalucía para que, con carácter horizontal así como a través de sus distintas sedes, desarrolle actividades preventivas de profundización en los diversos aspectos preventivos.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: U. Internacional de Andalucía (U.I.A.).

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 240.000 €.

3.7. Estudiar la conveniencia de la creación de titulaciones universitarias específicas.

Acción 46. Constitución de una Comisión CEC-CEDTUniversidades andaluzas, incluyendo la Internacional, para analizar las posibles titulaciones (específicas, específicas de 2.º ciclo y de post-grado) factibles en este dominio científico-técnico.

— Institución responsable: C.E.C.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T., U.A., U.I.A., C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado: 18.000 €.

Acción 47. Puesta en práctica de las conclusiones de la Comisión anteriormente reseñada.

— Institución responsable: C.E.C.

— Institución/es interviniente/s: U.A., U.I.A.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado: 240.000 €.

4. Profundizar en la mejora de la coordinación administrativa en lo que respecta a la prevención de riesgos laborales.

4.1. Aumentar la eficacia de los Departamentos de la Administración de la Junta de Andalucía en lo que concierne a la gestión de la prevención de riesgos laborales.

Acción 48. Suscripción de un Acuerdo con la Consejería de Gobernación a efectos del Servicio 112 que contemple los siguientes aspectos de carácter informativo:

— Desarrollo de proyectos de prevención de riesgos laborales y mejora de las condiciones de trabajo en Andalucía.

— Sistema de comunicación de situaciones de riesgo grave e inminente.

— Sistema de comunicación de accidentes de trabajo graves y mortales.

— Sistema de información sobre sustancias y situaciones potencialmente tóxicas y peligrosas.

— Sistema de comunicación de 'mejores prácticas^a' en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y mejora de las condiciones de trabajo.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: C. Gob.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 1.000.000 de €.

Acción 49. Suscripción de un Acuerdo con la Consejería de Economía y Hacienda que permita establecer el procedimiento adecuado para la ejecutividad de las sanciones impuestas por la Autoridad Laboral en materia preventiva, así como el destino de los importes recaudados correspondientes a cada ejercicio presupuestario, a la constitución del fondo necesario para la operatividad de la Fundación Andaluza para la Prevención de Riesgos Laborales prevista.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: C.E.H.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado:

Acción 50. Suscripción de un Acuerdo con la Consejería de Justicia y Administración Pública para la potenciación de la formación en prevención de riesgos laborales en su oferta formativa anual (IAAP).

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: C.J.A.P. (IAAP).

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado:

Acción 51. Suscripción de un Acuerdo con la Consejería de Justicia y Administración Pública y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para el desarrollo de actividades formativas (cursos, seminarios, etc.) sobre la legislación laboral en materia de prevención de riesgos laborales.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: C.J.A.P. (TSJA).

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 120.000 €.

Acción 52. Suscripción de un Acuerdo con la Consejería de Salud que permita una mayor fluidez en la tramitación de los expedientes administrativos concernientes a la acreditación de Servicios de Prevención Ajenos y Entidades Auditoras, así como la profundización en las materias relacionadas con la prevención de riesgos laborales en el desarrollo del actual y futuros planes de salud.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: Consejería de Salud.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado:

Acción 53. Suscripción de un Acuerdo con la Consejería de Salud y la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias a efectos de la colaboración del servicio 061.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: C.S. (E.P.E.S.).

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 200.000 €.

Acción 54. Suscripción de un Acuerdo con la Consejería de Educación y Ciencia que dé cobertura a la inclusión de temas relacionados con la prevención de riesgos laborales y la salud laboral en el Plan Andaluz de Investigación.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: C.E.C.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 240.000 €.

Acción 55. Suscripción de un Acuerdo con la Consejería de la Presidencia en lo concerniente al Instituto Andaluz de la Mujer para desarrollar programas que contemplen la igualdad de género en los programas preventivos.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: Consejería de Presidencia (I.A.M.).

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 300.000 €.

Acción 56. Suscripción de un Convenio con la Federación Andaluza de Municipios y Provincias con objeto de la aplicación del R.D. 1627/97 en todo su contenido que le afecta, así como para el desarrollo de programas preventivos específicos para los trabajadores del AEPESA, empleo agrario y los alumnos de las Escuelas-Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: F.A.M.P., C. Gob.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 60.000 €.

Acción 57. Suscripción de un Acuerdo entre las Consejerías de Salud, Empleo y Desarrollo Tecnológico, Asuntos Sociales así como con la C.E.A., CC.OO.-A y U.G.T.-A con objeto de impulsar el Plan de Empresas Saludables.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: C.S., C.A.S., C.E.A., CC.OO.-A, U.G.T.-A.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 300.000 €.

Acción 58. Suscripción de un Acuerdo con la Consejería de Obras Públicas para el tratamiento singularizado de los aspectos preventivos laborales en las licitaciones y controles de obras a través de las correspondientes

referencias en los pliegos de especificaciones técnicas.

— Institución responsable: Consejería de Obras Pùblicas y Transportes.
— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2008.
— Presupuesto estimado:

Acción 59. Suscripción de un Acuerdo con la Consejería de Economía y Hacienda para incluir los aspectos preventivos en general y ergonómicos en particular en la consideración de bienes homologados, así como el análisis de la situación preventiva en lo que respecta a compra, alquiler o modificación de edificios destinados a Centros Administrativos de la Junta de Andalucía.

— Institución responsable: C.E.H.
— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2008.
— Presupuesto estimado:

5. Desarrollar la participación/compromiso de los agentes sociales y económicos.

5.1. Potenciar los órganos de participación existentes y creación de otros nuevos que permitan una mejor articulación de la implicación de estos agentes.

Acción 60. Potenciación del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales a través de nuevas atribuciones así como de una estructura específica que permita asumir estas nuevas competencias.

— Institución responsable: C.E.D.T.
— Institución/es interviniente/s: C.J.A.P., C.E.A., CC.OO.-A, U.G.T.-A.
— Ámbito temporal: 2004-2008.
— Presupuesto estimado: 1.200.000 €.

Acción 61. Creación de la Fundación Andaluza de Prevención de Riesgos Laborales, con una especial dedicación a la PYME y micro empresa, y con una estructura que le posibilite cumplir sus cometidos.

— Institución responsable: C.E.D.T.
— Institución/es interviniente/s: C.J.A.P., C.E.A., CC.OO.-A, U.G.T.-A.
— Ámbito temporal: 2004.
— Presupuesto estimado: 900.000 €.

5.2. Desarrollar actividades concretas en sectores de actividad/ tipos de empresas con una problemática específica.

Acción 62. Potenciación de la Comisión Regional para la Prevención de Riesgos en el sector de la Construcción de Andalucía.

— Institución responsable: C.E.D.T.
— Institución/es interviniente/s: CAPRL/Comisión Regional Construcción.

— Ámbito temporal: 2003-2004.
— Presupuesto estimado: 2.800.000 €.

Acción 63. Suscripción de un Acuerdo con el Consejo Andaluz de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación para facilitar a la micro y PYME el cumplimiento de sus obligaciones preventivas.

— Institución responsable: C.E.D.T.
— Institución/es interviniente/s: Cámaras Oficiales.
— Ámbito temporal: 2004.
— Presupuesto estimado: 360.000 €.

5.3. Fomentar el desarrollo de las figuras que intervienen en el diálogo social en este ámbito.

Acción 64. Habilitación de ayudas que faciliten la designación de los Delegados de Prevención en las PYMES.

— Institución responsable: C.E.D.T.
— Institución/es interviniente/s: C.A.P.R.L.
— Ámbito temporal: 2003-2008.
— Presupuesto estimado: 1.400.000 €.

Acción 65. Diseño de actividades formativas con el carácter de formación especializada y preventiva que permita a los Delegados de Prevención y

Comités de Seguridad y Salud un mejor ejercicio de sus funciones y competencias.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s:

C.A.P.R.L.

- Ámbito temporal: 2004-2008.
- Presupuesto estimado:

600.000 €.

Acción 66. Impulso del registro provincializado de Delegados de Prevención y de los Organos específicos que los sustituyan (Orden de 8 de marzo de 1999; BOJA n.º 48, de 30 de marzo).

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s:

C.A.P.R.L.

- Ámbito temporal: 2003.
- Presupuesto estimado:

120.000 €.

Acción 67. Creación de una acreditación oficial consistente en una tarjeta identificativa para los Delegados de Prevención.

— Institución responsable e interviniente: C.A.P.R.L. Ámbito temporal: 2003.

- Presupuesto estimado: 30.000 €.

6. Implicar a las Instituciones/Entidades/Expertos relacionados con los aspectos preventivos.

6.1. Impulsar la colaboración y coordinación con las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social actuantes en Andalucía.

Acción 68. Integrar a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social actuantes en Andalucía en las actividades preventivas abordadas desde la CEDT-CAPRL.

— Institución responsable: C.E.D.T., C.A.P.R.L.

— Institución/es interviniente/s: Mutuas.

- Ámbito temporal: 2003-2004.
- Presupuesto estimado:

Acción 69. Creación de una Comisión Técnica Mixta Permanente CAPRL-Mutuas con objeto de establecer los términos en que se producirá la integración preconizada en la acción anterior.

— Institución responsable: C.E.D.T., C.A.P.R.L.

— Institución/es interviniente/s: Mutuas.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado:

6.2. Establecer mecanismos de colaboración con Colegios Profesionales y Universidades en aras a una mayor cobertura, desde diferentes planos, de los aspectos preventivos.

Acción 70. Suscripción de Convenios de colaboración con los Consejos Andaluces de Colegios Profesionales, en lo que respecta a diversas disciplinas, orientadas a la formación de expertos altamente cualificados, la elaboración de estudios de situación y prospectivos, así como a la realización de trabajos en áreas que potencien la actividad colegial y/o permitan a los nuevos colegiados adquirir experiencia en estas materias.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:

Colegios Profesionales.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 2.160.000 €.

En principio, los Colegios Profesionales previstos serían:

— Aparejadores y Arquitectos Técnicos.

— Graduados Sociales.

— Ingenieros Industriales.

— Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales.

— Psicólogos.

Acción 71. Suscripción de Convenios de colaboración con las Universidades Andaluzas cuyo contenido permita atender aspectos tales como la formación de expertos de alto nivel, la

impartición de cursos de doctorado, el desarrollo de tesis doctorales y el posible galardón a éstos, la concesión de becas de investigación, etc., etc., todo ello en materia de prevención de riesgos laborales.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s: U.A.
- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado:

2.160.000 €.

6.3. Establecer mecanismos de colaboración con las Escuelas de Negocios para extender los valores de la prevención a los cuadros directivos.

Acción 72. Suscripción de Acuerdos de colaboración con las Escuelas de Negocios de Andalucía con la finalidad de incluir temas preventivos en sus diferentes cursos.

En principio, las Escuelas de Negocios potencialmente interesantes, por la garantía de sus actividades preventivas, podrían ser: la E.O.I., el Instituto de San Telmo, el Instituto de Estudios Jurídicos El Monte, CEADE.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s: Escuelas de Negocios.
- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado: 80.000 €.

6.4. Completar redes de asesoramiento y de I+D+i en cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales.

Acción 73. Creación de una red de asesoramiento jurídico

— técnico-científico que constituya un apoyo permanente de calidad ante los aspectos emergentes de la prevención de riesgos laborales.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s: U.A.
- Ámbito temporal: 2004-2008.
- Presupuesto estimado: 120.000 €.

Acción 74. Creación de un observatorio permanente de investigación y análisis que posibilite un seguimiento

continuo de la situación en las empresas andaluzas, en principio micro y PYME, en lo concerniente a lo preventivo-laboral y que constituya un «centinela de la prevención».

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s: C.A.P.R.L., U.A.
- Ámbito temporal: 2004-2008.
- Presupuesto estimado: 120.000 €.

Acción 75. Puesta en marcha de una red de I+D+i integrada por todas las Instituciones, Entidades, Fundaciones, etc., etc. relacionadas con la prevención de riesgos laborales.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s: U.A.
- Ámbito temporal: 2004-2008.
- Presupuesto estimado: 60.000 €.

7. Desarrollar programas preventivos específicos sectoriales y verticales.

7.1. Creación de laboratorios en los Centros de Prevención de Riesgos Laborales para la atención específica y prioritaria de los riesgos emergentes.

Acción 76. Estudio sobre riesgos psicosociales, con especial dedicación al hostigamiento laboral (mobbing) y al síndrome de 'estar quemado' (burn-out).

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s: C.A.P.R.L., U.A.
- Ámbito temporal: 2003-2004.
- Presupuesto estimado: 240.000 €.

Acción 77. Estudio sobre riesgos asociados a las radiaciones electromagnéticas.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s: U.A.
- Ámbito temporal: 2004.
- Presupuesto estimado: 120.000 €.

Acción 78. Estudio sobre los problemas asociados a los trastornos músculo-esqueléticos.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s: U.A., C.S. (EASP).

- Ámbito temporal: 2004.
- Presupuesto estimado: 120.000 €.

Acción 79. Estudio sobre los aspectos ergonómicos asociados a la prevención.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s: U.A., I.N.S.H.T., Instituto de Biomecánica de Valencia.

- Ámbito temporal: 2004.
- Presupuesto estimado: 120.000 €.

Acción 80. Estudio sobre la incidencia de la toxicidad en las condiciones de trabajo.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s: C.A.P.R.L.

- Ámbito temporal: 2003-2004.
- Presupuesto estimado: 120.000 €.

7.2. Ampliar el nivel de conocimientos de empresas y trabajadores en materia preventiva.

Acción 81. Creación de la figura de Asistente en Prevención en todas las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLTs) de Andalucía.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución interviniente: C.E.D.T.
- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado: 720.000 €.

Acción 82. Integración de información preventiva en la página telemática RAUTE de la Red Andaluza de Unidades Territoriales de Empleo.

- Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.
- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado: 36.000 €.

Acción 83. Asesoramiento a las empresas y a las personas demandantes de empleo a través del Servicio Andaluz de Empleo.

- Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado: 200.000 €.

Acción 84. Profundización en el tratamiento de la prevención de riesgos laborales a través de la impartición de módulos formativos y la elaboración de productos formativos apropiados para las Escuelas de Empresas.

- Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado: 150.000 €.

Acción 85. Inclusión de información preventiva-laboral en el Servicio Telemático de Orientación («Andalucía Orienta»).

- Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado: 30.000 €.

7.3. Intervención sobre los sectores de actividad específicos que lo requieran.

En todas las Acciones correspondientes a este Objetivo Operacional se pretende contar con el concurso de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Obviamente, en todas las acciones previstas en este Objetivo Operacional intervendrá la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con carácter general y específico (vigilancia del cumplimiento de la normativa).

Acción 86. Acciones permanentes sobre las empresas de mayor siniestralidad, exceptuando el sector Construcción, en los planos técnico y de vigilancia del cumplimiento de la normativa.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s: C.A.P.R.L.

- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado.

Acción 87. Acciones permanentes sobre las empresas de mayor siniestralidad.

tralidad del sector Construcción, en los planos técnicos y de vigilancia del cumplimiento de la normativa.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s:

C.A.P.R.L.

- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado: 60.000 €.

Acción 88. Acciones específicas de duración determinada sobre las empresas de mayor siniestralidad, de ámbito andaluz, en la actividad económica que se acuerde en el seno del CAPRL. Se abordarán los planos técnico y de vigilancia del cumplimiento de la normativa.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s:

C.A.P.R.L.

- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado.

Acción 89. Acciones específicas de duración determinada sobre las empresas de mayor siniestralidad en el ámbito provincial en la actividad económica que se acuerde para la provincia en cuestión en el seno del CAPRL. Asimismo, se abordarán los planos técnico y de vigilancia del cumplimiento de la normativa.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s:

C.A.P.R.L.

- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado.

Acción 90. Programa específico de actuación sobre empresas con riesgos derivados de la exposición al amianto.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s:

C.A.P.R.L.

- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado.

Acción 91. Programa específico de actuación sobre empresas/centros de trabajo con riesgos de caídas a distinto nivel.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s:

C.A.P.R.L.

- Ámbito temporal: 2003-2008.

- Presupuesto estimado.

Acción 92. Programa específico de actuación sobre riesgos debido a la existencia de zanjas.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s:

C.A.P.R.L.

- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado.

Acción 93. Programa específico de actuación orientado a la prevención de sobreesfuerzos.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s:

I.N.S.H.T., U.A.

- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado.

Acción 94. Programa específico de actuación orientado al riesgo eléctrico.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s:

U.A., Colegios Profesionales.

- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado.

Acción 95. Desarrollar, conjuntamente con la FAMP, un programa integral de actuación en el sector Construcción.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s:

F.A.M.P., Comisión Regional de la Construcción.

- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado.

Acción 96. Impulsar programas de actuación en el marco del Convenio relativo a Empresas Saludables.

- Institución responsable: C.E.D.T.
- Institución/es interviniente/s:

C.S., C.A.S., C.A.P.R.L.

- Ámbito temporal: 2003-2008.
- Presupuesto estimado.

Acción 97. Diseño de un sistema de análisis de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que complete los respectivos Partes y que tenga una orientación informativa y preventiva.

- Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:
C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado:
1.000.000 de €.

7.4. Diseñar actuaciones específicas sobre la mujer trabajadora y otros colectivos concretos.

Acción 98. Acciones provincializadas sobre la evaluación de las condiciones de trabajo de la mujer en Andalucía.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:
I.A.M., C.A.P.R.L., I.N.S.H.T.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado.

Acción 99. Acciones provincializadas sobre la evaluación de las condiciones de trabajo de los menores y discapacitados en Andalucía.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:
C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado.

Acción 100. La empleabilidad y las condiciones de trabajo de los mayores de 45 años en Andalucía.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: U.A.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado.

Acción 101. Acciones integrales sobre la prevención de riesgos laborales en las Escuelas-Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo.

— Institución responsable: C.E.D.T.,
C.A.P.R.L.

— Institución/es interviniente/s:
F.A.M.P., CC.OO.-A, U.G.T.-A - Ámbito
temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado.

Acción 102. Acciones provincializadas sobre la evaluación de las condiciones de trabajo de los inmigrantes en Andalucía.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:
C.A.P.R.L., I.T.S.S.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado.

Acción 103. Acciones provincializadas sobre la evaluación de las condiciones de trabajo de los jóvenes en Andalucía.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:
C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado.

Acción 104. Acciones en favor del colectivo de autónomos en Andalucía.

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado.

7.5. Programas de ayudas específicas a las empresas para facilitar la incorporación de medidas preventivas.

Acción 105. Creación de una línea de incentivos económicos para la micro y PYME destinados a inversiones orientadas a la prevención de los riesgos laborales.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:
C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado:
7.000.000 de €.

Acción 106. Creación de una línea de incentivos económicos para la micro y PYME orientados a Planes Preventivos de Riesgos Laborales.

— Institución responsable:
C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:
C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2004-2005.

— Presupuesto estimado:
2.000.000 de €.

Acción 107. Creación de una línea de incentivos económicos para la PYME Sectoriales orientados a subvencionar proyectos de inversiones en I+D+i en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:
C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2004-2008.

— Presupuesto estimado:
1.400.000 €.

Acción 108. Creación de una línea de incentivos económicos para la micro empresa y PYME destinada a facilitarles sus obligaciones en lo que respecta a la Evaluación de Riesgos y a la Planificación de Actividades Preventivas.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:
C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2004-2008.

— Presupuesto estimado:
2.440.000 €.

7.6. Favorecer la investigación y el estudio sobre programas específicos en materia preventiva.

Acción 109. Establecimiento de convocatorias anuales de becas de investigación y estudio en materia de prevención de riesgos laborales.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s:
U.A., C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 360.000 €.

7.7. Considerar las aportaciones individuales y colectivas al mundo de la prevención.

Acción 110. Diseño de un procedimiento de certificación para las empresas fundamentado en las Guías de la O.I.T., OHSAS 18.001, SA 6000, BS 8800:1995, la serie de normas UNE 81900:1996 EX, etc., etc. Supondría un sello de marca «calidad preventiva».

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: U.A.

— Ámbito temporal: 2004-2008.

— Presupuesto estimado: 90.000 €.

8. Impulsar acciones preventivas en la Administración Pública de la Junta de Andalucía.

8.1. Desarrollar el Decreto de los Servicios de Prevención Propios del

Personal al servicio de la Administración Pública de la Junta de Andalucía.

Acción 111. Dotación económica de la Relación de Puestos de Trabajo aprobados y sus modificaciones.

— Institución responsable: C.E.H.

— Institución/es interviniente/s:
C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003.

— Presupuesto estimado:
1.200.000 €.

Acción 112. Procedimiento urgente para la cobertura de las plazas vacantes.

— Institución responsable: C.J.A.P.

— Institución/es interviniente/s:
C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003.

— Presupuesto estimado.

Acción 113. Reformas interiores en los edificios, que incluya el diseño, y aplicación de una nueva imagen identificativa de la nueva etapa en la que se encuentran inmersos los actuales Centros de Prevención de Riesgos Laborales, así como la adquisición de equipamiento científico-técnico necesario.

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2005.

— Presupuesto estimado:
3.600.000 €.

Acción 114. Potenciación de los Servicios de Prevención Propios de la APJA a través de la creación de Unidades de Intervención en los distintos Departamentos de la Administración, a nivel central, así como en las Delegaciones Provinciales de estos Departamentos.

— Institución responsable: C.E.H.

— Institución/es interviniente/s:
C.J.A.P., C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2004-2008.

— Presupuesto estimado:
1.200.000 €.

Acción 115. Puesta en marcha de la estructura preventiva del S.A.S..

— Institución responsable: C.S.

— Institución/es interviniente/s:
C.J.A.P., C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado:
3.000.000 de €.

8.2. Potenciar la conciencia preventiva de los trabajadores públicos de la Administración Pública de la Junta de Andalucía.

Acción 116. Desarrollo de actividades formativas de sensibilización presenciales, semi-presenciales y a distancia a través del IAAP.

— Institución responsable:
C.J.A.P.

— Institución/es interviniente/s:
C.E.D.T., U.A., C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2003-2005.

— Presupuesto estimado: 240.000 €.

Acción 117. Desarrollo de campañas específicas generales y sobre problemas concretos (riesgos posturales, mobbing, etc., etc.) utilizando instrumentos de difusión individualizada obligatoria (comunicación de nóminas) así como cartelería especialmente diseñada.

— Institución responsable: C.J.A.P.

— Institución/es interviniente/s:
C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado: 60.000 €.

8.3. Integrar la gestión de la prevención de riesgos laborales en la organización de la Administración Pública de la Junta de Andalucía.

Acción 118. Desarrollar actividades formativas dirigidas a personal directivo de las estructuras de la APJA para la incorporación de la gestión de la prevención de riesgos laborales a sus actividades, a un nivel adecuado al contenido de éstas. Esta actividad sería responsabilidad del IAAP.

— Institución responsable: C.J.A.P.

— Institución/es interviniente/s:
C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2006.

— Presupuesto estimado: 60.000 €.

Acción 119. Elaboración de publicaciones sobre los sistemas de gestión de la prevención de riesgos laborales en la APJA.

— Institución responsable: C.J.A.P.

— Institución/es interviniente/s:
C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2006.

— Presupuesto estimado: 60.000 €.

8.4. Aumentar la participación de los representantes de los trabajadores públicos de la Administración Pública de la Junta de Andalucía en los aspectos relacionados con la prevención de riesgos laborales.

Acción 120. Impartición de cursos específicos orientados a la formación permanente en temas preventivos con carácter general, así como a la profundización sobre riesgos específicos de especial incidencia en la administración en general y en materias concretas de ésta en particular (burn-out en docentes y en el personal sanitario, riesgos químicos y biológicos en hospitales, estrés laboral en general).

— Institución responsable: C.J.A.P.

— Institución/es interviniente/s:
C.E.D.T., C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2004-2005.

— Presupuesto estimado:
180.000 €.

Acción 121. Elaboración de material bibliográfico que sirva de soporte a los contenidos mencionados en la Acción anterior.

— Institución responsable: C.J.A.P.

— Institución/es interviniente/s:
C.E.D.T., U.A., C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2004-2005.

— Presupuesto estimado: 60.000 €.

Acción 122. Celebración de seminarios sobre temas preventivos en los que esté implicada la Mesa Técnica prevista en el acuerdo duodécimo del Acuerdo de la Mesa General de Negociación sobre Derechos de Participación en materia de Prevención de Riesgos Laborales en el ámbito de la Adminis-

tración de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 35 de 2001).

— Institución responsable: C.J.A.P.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T., U.A., C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2004-2008.

— Presupuesto estimado: 72.000 €.

Acción 123. Establecimiento de mecanismos apropiados que faciliten a los Delegados de Prevención el ejercicio de sus facultades competenciales previstas en el acuerdo sexto dos del Acuerdo de la Mesa General de Negociación citado.

— Institución responsable: C.J.A.P.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T., C.A.P.R.L.

— Ámbito temporal: 2004-2008.

— Presupuesto estimado.

9. Mejorar la capacidad de respuesta de los órganos técnicos especializados de la Administración Laboral Andaluza en materia preventiva.

9.1. Desarrollar con calidad y eficiencia las funciones y competencias atribuidas por la legislación vigente (LPRL y normativa de desarrollo) al órgano técnico especializado de la Administración Laboral Andaluza en materia preventiva.

Acción 124. Dotación económica de la Relación de Puestos de Trabajo aprobada en el Decreto 99/2002, de 5 de marzo (BOJA núm. 39) en lo que respecta a este área competencial.

— Institución responsable: C.E.H.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T., C.J.A.P.

— Ámbito temporal: 2004.

— Presupuesto estimado: 1.200.000 €.

Acción 125. Procedimiento urgente para la cobertura de las plazas vacantes dotadas en la acción anterior.

— Institución responsable: C.J.A.P.

— Institución/es interviniente/s: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2004.

— Presupuesto estimado.

Acción 126. Adquisición del equipamiento científico-técnico necesario para reponer el existente así como asumir los nuevos cometidos consecuencia de la especialización prevista.

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2004-2008.

— Presupuesto estimado: 900.000 €.

Acción 127. Utilización de las nuevas tecnologías de la información y comunicación a través de una red informática propia que integre todas las aplicaciones informáticas derivadas de los procedimientos y metodologías aplicados, incluyendo la posibilidad de video-conferencias en lo que respecta a la formación, seminarios, reuniones de trabajo.

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2004-2008.

— Presupuesto estimado: 360.000 €.

9.2. Potenciar las funciones y competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía en las materias transferidas a la Junta de Andalucía en el ámbito de la prevención de Riesgos Laborales.

Acción 128. Previsión en el presupuesto del actual Programa 3.1.L (Administración de las Relaciones Laborales) de partidas económicas que permitan dotar a la ITSS de diverso equipamiento tal como vehículos todo-terreno (actuaciones en el sector agrícola), ordenadores, cámaras fotográficas digitales, teléfonos móviles (servicio de guardia) así como de aplicaciones informáticas que permitan, tanto el tratamiento de la información que guarden en su propia área competencial, como la conexión informática en los sistemas del Área de Prevención de Riesgos Laborales.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: C.T.I.T.

— Ámbito temporal: 2003-2004.

— Presupuesto estimado: 720.000 €.

Acción 129. Diseño de actividades formativas planificadas, específica para la ITSS o conjunta con los Técnicos del Área de Prevención de Riesgos Laborales, que posibilite, tanto una formación permanente y actualizada de la ITSS, como la adquisición de unos conocimientos técnicos homogéneos en la propia ITSS y en relación con los Técnicos.

— Institución responsable: C.E.D.T.

— Institución/es interviniente/s: U.A., C.J.A.P. (I.A.A.P.), C.S. (E.A.S.P.).

— Ámbito temporal: 2003.

— Presupuesto estimado: 120.000 €.

Acción 130. Constitución de Grupos de Trabajo específicos y mixtos (ITSS-DGTSS) de carácter permanente o temporal en función del tema objeto de estudio, orientados a la unificación de criterios técnicos y jurídicos funcionales.

— Institución responsable e interviniente: C.E.D.T.

— Ámbito temporal: 2003-2008.

— Presupuesto estimado.

7. Dirección y coordinación de acciones concretas

7.1. Dirección

La dirección del Plan se ejercerá por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico desde la figura del Director General de Trabajo y Seguridad Social, en el ámbito geográfico andaluz, y en los/as Delegados/as Provinciales de la Consejería en el correspondiente nivel geográfico, de acuerdo con las instrucciones emanadas del Centro Directivo citado. Con independencia de esta dirección de carácter general, cada Acción concreta tendrá un responsable de su ejecución.

7.2. Coordinación

7.2.1. Coordinación general

La coordinación general de la aplicación de este Plan corresponderá al

Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales directamente o a través de una comisión específica de coordinación; su misión esencial se centrará en el establecimiento del marco general de colaboración entre todas las Instituciones y Organismos.

7.2.2. Coordinación técnica

La coordinación técnica se llevará a cabo desde la Subdirección de Prevención de Riesgos Laborales, adscrita a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, que se apoyará para ello en una Comisión Técnica integrada por personal técnico del Área de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico (a nivel central y periférico) y por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Andalucía.

7.2.3. Coordinación de las Acciones

Las Acciones previstas, de acuerdo con la metodología planteada, incluyen en su desarrollo una referencia a la institución responsable de la coordinación de las instituciones/entidades intervinientes.

8. Seguimiento y control

El seguimiento y control del Plan se ejercerá desde el Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales a través de su Comisión Permanente. Para ello, se producirán reuniones monográficas, alternándose con el tratamiento del Plan todas las reuniones habituales de la citada Comisión Permanente. La secuencia de las reuniones será establecida por la propia Comisión.

Como unidades de apoyo se crearán la Subcomisión Permanente de Se-

guimiento del Plan General, unidad tripartita técnica específica en el seno de la Comisión Permanente, y la Secretaría Técnica, unidad administrativa que recepcionará la información generada, la procesará y la facilitará a los distintos receptores.

9. Valoración de los resultados

La valoración de los resultados se efectuará desde una triple perspectiva:

— En lo que respecta a cada acción singular, de acuerdo con la metodología propuesta, existirán los denominados indicadores de resultados que permitirán evaluar el nivel de consecución de los objetivos planteados. Dichos indicadores serán determinados por el consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales antes del comienzo de las acciones. Y, ya desde la Comisión Permanente del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

— Anualmente, se evaluarán la situación de cada una de las Acciones «activadas» mediante sus indicadores de resultados y, obviamente, las correspondientes a las Acciones finalizadas

en el ejercicio. Esta evaluación puede traer como consecuencia, a través de un proceso de realimentación, la modificación del desarrollo de algunas de las Acciones.

— Al final de las Fases I (2004) y II (2008) se efectuarán sendas Valoraciones Integrales de los resultados obtenidos.

10. Conclusiones

De acuerdo con el apartado anterior, y como consecuencia de las Valoraciones efectuadas al concluir las fases I y II (2004 y 2008, respectivamente), se redactarán unas conclusiones con una doble finalidad:

— Resumen de las actividades efectuadas (logros, dificultades, aspectos positivos y negativos, etc.).

— Propuesta de las líneas maestras que deben configurar un nuevo Plan General.

— Este Informe de Conclusiones deberá ser aprobado por el Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

ORDEN de 20 de noviembre de 2003, por la que se modifica la de 24 de junio de 2002, que desarrolla los incentivos al empleo estable regulados por el Decreto 141/2002, de 7 de mayo BOJA núm.2, de 5 de enero de 2004

Tras la culminación del proceso de traspaso de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación a la Comunidad Autónoma de Andalucía mediante Real decreto 467/2003, de 25 de abril, se hace necesario modificar aquellos Programas de Incentivos al Fomento del Empleo existentes en nuestra Comunidad en aras a integrar en los mismos las distintas ayudas que, respecto a esta materia,

venían siendo gestionadas por el citado Instituto Nacional de Empleo. En este sentido, procede adecuar las ayudas reguladas en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 13 de abril de 1994, en la redacción dada por los Reales Decretos 1451/1983, de 11 de mayo, y 4/1999, de 8 de enero, ambos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

En uso de las facultades que me han sido conferidas y a propuesta de

la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico,

DISPONGO

Artículo Único. Modificación del artículo 9 de la Orden de 24 de junio de 2002.

Se modifica el artículo 9 apartado 2 de la Orden de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de 24 de junio de 2002 y se añade un nuevo apartado 3, quedando el mismo con la siguiente redacción:

«2. Los incentivos consistirán en ayudas a tanto alzado, estableciéndose como cuantía la cantidad de 3.906,58 E por cada contrato de carácter estable celebrado con persona discapacitada y, durante su vigencia, a la autorización de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, y las cuotas de recaudación conjunta, en las siguientes cuantías:

- a) 70% por cada trabajador/a discapacitado/a contratado/ a menor de 45 años.
- b) 90% por cada trabajador/a discapacitado/a contratado/ a mayor de 45 años.

Cuando el contrato indefinido se concierte a tiempo parcial, se mantendrán las bonificaciones en las cuotas descritas en el apartado anterior, si bien la ayuda a tanto alzado se redu-

cirá proporcionalmente a la jornada pactada.

3. Los beneficios recogidos en el apartado anterior serán compatibles con la ayuda por importe máximo de 901.52 E por trabajador/a discapacitado/a contratado/a, destinada a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales. La justificación para la percepción de la citada ayuda, solicitada por la empresa o por el propio trabajador/a, además de contar con el informe favorable de la Inspección de Trabajo, requiere la presentación de la correspondiente factura que acredite la referida adaptación o dotación de medios de protección personal».

Disposición Final Primera. *Instrucciones.*—Se autoriza a la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la ejecución de la presente Orden en el ámbito de sus competencias específicas.

Disposición Final Segunda. Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor el día 1 de enero de 2004.

Sevilla, 20 de noviembre de 2003

JOSÉ ANTONIO VIERA CHACÓN
Consejero de Empleo
y Desarrollo Tecnológico

**ORDEN de 17 diciembre de 2003, por la que se establece para el año 2004, la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el Decreto que se cita
BOJA núm. 4, de 8 de enero de 2004**

El Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autó-

noma de Andalucía, en su Disposición Adicional Única apartado 2, establece que el titular de la Consejería de Salud determinará mediante Orden, los

grupos de edad que se incorporan anualmente a la garantía de la prestación reconocida en el mismo, incluyéndose, en cualquier caso, los niños que cumplan seis años.

En su virtud, de conformidad con lo dispuesto en la habilitación contenida en el apartado 2 de la Disposición Final Primera del Decreto 281/2001, de 26 de diciembre y, en uso de las atribuciones que me confiere el artículo 44.4 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma,

DISPONGO

Artículo Único. Derecho a la asistencia dental durante el año 2004.

Durante el año 2004 tendrán derecho a la asistencia dental básica y a los tratamientos especiales establecidos en el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, los niños nacidos en los años 1994, 1995, 1996, 1997 y 1998.

Disposición Derogatoria.

Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Orden.

Disposición Final Única. Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor el día 1 de enero de 2004.

Sevilla, 17 de diciembre de 2003

FRANCISCO VALLEJO SERRANO
Consejero de Salud

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 para la inserción laboral de la Junta de Andalucía
BOJA núm. 8, de 14 de enero de 2004

PREÁMBULO

Mediante la presente Orden se desarrolla el Programa de Inserción a través del Empleo que, mediante el Decreto 85/2003, de 1 de abril por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía, se regula, con la finalidad de promover la inserción laboral de personas desempleadas en riesgo de exclusión.

En uso de las facultades que me han sido conferidas y a propuesta de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

DISPONGO

Artículo 1. *Objeto.*—Las acciones contempladas en esta Orden tienen

como objeto promover la inserción laboral de las personas desempleadas en riesgo de exclusión mediante el apoyo de su contratación a través de Empresas Colaboradoras que desarrollen programas que faciliten su integración social.

Artículo 2. *Beneficiarios.*—Los proyectos de inserción a través del empleo, sometidos al régimen de concurrencia no competitiva y encuadrados en el Reglamento (CE) núm. 2204/2002 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo (DOCE L 337/3, de 13 de diciembre de 2002), podrán ser desarrollados por Instituciones sin ánimo de lucro o Empresas privadas, cualquiera que sea su forma jurídica y actividad económica que dedi-

quen habitualmente no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo al empleo de personas en riesgo de exclusión y que tengan entre los fines de su objeto social la plena integración laboral y el acceso al empleo ordinario de las personas desempleadas en riesgo de exclusión.

Las empresas colaboradoras proporcionarán a sus trabajadores/as, como parte de itinerarios de inserción, procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación social y laboral y, si procede, servicios de intervención o medidas de acompañamiento social que permitan su posterior incorporación en el mercado de trabajo ordinario.

Artículo 3. Ayudas.—Mediante la presente Orden se articulan Incentivos a la contratación de personas que se encuentren en situación de riesgo de exclusión social.

A tales efectos se consideran pertenecientes al citado colectivo:

- a) Personas receptoras del Programa de solidaridad de la Junta de Andalucía.
- b) Jóvenes menores de treinta años, procedentes de instituciones de protección de menores.
- c) Mujeres víctimas de violencia doméstica.
- d) Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.
- e) Personas internas en centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como personas ex reclusas o que se encuentren en situación de libertad condicional.

Artículo 4. Incentivos a la contratación.—1. Según lo previsto en el artículo 10.3 del Decreto 83/2003, de

1 de abril, por el que se establecen los Programas para la inserción laboral de la Junta de Andalucía, se incentivará la contratación de personas desempleadas en riesgo de exclusión social a través de Empresas Colaboradoras mediante las siguientes ayudas:

a) Hasta un 50% de los costes salariales de los trabajadores/as desempleados/as.

b) Hasta un 60% cuando se trate de trabajadores/as desempleados/as en riesgo de exclusión social que además sean discapacitados.

2. Los contratos que mediante este programa pueden ser incentivados podrán tener una duración de uno a tres años y deberán formalizarse con personas desempleadas y de acuerdo con las modalidades y contenidos previstos en la legislación laboral vigente.

Si por cualquier incidencia la persona contratada no agotara el periodo cubierto por la ayuda, se podrá realizar su sustitución por el tiempo restante, en el plazo máximo de un mes, siempre que el nuevo contrato contemple las mismas condiciones estipuladas en el contrato de la persona sustituida. En caso contrario, la cuantía de la ayuda se limitará al tiempo efectivamente trabajado.

Artículo 5. Incentivos al tránsito al empleo normalizado.—Se fomentará la transición de trabajadores/as de empresas colaboradoras a empresas en régimen de empleo normalizado, siempre que el trabajador/a lleve en la plantilla de la empresa colaboradora al menos un año, mediante ayuda a tanto alzado ascendente a 6.000 euros a la entidad que formalice contrato de carácter indefinido con el/la trabajador/a procedente de una empresa colaboradora.

Estas ayudas se someterán en cuanto a su procedimiento a lo establecido en la Orden de 24 de junio de 2002 de la Consejería de Empleo y Desarrollo

Tecnológico o normativa que la sustituya sin que le resulte de aplicación la necesidad de acreditación de la situación de desempleado/a de los trabajadores/as contratados/as a que se refiere el artículo 14 de la citada norma y el régimen de exclusiones previsto en el artículo 20 de la misma.

Artículo 6. *Presentación de solicitudes.*—1. La solicitud de ayuda se podrá presentar en la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico o en la Unidad Territorial de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico correspondiente cuando tenga carácter provincial y ante la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico cuando ésta tenga carácter interprovincial, sin perjuicio de cualquier otra fórmula de las recogidas en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Las solicitudes se presentarán en impresos normalizados que serán proporcionados en las dependencias de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, en las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico correspondientes, o mediante descarga telemática del portal de la Junta de Andalucía (www.andaluciajunta.es).

3. Junto con la solicitud se deberá presentar por duplicado, entre otras, la siguiente documentación en original o fotocopia compulsada:

- Fotocopia compulsada del CIF/NIF de la Entidad.
- Fotocopia compulsada de escritura de constitución de la Entidad.
- Fotocopia compulsada del DNI del solicitante o representante.

— Fotocopia compulsada del poder de representación, sin que sea necesario que el mismo se encuentre bastantado.

— Solicitud de transferencia bancaria.

— Fotocopia compulsada de los contratos.

— Fotocopia compulsada del TC2 correspondiente al mes en que se producen las contrataciones. Si la empresa estuviera acogida al sistema RED de transmisión telemática de datos a la Seguridad Social será suficiente con copia compulsada u original del documento firmado por el responsable correspondiente.

— Declaración responsable de que sobre el solicitante no ha recaído resolución administrativa o judicial firme de reintegro o, en caso afirmativo, acreditación de su ingreso, aplazamiento o fraccionamiento de la deuda correspondiente.

— Declaración respecto de otras subvenciones o ayudas concedidas y/o solicitadas para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, señalando, en su caso, entidad concedente e importe.

Artículo 7. *Tramitación y Resolución.*—1. El plazo para solicitar las ayudas a la contratación será de dos meses desde que ésta se haya producido. Las solicitudes presentadas durante el último trimestre del ejercicio podrán ser atendidas con cargo al ejercicio siguiente.

2. Si la solicitud no reuniera los requisitos exigidos o no se acompañasen los documentos preceptivos, se requerirá al interesado para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos con la indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su

petición, previa resolución que se dictará en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. El plazo para dictar y notificar la resolución será de seis meses desde la fecha de presentación de la solicitud, pudiendo entenderse desestimada si en dicho periodo no recae resolución expresa.

Artículo 8. Pagos y justificaciones.—El abono de las cuantías de las ayudas a la contratación se considerará pago en firme, sin perjuicio de que puedan ser abonadas en una o más anualidades.

Artículo 9. Competencia para resolver.—La competencia para resolver sobre las ayudas que en la presente Orden se regulan se delega en la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, cuando éstas tengan carácter interprovincial, y en la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, cuando tengan carácter provincial.

Artículo 10. Compatibilidad de ayudas.—1. Las ayudas reguladas por la presente Orden serán compatibles con cualquier otra ayuda no prevista en la misma dentro de los límites legalmente establecidos excepto la prevista en el artículo 5 que será incompatible con las ayudas al Empleo Estable reguladas en la Orden de 24 de junio de 2002 de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

No obstante lo anterior y de conformidad con la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, el importe de las ayudas en nin-

gún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente, o en concurrencia con incentivos o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario.

2. Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la ayuda y, en todo caso, la obtención concurrente de incentivos o ayudas otorgadas por otras Administraciones o Entes Públicos o Privados, nacionales o internacionales podrá dar lugar a la modificación de la Resolución o Convenio de concesión.

Artículo 11. Publicidad.—1. Las Entidades beneficiarias de los distintos Programas desarrollados por la presente Orden comunicarán a los trabajadores/as contratados/as que su contratación ha sido incentivada por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico. A los efectos de seguimiento y control de la citada comunicación la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico podrá solicitar la acreditación de la comunicación a los interesados.

2. Las entidades que participen en el desarrollo de los distintos Programas regulados por la presente Orden deberán manifestar de modo expreso su colaboración con el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y con el Fondo Social Europeo en todas las actuaciones que así lo requieran y el cumplimiento del Reglamento (CE) núm. 1159/2000 de la Comisión.

3. El Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico podrá establecer los mecanismos de comunicación de sus ayudas y de publicidad que considere necesarios para el mejor conocimiento del contenido y de los efectos de esta Or-

den, ello sin perjuicio de que cuando presupuestariamente sea preceptivo, las ayudas concedidas se publicarán en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Artículo 12. Exclusiones.—Los incentivos a la contratación recogidos en la presente Orden no se aplicarán en los supuestos siguientes:

a) Relaciones Laborales de carácter especial previstas en el artículo 2.1. apartados a), b), c), d), e), f), g), h) e i) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o en otras disposiciones legales.

b) Contrataciones de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades.

Artículo 13. Obligaciones.—Las Entidades beneficiarias estarán obligadas a facilitar información al Órgano concedente de la ayuda, así como a facilitar la comunicación y justificantes que le sean requeridos.

Asimismo, con independencia de las obligaciones específicas contempladas para cada ayuda regulada en esta Orden y de las que expresamente se recojan en la Resolución, son exigibles las siguientes obligaciones genéricas:

a) Realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamente la concesión de la ayuda en la forma y plazos establecidos.

b) Justificar ante el órgano concedente o, en su caso, la entidad colaboradora, la realización de la actividad o la adopción del comportamiento, así como el cumplimiento de los requisitos y condiciones que determine la concesión disfrute de la concesión.

c) El sometimiento a las actuaciones de comprobación a efectuar por la entidad concedente o la entidad colaboradora, en su caso, y a las de control financiero que correspondan a la

Intervención General de la Junta de Andalucía, en relación con los incentivos y ayudas concedidas y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

d) Comunicar a la entidad concedente o entidad colaboradora, en su caso, la obtención de otros incentivos o ayudas, para la misma finalidad, procedentes de cualquier Administración, Ente Público o Privado, nacional o internacional, así como cualquier alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la ayuda, pudiendo dar lugar a la modificación de la Resolución de concesión.

e) Acreditar, en su caso, previamente al cobro de la ayuda que se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales frente a la Comunidad Autónoma, así como que no es deudor de la misma por cualquier otro ingreso de derecho público.

f) Comunicar al organismo que conceda la ayuda cualquier cambio del domicilio del beneficiario de la misma, a efectos de notificaciones durante el periodo de vigencia de la resolución de concesión.

Artículo 14. Reintegros.—1. Procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el momento del pago de la ayuda, en los siguientes casos:

a) Incumplimiento de las condiciones impuestas a los beneficiarios con motivo de la concesión de la ayuda.

b) Incumplimiento de la obligación de justificación.

c) Obtener la ayuda sin reunir las condiciones requeridas.

d) Incumplimiento de la finalidad para la que la ayuda fue concedida.

e) La negativa u obstrucción del beneficiario a las actuaciones de control financiero de ayudas por la Intervención General de la Junta de Andalucía

o de Órganos Externos de control económico, nacionales o comunitarios.

2. Igualmente procederá el reintegro del posible exceso obtenido sobre la actividad desarrollada.

Artículo 15. Dotación Presupuestaria.—La concesión de las ayudas reguladas en los programas de la presente Orden estará condicionada a la existencia de dotación presupuestaria en el ejercicio correspondiente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7.1 de la presente Orden y se podrán adquirir compromisos de carácter plurianual, de acuerdo con lo previsto en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Disposición Adicional Única.—En aquellos extremos no regulados por la presente Orden se estará a lo dispuesto en el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de sub-

venciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus organismos autónomos y su régimen jurídico.

Disposición Final Primera.—Se autoriza a la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la ejecución de la presente Orden en el ámbito de sus competencias específicas.

Disposición Final Segunda.—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 21 de noviembre de 2003

JOSÉ ANTONIO VIERA CHACÓN
Consejero de Empleo
y Desarrollo Tecnológico

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 generales de interés general y social
BOJA núm. 19, de 29 de enero de 2004

PREÁMBULO

La Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 19 de diciembre de 1997, modificada por la de 26 de octubre de 1998, establece las Bases Reguladoras de la concesión de subvenciones públicas por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito de la colaboración con Órganos de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, Comunidades Autónomas, Universidades, e Instituciones sin ánimo de lucro que contraten trabajadores desempleados para la rea-

lización de obras y servicios de interés general y social.

En el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, se establece en el punto B.2.a) del Anexo que, entre otras competencias, se traspasan las actuaciones de gestión y control, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de las subvenciones y ayudas públicas de la política de empleo entre las que se encuentran las regu-

ladas en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 19 de diciembre de 1997, anteriormente citada.

La competencia sobre las funciones, medios y servicios traspasados por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el citado Real Decreto 467/2003, ha sido asignada, en virtud del Decreto 192/2003, de 1 de julio, a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, quedando atribuido el ejercicio de dichas funciones al Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico que adecuará las mismas a la organización y procedimientos propios de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En su virtud, y de acuerdo con las competencias atribuidas en la legislación vigente, a propuesta de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

DISPONGO

Artículo 1. *Objeto de la norma.*—

El objeto de la presente Orden es adaptar al régimen propio de la Comunidad Autónoma de Andalucía el procedimiento de concesión de ayudas públicas, en régimen de concurrencia no competitiva, destinado a la contratación de trabajadores/as desempleados/as para la ejecución de proyectos y servicios de interés general y social en el ámbito de la colaboración con entidades sin ánimo de lucro con sede en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 2. *Plazo de solicitud.*—

Las solicitudes podrán presentarse durante el primer mes de cada año natural.

Artículo 3. *Beneficiarios de las ayudas.*—Podrán ser beneficiarios de la ayudas reguladas en la presente Or-

den las entidades incluidas en el artículo 1 de la misma, que se obliguen a la contratación de trabajadores/as desempleados/as para la ejecución en el territorio de la Comunidad Autónoma de proyectos o la prestación de servicios calificados de interés general y social y que gocen de capacidad técnica y de gestión suficientes para la ejecución del correspondiente proyecto.

Artículo 4. *Destino de las ayudas públicas y cuantía de las mismas.*—

1. El Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico financiará, a través de las partidas de gasto que correspondan, los costes salariales y de Seguridad Social correspondientes a las contrataciones de los/as trabajadores/as desempleados/as de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de esta Orden, y hasta un máximo de 12 meses.

2. A efectos salariales, la cuantía de las ayudas será equivalente a la base mínima del grupo de cotización al que corresponda la categoría profesional desempeñada por el trabajador/a y, a efectos de Seguridad Social, las cuotas derivadas de dichos salarios, todo ello con independencia de la retribución que finalmente perciba el trabajador/a.

La retribución de los/as trabajadores/as contratados/as será la que se acuerde entre las partes, sin que pueda ser inferior a la establecida, en su caso, para los contratos temporales de inserción en el convenio colectivo aplicable.

La cuantía de la ayuda se reducirá proporcionalmente en función de la jornada realizada, cuando los contratos se concierten a tiempo parcial.

3. A efectos de estas ayudas, no se consideran gastos salariales los incentivos salariales, las dietas, los gastos de locomoción, la paga de vacaciones no realizada, las horas extras, las

indemnizaciones o los complementos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral.

Artículo 5. Requisitos y criterios para la selección de los proyectos y servicios.—1. Los proyectos y servicios a realizar deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Que se presten o ejecuten en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- b) Que sean ejecutados o prestados por las entidades solicitantes en régimen de administración directa.
- c) Que en su ejecución o prestación se favorezca la formación y práctica profesionales de desempleados/as.
- d) Que se inicien dentro del año natural en el que se otorgue la ayuda.

2. De entre los proyectos y servicios que cumplan los requisitos del apartado anterior, y en función de la partida presupuestaria existente, tendrán preferencia:

- a) Los proyectos de mayor interés general y social.
- b) Los proyectos que acrediten un mayor nivel de inserción laboral, bien mediante incorporación directa de los/as trabajadores/as a la entidad beneficiaria a la finalización del proyecto o en el plazo que se acuerde entre la entidad beneficiaria y el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, o cualquier otra fórmula de inserción laboral que se considere suficiente por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.
- c) Proyectos cofinanciados por las entidades solicitantes.
- d) Los proyectos que conlleven la contratación de jóvenes, mujeres o colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado laboral.

Artículo 6. Requisitos para la contratación de los/as trabajadores/as.—

Los/as trabajadores/as objeto de las contrataciones a que se refiere la presente Orden, deberán ser desempleados/as inscritos en las Oficina de Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y cumplir los requisitos exigidos para el contrato temporal de inserción.

Artículo 7. Solicitud de la ayuda.—

1. Las entidades señaladas en el artículo 1 de esta Orden, cuando deseen obtener las ayudas previstas en la misma, podrán presentar la correspondiente solicitud, suscrita por su representante legal, ante la Dirección General de Fomento de Empleo, ante las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo, ante las oficinas del Servicio Andaluz de Empleo, o ante las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico correspondientes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Las solicitudes se efectuarán en impresos normalizados que serán proporcionados en las dependencias de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico correspondientes o mediante descarga telemática del portal de la Junta de Andalucía (www.andaluciajunta.es).

3. Junto con la solicitud se deberá presentar la siguiente documentación:

- a) Fotocopia compulsada del DNI de la persona que, en nombre y representación de la entidad sin ánimo de lucro, solicita la concesión de la ayuda, así como mandato o poder de representación para actuar en nombre y representación de la misma.

b) Fotocopia compulsada de escritura pública y estatutos de constitución de la entidad solicitante y documentación que acredite que cuenta con sede en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

c) Memoria de cada proyecto o servicio a realizar, conteniendo los siguientes aspectos:

— Denominación, localización y descripción del proyecto o servicio.

— Costes del proyecto o servicio, incentivo solicitado al Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y aportación de la entidad solicitante.

— Duración del proyecto o servicio.

— Perfil de los/as trabajadores/as a contratar.

— Actuaciones a realizar.

— Características de la actividad, duración y número de contratos con cargo al proyecto.

— Previsión de generación de empleo.

d) Declaración responsable de que sobre el solicitante no ha recaído resolución administrativa o judicial firme de reintegro o, en caso afirmativo, acreditación de su ingreso, aplazamiento o fraccionamiento de la deuda correspondiente.

e) Declaración respecto de otras subvenciones o ayudas concedidas y/o solicitadas para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, señalando, en su caso, entidad concedente e importe.

En cualquier momento, el órgano concedente podrá requerir la presentación de cualquier otro documento o acreditación que considere oportuna.

4. Cuando la solicitud no reúna los requisitos señalados en el artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimien-

to Administrativo Común, o no se acompañe la documentación que de acuerdo con esta Orden resulte exigible, se requerirá al interesado para que en el plazo de 10 días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de dicha Ley.

Artículo 8. Competencia para resolver.—La competencia para resolver sobre las ayudas reguladas en la presente Orden corresponde al titular de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, en su calidad de Presidente del Servicio Andaluz de Empleo.

Esta competencia se delega en las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico cuando los proyectos tengan carácter provincial.

Artículo 9. Resolución.—El órgano competente resolverá y notificará sobre el otorgamiento o denegación de las ayudas previstas en esta Orden en el plazo máximo de seis meses, a contar desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro correspondiente para su tramitación.

Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa, la solicitud de ayuda se entenderá desestimada en los términos previstos en el artículo 2.2 de la Ley 9/2001, de 12 de julio, por la que se establece el sentido del silencio administrativo y los plazos de determinados procedimientos como garantías procedimentales para los ciudadanos.

Artículo 10. Selección y contratación de trabajadores/as.—1. Las entidades beneficiarias presentarán, con al menos quince días de antelación al ini-

cio de la ejecución del proyecto o servicio a realizar, oferta de empleo a la correspondiente Oficina de Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

2. Los criterios preferentes para la selección de los/as trabajadores/as, objeto de contratación, serán los siguientes:

- a) Mayor adecuación al puesto de trabajo ofertado.
- b) Condición de discapacitado/a del demandante de empleo.
- c) Pertenencia al colectivo con especiales dificultades de acceso al mercado laboral.
- d) Existencia de responsabilidades familiares especialmente cuando se trate de familias monoparentales.
- e) Jóvenes menores de 30 años.
- f) Mujeres.

3. Las entidades beneficiarias formalizarán la contratación de los/as trabajadores/as seleccionados/as utilizando la modalidad de contrato temporal de inserción regulado por el artículo 15.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, de acuerdo con lo dispuesto por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 12/2001, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo o aquél que lo modifique o sustituya.

4. Las entidades beneficiarias de las ayudas reguladas por la presente Orden comunicarán a los/as trabajadores/as que su contratación ha sido incentivada por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico. A los efectos de seguimiento y control de la citada comunicación el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico podrá solicitar la acreditación de la comunicación a los interesados.

5. En el supuesto de baja de alguno de los/as trabajadores/as contratados/as con anterioridad a la finalización del proyecto o servicio, en el pla-

zo máximo de un mes, la entidad beneficiaria podrá sustituirle por el tiempo restante y de entre los incluidos inicialmente en la lista remitida por la Oficina de Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico por otro/a trabajador/a siempre que el contrato contemple las mismas condiciones estipuladas en el contrato de la persona sustituida. Si ello no fuese posible, se aplicará el procedimiento recogido en los párrafos 1, 2 y 3 de este artículo. Dicha sustitución deberá ser comunicada al órgano concedente. En caso de no producirse la sustitución del trabajador/a, la cuantía de las ayudas se limitará al tiempo efectivamente trabajado.

Artículo 11. Pago y justificaciones.—1. El abono de las cuantías de las ayudas reguladas por esta Orden se ordenará en dos fases:

- a) Hasta el 75% en la fecha de concesión, en concepto de anticipo.

Previamente al cobro de la ayuda, el beneficiario presentará acreditación de que se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales con la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como de que no es deudor de la misma por cualquier otro ingreso de Derecho Público, en los términos del artículo 13.1.e) de la presente Orden.

En el plazo de un mes desde el abono, el beneficiario presentará ante la Dirección Provincial del SAE la siguiente documentación:

— Certificado de inicio del proyecto en el plazo señalado en la resolución de concesión de la ayuda.

— Fotocopia compulsada de los contratos de trabajo formalizados con cargo al proyecto.

— Fotocopia compulsada del TC2 correspondiente al mes en que se producen las contrataciones; si la empresa estuviera acogida al sistema Red de la transmisión telemática de datos a la

Seguridad Social, será suficiente con copia compulsada u original del documento firmado por el responsable correspondiente y Certificado expedido por el Servicio Andaluz de Empleo acreditativo de la condición de demandantes de empleo.

b) El 25% restante una vez aportados los documentos justificativos de los gastos realizados con cargo a la cantidad anticipada.

La justificación del anticipo se hará mediante la presentación de fotocopia compulsada de la relación nominal de transferencias efectuadas en concepto de salario a todos los trabajadores contratados con cargo al proyecto correspondiente al 75% del período de duración de la contratación, o copia de los cheques emitidos a tal efecto.

2. Para la justificación final de los proyectos las entidades beneficiarias aportarán en el plazo de 3 meses desde la finalización del proyecto la siguiente documentación:

— Memoria final, descriptiva y gráfica, que incluya un informe detallado de las obras y servicios realizados, contratos y práctica profesional adquirida, mejora de la ocupabilidad y una valoración de la repercusión social y económica del proyecto cuantitativa y cualitativa donde conste expresamente la aportación económica de la entidad.

— Certificado de finalización emitido por la entidad beneficiaria.

— Fotocopia compulsada de la relación nominal de las transferencias efectuadas en concepto de salario a todos los trabajadores contratados con cargo al proyecto correspondiente al 25% del período final de la contratación, o copia de los cheques emitidos a tal efecto.

3. Las entidades beneficiarias presentarán en el plazo de dos meses desde que se produzcan los respectivos pagos certificación de asiento contable.

Artículo 12. *Compatibilidad de ayudas.*—1. Las ayudas reguladas por la presente Orden serán compatibles con cualquier otra ayuda no prevista en la misma dentro de los límites legalmente establecidos, excepto las previstas en la Orden de 4 de julio de 2002 de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por la que se desarrolla el Programa de Apoyo al Empleo en Proyectos de Interés Social.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 de la presente Orden, toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la ayuda y, en todo caso, la obtención concurrente de ayudas otorgadas por otras administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 110 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Ley 5/1983, de 19 de julio.

3. El importe de las ayudas previstas en esta Orden en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por la entidad beneficiaria, tal como establece el artículo 111 de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Ley 5/1983, de 19 de julio.

Artículo 13. *Obligaciones de los beneficiarios.*—1. Los beneficiarios de las ayudas estarán obligados a:

a) Realizar la actividad o servicio que fundamenta la concesión de la ayuda en la forma y en los plazos establecidos en la resolución de concesión.

b) Justificar ante el órgano concedente la realización de la actividad o servicio, así como el cumplimiento de los

requisitos y condiciones que determinen la concesión de la ayuda.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como a las de control financiero que correspondan a la Intervención General de la Junta de Andalucía en relación con las ayudas concedidas, y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía. Igualmente deberán someterse a las actuaciones de comprobación y control que puedan efectuar la Comisión y el Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas, en el supuesto de cofinanciación por el Fondo Social Europeo.

d) Comunicar al órgano concedente la obtención de otras ayudas o subvenciones para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, así como cualquier alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la ayuda.

e) Acreditar, previamente al cobro de la ayuda, que se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales con la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como que no es deudor de la misma por cualquier otro ingreso de Derecho Público.

La acreditación se efectuará aportando certificación administrativa o mediante cesión de información previa autorización del interesado al SAE conforme al modelo que figura en el Anexo de la Orden 12 de septiembre de 2003 de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la acreditación del cumplimiento de las obligaciones fiscales y de otros ingresos públicos y de las obligaciones con la Seguridad Social, en los procedimientos de subvenciones y ayudas públicas y de contratación que se tramiten por la Admi-

nistración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos.

A tales efectos, aquellas entidades sin ánimo de lucro que cumplan los requisitos establecidos en el Capítulo I del Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fin de lucro y de los incentivos fiscales al mecenazgo, quedan exoneradas de esta obligación, según lo establecido por el artículo 4 de la citada Orden de 12 de septiembre de 2003.

f) Hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la actividad u objeto de la ayuda que la misma está incentivada por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico o en colaboración con el Fondo Social Europeo en todas las actuaciones que así lo requieran y en cumplimiento del Reglamento (CE) número 1.159/2000, de la Comisión.

g) Comunicar al órgano concedente de la ayuda cualquier cambio de domicilio de la entidad beneficiaria, a efectos de notificaciones durante el período de vigencia de la misma.

h) Cualquier otra obligación que derive de esta norma.

Artículo 14. Reintegro de la ayuda.—1. Procederá el reintegro de las cantidades percibidas, y la exigencia del interés de demora desde el momento del abono de la ayuda, en los siguientes casos:

a) Obtener la ayuda sin reunir las condiciones requeridas para ello.

b) Incumplimiento de la finalidad para la que la ayuda fue concedida.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación.

d) Incumplimiento de las condiciones impuestas a las entidades beneficiarias con motivo de la concesión de la ayuda.

e) La negativa u obstrucción a las actuaciones de control establecidas en

el artículo 85 bis de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad de Andalucía.

2. Igualmente, en el supuesto contemplado en el artículo 111 de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad desarrollada.

Artículo 15. Dotación presupuestaria.—La concesión de las ayudas reguladas en la presente Orden estará condicionada a la existencia de dotación presupuestaria y se podrán adquirir compromisos de carácter plurianual, de acuerdo con lo previsto en la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Disposición transitoria única.—Excepcionalmente, para el presente ejercicio, las solicitudes de los incentivos previstos en la presente Orden se podrán presentar en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su publicación.

Disposición final primera. Derecho supletorio.—En lo no regulado expresamente en la presente Orden se

aplicará supletoriamente lo establecido por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos para la Concesión de Subvenciones y Ayudas Públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, y su Régimen Jurídico.

Disposición final segunda. Instrucciones.—Se autoriza a la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la ejecución de la presente Orden en el ámbito de sus competencias específicas.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 14 de enero de 2004

JOSÉ ANTONIO VIERA CHACÓN
Consejero de Empleo
y Desarrollo Tecnológico

ORDEN de 21 de enero de 2004, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social
BOJA núm. 21, de 2 de febrero de 2004

La Ley 4/1997, de 9 de julio de Prevención y Asistencia en materia de Drogas, crea un marco normativo en el que recoge la promoción de medidas dirigidas al fomento del empleo que vengán a facilitar la incorporación social de los drogodependientes.

De acuerdo con ello se dictó la Orden de 11 de septiembre de 2000 con

objeto de regular y convocar subvenciones para la contratación laboral de drogodependientes, a fin de incentivar el empleo estable o la contratación temporal que garantice la práctica laboral y como medida importante de apoyo a la socialización y la ruptura de la exclusión.

Dicha Orden fue modificada por la de 26 de abril de 2002, con el fin de

acomodarla a los planteamientos establecidos en el II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones y al Decreto 254/2001, de 20 de noviembre de 2001 por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus organismos autónomos y su régimen jurídico.

Dado el tiempo transcurrido desde la Orden de 11 de septiembre de 2000, sin que se hubiese producido una actualización de las cuantías, se hizo necesaria la revisión de las mismas a través de la Orden de 3 de julio de 2003, por la que se aumenta la cantidad en casi un 50% de las anteriormente consideradas con el fin de alcanzar los objetivos perseguidos en la misma y atender a los principios que inspiran las políticas de la Unión Europea de integración social y económica, competitividad y progreso y el respeto a la diversidad.

En su virtud, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en uso de las facultades conferidas por el artículo 44.4 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y a propuesta del Comisionado para las Drogodependencias,

DISPONGO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. *Objeto y financiación.*—

1. La presente Orden tiene por objeto la regulación y la convocatoria de subvenciones con carácter permanente, para promover la contratación laboral de personas con problemas de drogodependencias y/o afectadas por el juego patológico.

2. La concesión de subvenciones estará limitada a la existencia de dispo-

nibilidad presupuestaria para cada ejercicio económico, y se financiará con cargo al presupuesto de la Consejería de Asuntos Sociales, así como a través de la transferencia de fondos comunitarios.

3. La tramitación y concesión se ajustará a lo establecido en el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, para las subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva.

Artículo 2. *Finalidad.*—Las subvenciones a la contratación de personas con problemas de drogodependencias y/o afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social, tienen por finalidad el acceso de éstas al mercado laboral, incentivando su incorporación y estabilidad en el empleo mediante contratos de trabajo de carácter temporal o indefinido.

Artículo 3. *Beneficiarios.*—Podrán ser beneficiarios de las subvenciones reguladas en la presente Orden:

- a) Las personas físicas y jurídicas, titulares de empresas constituidas.
- b) Las Entidades sin ánimo de lucro.
- c) Administraciones Públicas y Entidades de ellas dependientes.

d) En el caso de Entidades colaboradoras del programa Red de Artesanos, podrán prolongar la permanencia de los participantes, tanto a la finalización como en cualquier momento mediante la contratación laboral, indefinida o temporal, a tiempo completo o parcial de los mismos.

Artículo 4. *Requisitos de los beneficiarios.*—1. La concesión de subvenciones vendrá condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) En el caso de personas jurídicas, estar legalmente constituidas.
- b) Incorporar al trabajador a un centro de trabajo situado en Andalucía, durante un período mínimo de tres meses,

formalizándose la contratación de acuerdo con las modalidades y contenidos previstos en la legislación laboral vigente.

c) Los trabajadores contratados deberán encontrarse en proceso de incorporación social en cualquiera de los siguientes recursos responsables del seguimiento:

c.1. Recursos de la red de drogodependencias y adicciones, públicos o privados concertados con la Consejería de Asuntos Sociales.

c.2. En el supuesto de personas afectadas por el juego patológico será requisito el que sean atendidas por entidad registrada para tal fin en el Registro de entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales.

c.3. Asociaciones de drogodependencias sin ánimo de lucro, cuya actividad principal sea la atención a personas con problemas de drogodependencias y estén inscritas en el Registro de Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales.

d) Las empresas beneficiarias facilitarán a los recursos recogidos en el apartado anterior toda la información referente al trabajador de cara a realizar un seguimiento en el proceso de incorporación social de los mismos.

e) No podrán concederse con cargo a este programa más de una subvención por trabajador, aunque éste sea posteriormente contratado por otro empleador o se le contrate conforme a otra modalidad laboral, salvo en los supuestos recogidos en las letras b) y c) del apartado 2 del artículo 5 para los que se podrá conceder al empleador por una sola vez una nueva subvención siempre que la contratación sea por un tiempo igual o superior al contrato anteriormente suscrito y que no transcurra un plazo superior de tres meses entre la anterior y la nueva contratación.

f) Las personas contratadas, o sus sustitutos, en su caso, deberán permanecer en dicha situación, como mínimo

hasta agotar el importe total de la subvención concedida.

2. Los requisitos deberán cumplirse en la fecha en que se dicte la propuesta de resolución de la solicitud y mantenerse hasta la justificación de la subvención concedida.

Artículo 5. Cuantía de las subvenciones.—La cuantía de las subvenciones se determinará en función de las siguientes circunstancias:

1. Por cada contrato indefinido a tiempo completo: 8.414 euros.

2. Por cada contrato temporal y a tiempo completo:

a) Con una duración mínima de un año: 7.212 euros.

b) Con una duración mínima de seis meses: 3.606 euros.

c) Con una duración mínima de tres meses: 1.622 euros.

3. La cuantía de la subvención por cada contrato a tiempo parcial se calculará en proporción a la jornada pactada, sin que pueda ser inferior al 40% de la establecida para tiempo completo, tomando como referencia los supuestos y cifras previstos en los apartados anteriores.

Artículo 6. Importe y concurrencia de subvenciones.—El importe de la subvención en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con subvenciones o ayudas de otras Administraciones Públicas, o de otros Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario.

CAPÍTULO II PROCEDIMIENTOS

Artículo 7. Solicitudes y documentación.—1. Las solicitudes de subvenciones se efectuarán según el modelo que figura como Anexo 1 a la presente Orden.

2. Junto con las solicitudes, deberá aportarse la siguiente documentación, original o compulsada:

- a) Documento Nacional de Identidad, en el caso de personas físicas.
- b) Tarjeta de Identificación Fiscal.
- c) Documentación, en su caso, que acredite el apoderamiento del representante de la persona física o jurídica solicitante.
- d) Fotocopia de la libreta de ahorro o certificado bancario acreditativo de la cuenta corriente o libreta de ahorro, cuya titularidad ha de corresponder a la entidad solicitante.
- e) Propuesta de contrato de trabajo o contrato suscrito con una antelación máxima de 60 días naturales a la fecha de presentación de la solicitud.
- f) Acreditación de estar al corriente de las obligaciones fiscales con la Comunidad Autónoma de Andalucía y de no ser deudor de la misma por cualquier otro ingreso de Derecho Público. A tal efecto, los interesados deberán presentar la autorización para la cesión de información, según el modelo previsto en el Anexo 2.

No obstante, en lugar de la autorización, se podrá aportar Certificación administrativa expedida por el órgano competente.

Se exceptúa de lo dispuesto en la letra f) a los beneficiarios exonerados con carácter general por la Orden de 12 de septiembre de 2003, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la citada acreditación.

Asimismo, las entidades sin fines lucrativos que cumplan los requisitos establecidos en el Capítulo I del Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, deberán aportar junto con la solicitud declaración expresa responsable suscrita por el representante de la entidad, acreditativa de tal extremo.

Artículo 8. Lugar y plazo de presentación.—1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las solicitudes se presentarán en la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales donde se encuentre ubicado el centro de trabajo afectado por la contratación laboral.

2. El plazo de presentación de solicitudes se iniciará el día 1 de enero y concluirá el 31 de octubre de cada año.

Artículo 9. Comisión de Evaluación.—1. En cada una de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Asuntos Sociales se constituirá una Comisión de Evaluación, integrada al menos por el Jefe de Servicio de Acción e Inserción Social y el Asesor de Drogodependencias, que desarrollará las siguientes funciones:

a) Verificar que los solicitantes cumplen con los requisitos exigidos en la presente Orden, pudiendo requerir a los interesados para que, en el plazo de diez días hábiles, subsanen las deficiencias u omisiones existentes en sus solicitudes, bajo apercibimiento de tenerlos por desistidos si así no lo hicieran.

b) Solicitar al recurso responsable del seguimiento al trabajador, información en torno a la conveniencia de su inclusión en el programa a efectos de la correspondiente contratación laboral.

2. En el caso de que los solicitantes no entregaren la documentación requerida en el plazo establecido, se les tendrá por desistidos de su solicitud.

3. Completados los expedientes con la aportación de documentación requerida, se formularán motivadamente las correspondientes propuestas de resolución, dándose traslado de ello al órgano competente para resolver.

Artículo 10. Competencia.—El titular de la Consejería de Asuntos Sociales delega en los titulares de las Delegaciones Provinciales la competencia para resolver las subvenciones reguladas en la presente Orden.

Artículo 11. Resolución.—1. El plazo para dictar y notificar la resolución correspondiente será de dos meses a contar desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el Registro del órgano competente para su tramitación. Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, los interesados podrán entender desestimadas sus solicitudes por silencio administrativo.

2. Para que la resolución sea efectiva, los interesados deberán aportar en un plazo máximo de 15 días a partir de la misma la siguiente documentación:

- a) Contrato de trabajo.
- b) Alta del trabajador en la Seguridad Social.

3. No podrá resolver la concesión de subvenciones a beneficiarios sobre los que haya recaído resolución administrativa o judicial firme de reintegro hasta que sea acreditado su ingreso, aplazamiento o fraccionamiento.

4. Las resoluciones dictadas agotarán la vía administrativa, pudiendo interponerse contra las mismas recurso contencioso-administrativo en la forma y plazo previstos por la Ley reguladora de dicha Jurisdicción y, potestativamente, recurso de reposición, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

5. El contenido de la resolución se ajustará a lo establecido en el artículo 13.2 del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía

y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico.

Artículo 12. Circunstancias sobrevenidas.—1. Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención y, en todo caso, la obtención concurrente de subvenciones o ayudas otorgadas por otras Administraciones o entes públicos o privados nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión.

2. Si por cualquier circunstancia la persona contratada no agotara el plazo acordado en el contrato objeto de subvención, se podrá autorizar su sustitución, en el plazo máximo de un mes, por el tiempo restante y con las mismas condiciones inicialmente establecidas.

Artículo 13. Pago de las subvenciones.—El pago de la subvención se realizará de una sola vez y por el importe total de la misma mediante transferencia bancaria a la cuenta que a tal efecto señalen los beneficiarios de la solicitud.

Artículo 14. Obligaciones de los beneficiarios.—Los beneficiarios de las subvenciones vendrán obligados a:

a) Realizar la contratación que fundamente la concesión de la subvención.

b) Justificar ante el órgano concedente la contratación realizada, así como el cumplimiento de los requisitos y condiciones que determine la concesión de la subvención.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, a las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía, a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas, la Cámara de Cuentas de Andalucía y del Tribunal de Cuentas Europeo.

d) Facilitar cuanta información le sea requerida por el Tribunal de Cuentas, la Cámara de Cuentas de Andalucía, la Intervención General de la Junta de Andalucía y el Tribunal de Cuentas Europeo.

e) Comunicar al órgano concedente de la ayuda, todos los cambios de domicilio a efectos de notificaciones que tengan lugar durante el período en que la ayuda sea reglamentariamente susceptible de control.

f) Acreditar previamente al cobro de la subvención, encontrarse al corriente de sus obligaciones fiscales con la Comunidad Autónoma de Andalucía, y no ser deudora de la misma por cualquier otro ingreso de Derecho público, en la forma prevista en la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 12 de septiembre de 2003, salvo para los supuestos previstos en el artículo 4.1 de la misma.

g) Hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la actuación realizada, que la misma está subvencionada por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía en colaboración con el Fondo Social Europeo. h) Comunicar a la Consejería de Asuntos Sociales la obtención de otras subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, así como las alteraciones a que se refiere el artículo 12 de la presente Orden.

Artículo 15. Obligaciones de los recursos que realizan el seguimiento.— Los recursos desde donde se esté realizando el seguimiento del trabajador, estarán obligados a emitir un Informe de Incorporación y un Informe de Seguimiento dirigido a las Delegaciones Provinciales según modelo establecido por el Comisionado para las Drogodependencias y que serán remitidos con

la periodicidad establecida por dicho organismo.

Artículo 16. Certificado de participación.— Desde el Comisionado para las Drogodependencias se emitirá un certificado a las Empresas beneficiarias como reconocimiento de su participación en el Programa Arquímedes, así mismo se tomarán las medidas que se estimen oportunas de cara a dar publicidad del programa.

Artículo 17. Publicidad de las subvenciones.— Las subvenciones concedidas deberán ser publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, salvo cuando el importe de las mismas fuere igual o inferior al límite que se establezca en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma Andaluza de cada año.

Artículo 18. Justificación.— 1. Los beneficiarios justificarán la ejecución de la contratación subvencionada mediante la aportación del certificado acreditativo de haber sido registrado en su contabilidad el ingreso de la subvención recibida, con expresión del asiento contable practicado, y de los documentos que, en original o fotocopia compulsada, y con referencia a todos los meses de vigencia del contrato, se citan a continuación:

- a) Recibos de las nóminas del trabajador contratado.
- b) Boletín de cotizaciones a la Seguridad Social.
- c) Documento de ingreso en Hacienda de retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los trabajadores.

2. Los documentos citados anteriormente vendrán referidos a los meses de vigencia del contrato cuando fuera temporal, y si tuviera carácter indefinido, a los doce meses siguientes a su firma.

3. El plazo de justificación será de tres meses contados a partir de la finalización del período de vigencia del contrato si éste fuera temporal, y de quince meses contando desde la firma del contrato si éste tuviera carácter indefinido. Dentro de dicho plazo el beneficiario deberá presentar los justificantes del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención y del gasto total de la actividad subvencionada, aunque la cuantía de la subvención sea inferior.

4. Si vencido el plazo de justificación los beneficiarios no hubieran presentado los documentos a que vinieren obligados, se les requerirán para que los aporten en un plazo de veinte días, bajo apercibimiento de que, transcurrido el mismo sin atender dicho requerimiento, se entenderá incumplida la obligación de justificar la subvención, con las consecuencias previstas en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la Ley de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en los artículos 16 y 17 de la presente Orden.

Artículo 19. Reintegros.—1. Procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el momento del pago de las subvenciones en los siguientes casos:

- a) Obtención de la subvención sin reunir las condiciones requeridas para ello.
- b) Incumplimiento de la finalidad para la que la subvención fue concedida.
- c) Incumplimiento de las obligaciones de justificación.
- d) Incumplimiento de las condiciones impuestas para la concesión de la subvención.
- e) Negativa u obstrucción a las actuaciones de control establecidas en el artículo 85 bis de la citada Ley 5/1983 de 19 de julio.

2. El procedimiento para el reintegro se regirá por lo dispuesto al respecto en la mencionada Ley 5/1983, de 19 de julio, siendo órgano competente para resolver los mismos los Delegados/as Provinciales de la Consejería de Asuntos Sociales que hayan concedido las subvenciones.

Artículo 20. Régimen Sancionador.—Las infracciones administrativas cometidas en relación con las subvenciones reguladas en la presente Orden se sancionarán conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley General Presupuestaria.

Disposición transitoria primera. Contratos en vigor.—Los contratos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Orden se regirán por la normativa vigente en el momento de su celebración.

Disposición transitoria segunda. Prórroga y solicitudes en tramitación.—La presente Orden será de aplicación a las prórrogas que se realicen de los contratos vigentes así como a las solicitudes presentadas que se resuelvan tras la entrada en vigor de la misma.

Disposición derogatoria única. Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la presente norma y expresamente la Orden de 11 de septiembre de 2000, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes en proceso de incorporación social.

Disposición final primera. Medidas de ejecución.—Se autoriza al titular del Comisionado para las Drogodependencias a dictar las instrucciones y medidas necesarias para la ejecución de la presente Orden.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su

publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 21 de enero de 2004.

ISAÍAS PÉREZ SALDAÑA
Consejero de Asuntos Sociales

ORDEN de 2 de febrero de 2004, por la que se regula el programa de Experiencias Profesionales para el Empleo, de Acompañamiento a la Inserción y se convocan ayudas para su ejecución
BOJA núm. 30, de 13 de febrero de 2004

PREÁMBULO

El Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los programas para la Inserción laboral de la Junta de Andalucía, establece en su artículo 4, entre otros, los programas Experiencias Profesionales para el Empleo y de Acompañamiento a la Inserción y autoriza en su disposición final primera al titular de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de los previstos en dicho Decreto.

Así mismo, el Servicio Andaluz de Empleo, creado por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre y adscrito a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico nace como órgano gestor de la política de empleo de la Junta de Andalucía y se le atribuyen las funciones que sean traspasadas a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de política de empleo. Dicho traspaso se materializa mediante Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación y Decreto 192/2003, de 1 de julio, por el que se asignan a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico las funciones y Servicios de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el

ámbito del trabajo, el empleo y la formación.

Del mismo modo, el Servicio Andaluz de Empleo tiene encomendado el desarrollo de las políticas de empleo, coparticipando en las mismas los agentes sociales y económicos más representativos en Andalucía, siguiendo el modelo de concertación social puesto en práctica durante los últimos años en Andalucía con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito de la Comunidad Autónoma: Unión General de Trabajadores de Andalucía, Comisiones Obreras de Andalucía y Confederación de Empresarios de Andalucía.

El continuo cambio a que se ve sometido el Mercado de Trabajo, como consecuencia de evolución social, introducción y desarrollo de las nuevas tecnologías y la puesta en funcionamiento de nuevos modelos organizativos, conlleva una dificultad añadida para las personas demandantes de empleo, haciendo necesario el disponer de herramientas que faciliten su inserción laboral mediante la obtención de un puesto de trabajo ajustado a sus necesidades y posibilidades.

Es preciso, por tanto, diseñar actuaciones de inserción acordes con las necesidades de las personas demandantes de empleo y del tejido empresarial, detectando y previniendo los eventuales desfases y desarrollando la

capacidad de los servicios de empleo para que respondan a la demanda de la mano de obra.

Las acciones comprendidas en el desarrollo de los Programas regulados en la presente Orden, tales como; visitas a empresas, entrevistas a profesionales, prácticas en empresas y acompañamiento previo e integral a la inserción; todas ellas basadas en la definición de Itinerarios Personalizados de Inserción, mediante la combinación de distintas medidas activas de empleo, se han desvelado como un instrumento eficaz y efectivo para la mejora de las condiciones laborales y profesionales de las personas demandantes de empleo, así como de aquellas con especiales dificultades en el acceso al mercado de trabajo o en riesgo de exclusión social.

A estos programas preceden los positivos resultados generados por las actuaciones llevadas a cabo por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico durante los últimos años, al amparo de la Orden de 7 mayo de 2001, por la que se han venido regulando ayudas relativas al desarrollo de Medidas Complementarias de Apoyo al Empleo.

Por todo ello, en el uso de las facultades que me han sido conferidas, consultadas las organizaciones empresariales y sindicales más representativas dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y a propuesta de la Dirección General de Intermediación del Servicio Andaluz de Empleo,

DISPONGO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto.—Esta Orden tiene por objeto el desarrollo del Programa de «Experiencias Profesionales para el Empleo» y «Acompañamiento a la Inserción» contemplados en el De-

creto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía, así como la regulación, convocatoria y delimitación de las condiciones, requisitos y alcance de las ayudas que se concedan para la ejecución de los mismos.

CAPÍTULO II

PROGRAMA DE EXPERIENCIAS PROFESIONALES PARA EL EMPLEO

Artículo 2. Objeto del programa.—

Este programa tiene por objeto promover la inserción de las personas desempleadas ofreciéndoles experiencias profesionales para el empleo con tutorías que les acerquen al mundo laboral, proporcionándoles el conocimiento de los hábitos, prácticas y valores propios de los entornos laborales a los que la persona demandante aspira. Artículo 3. Actuaciones. El programa de Experiencias Profesionales para el Empleo se instrumentará a través de las siguientes actuaciones:

1. Visitas a empresas: acciones de carácter grupal realizadas en centros de trabajo encaminadas a acercar a las personas destinatarias del programa al mundo laboral y su organización, iniciándolos en el conocimiento de los procesos propios de su ámbito laboral. Los grupos no podrán exceder de 10 participantes y tendrán perfiles e intereses homogéneos.

2. Entrevistas a profesionales: acciones individuales guiadas dirigidas a concertar, preparar y explotar entrevistas entre profesionales en activo y las personas destinatarias del programa, que proporcionarán a éstas información relativa al contexto, habilidades, comportamientos y valores propios de determinadas ocupaciones de su interés.

3. Prácticas profesionales: acciones que se desarrollarán en centros de

trabajo para favorecer la integración de las personas destinatarias en la estructura, normas y valores de una organización permitiéndole el conocimiento del contexto en que se desarrolla su ocupación y un acercamiento a la cultura del mundo laboral. La realización de prácticas profesionales no implicará la existencia de relación laboral alguna respecto a las personas destinatarias de estas acciones.

Artículo 4. *Personas destinatarias.*—1. Con carácter general, tendrán la condición de personas destinatarias del programa de Experiencias Profesionales para el Empleo las demandantes de empleo que, encontrándose entre los colectivos enunciados en el artículo 3 del Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía, sean derivadas, dentro de un itinerario de inserción, por una Oficina del Servicio Andaluz de Empleo o una unidad de orientación de la red «Andalucía Orienta», a cualquiera de las acciones del programa.

2. Cuando se trate de actuaciones previstas apartado tercero del artículo 3 de la presente Orden, las personas destinatarias deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

a) Disponer de una titulación universitaria, de formación profesional reglada o certificación de Formación Profesional Ocupacional.

b) Que no hayan transcurrido más de dos años desde la obtención de dicha titulación o certificación.

c) Carecer de experiencia profesional relacionada con dicha cualificación.

3. Asimismo podrán ser destinatarios de experiencias profesionales para el empleo que impliquen la realización de prácticas, y siempre dentro de un itinerario de inserción, las personas demandantes de primer empleo que pertenezcan a alguno de los si-

guientes colectivos, no siendo aplicables los requisitos establecidos en el punto anterior:

- a) Personas con discapacidad.
- b) Minorías étnicas.
- c) Demandantes de empleo en riesgo de exclusión.

CAPÍTULO III PROGRAMA DE ACOMPAÑAMIENTO A LA INSERCIÓN

Artículo 5. *Objeto del programa.*—Este programa tiene por objeto promover la consecución de la inserción laboral de las personas desempleadas, a través de un apoyo intensivo en las tareas relativas a su candidatura a las ofertas de empleo y durante las etapas iniciales de su incorporación a un puesto de trabajo.

Artículo 6. *Personas destinatarias.*—Las personas destinatarias del programa de acompañamiento a la Inserción serán aquellas desempleadas, que realizando un Itinerario Personalizado de Inserción, estén definidas como beneficiarias en el artículo 3 del Decreto 85/2003, de 1 de abril, y que pertenezcan a alguno de los siguientes colectivos:

1. Personas con discapacidad.
2. Personas que superen un período de antigüedad en la demanda de empleo 12 meses.

Artículo 7. *Actuaciones.*—El programa de acompañamiento a la inserción se instrumentará a través de las siguientes actuaciones:

1. Acompañamiento previo a la inserción: acciones de carácter individual dirigidas a prestar apoyo, asesoramiento y tutoría personalizada para facilitar el acceso de la persona destinataria tanto a las diversas políticas de empleo como a las ofertas a las que estas puedan presentarse como candidatas.

2. Acompañamiento integral a la Inserción: acciones de carácter individual dirigidas a prestar a las personas destinatarias apoyo, asesoramiento, tutoría y seguimiento personalizado tanto en el proceso de acceso al mercado laboral como en la etapa inicial de su incorporación en un puesto de trabajo, siempre que esta no exceda de 6 meses.

CAPÍTULO IV
NORMAS GENERALES
DEL PROCEDIMIENTO
DE CONCESION DE AYUDAS

Artículo 8. Beneficiarios y requisitos.—1. Podrán acogerse a las ayudas previstas en la presente Orden aquellas entidades sin fines lucrativos, Corporaciones Locales y otros entes públicos que reúnan los requisitos que se relacionan punto siguiente y cumplan las obligaciones establecidas en la misma.

2. Requisitos de acceso comunes:

- a) Experiencia previa en el desarrollo de acciones de mejora de la empleabilidad o en favor de la inserción laboral de los colectivos especificados en los artículos 4 y 6 de la presente Orden.
- b) En su caso, experiencia previa en la captación y/o gestión de puestos de prácticas en empresas.
- c) Disponer o encontrarse en disposición de aportar instalaciones adecuadas para el correcto desarrollo de los proyectos objeto de ayuda.

Artículo 9. Ayudas.—El Servicio Andaluz de Empleo podrá conceder ayudas que alcancen hasta el 100% de los costes de los proyectos hasta los límites y por los conceptos que se especifican a continuación. No obstante, los límites económicos fijados en la presente Orden podrán ser actualizados anualmente mediante Resolución del titular de la Dirección General de Intermediación del Servicio Andaluz de Empleo.

1. Costes salariales del personal que atienda el asesoramiento de prácticas o las tutorías de acompañamiento. Las ayudas para costes salariales del personal técnico alcanzarán un máximo de:

- a) 26.704,25 euros, por año y técnico, cuando dispongan de titulación universitaria.
- b) 22.000 euros, por año y técnico cuando dispongan de titulación de Formación Profesional específica.

En ambos casos la dedicación deberá ser a jornada completa.

2. Otros gastos. Las ayudas para otros gastos podrá alcanzar hasta el 100% de los mismos, siempre que sean por los siguientes conceptos y estén relacionados con el proyecto:

- a) Gastos de viaje y estancia de personal.
- b) Bienes consumibles no amortizables.
- c) Amortización de equipos conforme a la legislación vigente.
- d) Publicaciones y publicidad.
- e) Gastos corrientes.
- f) Tasas y seguros.
- g) Gastos de auditoría.
- h) En el caso de Experiencias Profesionales para el Empleo se podrán financiar además los siguiente conceptos:

I. Gastos para compensar la participación de los tutores de las empresas en las que se realicen las prácticas.

II. Gastos destinados a cubrir becas de las personas destinatarias en prácticas hasta el 75% del SMI, siempre que dichas prácticas tengan una duración a 4 horas diarias y se realicen durante más de dos y menos de seis meses consecutivos.

III. Gastos destinados a cubrir costes de transporte cuando las personas destinatarias residan en un municipio distinto al de el centro de trabajo en que desarrolle las prácticas profesionales, hasta 0,1 euro por kilóme-

tro con un límite de 7 euros por día de asistencia.

Artículo 10. Concurrencia de las ayudas.—El importe de las ayudas reguladas en la presente Orden en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, en concurrencia con subvenciones o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario.

Artículo 11. Financiación.—1. La financiación de las ayudas previstas en esta Orden se efectuará con cargo al presupuesto del Servicio Andaluz de Empleo, estando limitada su concesión a los créditos que se destinan a las correspondientes actuaciones y en función de las disponibilidades presupuestarias.

2. Podrán adquirirse compromisos de gasto de carácter plurianual de conformidad a lo establecido en el artículo 39 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 12. Solicitudes, presentación y plazo.—1. Las entidades que deseen acogerse a las ayudas contempladas en esta Orden presentarán sus solicitudes, dirigidas al titular de la Dirección General de Intermediación del Servicio Andaluz de Empleo, en los modelos normalizados que estarán disponibles en la página web del Servicio Andaluz de Empleo, y cuya cumplimentación deberá realizarse a través de Internet, sin perjuicio de su presentación de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. Las solicitudes se presentarán preferentemente en Registro General de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, sito en C/ Hytasa, núm. 14, de Sevilla, sin perjuicio de lo estable-

cido en el artículo 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. La presentación de las solicitudes para optar a estas ayudas supone la aceptación expresa de lo establecido en la presente Orden. 4. Las solicitudes incluirán las siguientes declaraciones:

a) Declaración expresa responsable del solicitante relativa a otras subvenciones o ayudas concedidas y/o solicitadas para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales.

b) Declaración responsable de que sobre el solicitante no ha recaído resolución administrativa o judicial firme de reintegro, o bien en el supuesto de que haya recaído tal resolución, acreditación del ingreso, aplazamiento o fraccionamiento de la deuda correspondiente.

5. Las solicitudes se formularán en el mes de octubre del año anterior al de la programación de las acciones.

Artículo 13. Documentación.—Las solicitudes deberán ir acompañadas, en todo caso, de la siguiente documentación:

1. Fotocopia compulsada del CIF de la Entidad solicitante.

2. Fotocopia compulsada del documento acreditativo de la personalidad del solicitante de la ayuda y, en su caso, de la representación con que actúa.

3. Cuando corresponda, fotocopia compulsada de los Estatutos y de la Escritura de constitución inscritos en el Registro Público, que según la naturaleza de la entidad solicitante legalmente corresponda.

4. Certificación bancaria acreditativa de la titularidad de la cuenta en la que haya de ingresarse, en su caso, la ayuda.

5. Descripción de la actividad/es a desarrollar, oportunidad, objetivos y presupuesto, desglosado por acciones, según modelo proporcionado por el Servicio Andaluz de Empleo.

6. En su caso, autorización de cesión de información, según establece el artículo 3 de la Orden de 12 de septiembre de 2003, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la acreditación del cumplimiento de las obligaciones fiscales y de otros ingresos públicos y de las obligaciones con la Seguridad Social, en los procedimientos de subvenciones y ayudas públicas y de contratación que se tramiten por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos.

7. Fichas descriptiva de la experiencia previa indicada en los apartados a) y b) del artículo 8.2 de la presente Orden.

8. Ficha descriptiva de las instalaciones que se tengan previstas utilizar para la ejecución de los proyectos objeto de solicitud.

Artículo 14. Subsanación y/o mejora de la solicitud.—1. Las solicitudes, acompañadas de la documentación preceptiva, serán examinadas por la Dirección General de Intermediación del Servicio Andaluz de Empleo. Si las solicitudes no reunieran los requisitos establecidos en el apartado cuarto del artículo 12 y en el artículo 13, se requerirá a los interesados para que en el plazo de 10 días, subsanen la falta o acompañen los documentos preceptivos, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. La Dirección General de Intermediación podrá requerir a los solicitantes la información y documentación complementaria que considere necesaria para la resolución del procedimien-

to de concesión de las ayudas reguladas en la presente Orden.

Artículo 15. Procedimiento de concurrencia.—El procedimiento de concesión de las ayudas reguladas en la presente Orden se efectuará en régimen de concurrencia no competitiva.

Artículo 16. Resolución.—1. El plazo para resolver y notificar sobre las solicitudes presentadas al amparo de la presente Orden, será de seis meses desde el día siguiente a la expiración del plazo establecido para la presentación de las correspondientes solicitudes por los interesados.

2. Si transcurrido el citado plazo no se hubiera dictado y notificado Resolución expresa, las solicitudes podrán entenderse desestimadas por silencio administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley 9/2001, de 12 de julio, por la que se establece el sentido del silencio administrativo y los plazos de determinados procedimientos como garantías procedimentales para los ciudadanos.

3. Las Resoluciones de concesión especificarán al menos:

- a) La entidad a las que se concede la ayuda.
- b) La actividad a realizar y el plazo de ejecución.
- c) €Ámbito territorial de desarrollo de las actuaciones.
- d) Número mínimo de demandantes a atender.
- e) Colectivo destinatario de la ayuda.
- f) Cuantía de la ayuda y, en su caso, porcentaje de ayuda con respecto al presupuesto aceptado.
- g) Aplicación presupuestaria del gasto.
- h) Forma, secuencia de pago y requisitos de abono.
- i) Condiciones que se impongan al beneficiario.

j) Plazo y forma de justificación por parte del beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda o subvención y de la aplicación de los fondos recibidos.

Artículo 17. Órgano competente para resolver.—El titular de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, delega, con carácter general, en la persona titular de la Dirección General de Intermediación del Servicio Andaluz de Empleo la competencia para la tramitación y resolución del procedimiento de concesión de subvenciones reguladas en la presente Orden.

Artículo 18. Comisiones Mixtas.—

1. Al objeto de coordinar las acciones a desarrollar reguladas en la presente Orden, el Servicio Andaluz de Empleo podrá constituir Comisiones Mixtas, formadas por representantes de dicho organismo autónomo y de la entidad beneficiaria.

2. Dichas Comisiones estarán compuestas por tres representantes del Servicio Andaluz de Empleo y dos de la entidad beneficiaria. En el caso de proyectos de carácter uniprovincial la composición de la Comisión Mixta por parte del Servicio Andaluz de Empleo será de tres representantes de la Dirección Provincial. En el caso de proyectos de carácter multiprovincial, la representación del Servicio Andaluz de Empleo estará a cargo de la Dirección General de Intermediación. No obstante deberá constituirse una subcomisión provincial por cada una de las provincias en que se desarrollen las acciones contempladas en la presente Orden. Dicha subcomisión estará integrada, al menos, por un representante de la Dirección Provincial correspondiente y un representante de la entidad beneficiaria, pudiendo formar parte de la misma

un representante de la Dirección General de Intermediación.

3. Con carácter general, las citadas comisiones tendrán funciones de preparación, seguimiento y evaluación de las actuaciones que se deriven de la Resolución de concesión, pudiendo proponer la modificación de las acciones del proyecto aprobado, siempre que ello no comporte incremento de la ayuda concedida y se justifique su necesidad para un mejor desarrollo del proyecto.

4. A fin de garantizar el cumplimiento de las condiciones establecidas en la presente Orden y la idoneidad del personal que se incorpore a los proyectos aprobados para atender el asesoramiento de prácticas o las tutorías de acompañamiento, las citadas comisiones determinarán el perfil profesional y acordarán la contratación del o de los candidatos que, a propuesta de la entidad beneficiaria, deberán cumplir con dicho perfil.

Artículo 19. Pagos y justificación.—1. Para el abono de las ayudas relativas al desarrollo de las actuaciones reguladas en la presente Orden, se realizarán pagos anticipados de hasta el 75% del importe total de la ayuda concedida, una vez haya recaído la Resolución correspondiente.

2. Los libramientos sucesivos se harán efectivos previa presentación en la Dirección General de Intermediación del Servicio Andaluz de Empleo de los justificantes de los gastos realizados con cargo a la ayuda concedida.

3. Para ello, y en cualquier caso, los beneficiarios deberán cumplir las condiciones de justificación que a tal efecto se establezca por el órgano concedente de la ayuda en la correspondiente Resolución de concesión.

4. En todo caso, el pago final de la ayuda se efectuará a la presentación de los documentos justificativos por el 100% del gasto aprobado en la Resolución de concesión.

5. El plazo de presentación de la documentación justificativa no podrá exceder de 2 meses contados a partir del día siguiente a aquél en que finalice el plazo de ejecución de las acciones subvencionadas.

6. Si no se justifica debidamente el total de la actividad subvencionada, se procederá a la regularización del exceso obtenido a la vista de los justificantes no presentados o no aceptados en el último pago y en su caso, al reintegro del exceso obtenido, de acuerdo con el porcentaje de financiación que aporte el Servicio Andaluz de Empleo.

7. En el caso de que las condiciones establecidas en la presente Orden y/o los objetivos establecidos en la Resolución de concesión se cumplan parcialmente, ello dará lugar al pago parcial de las cantidades concedidas de acuerdo con el porcentaje de financiación que aporte el Servicio Andaluz de Empleo.

8. Siempre que la entidad reciba anticipo o fracción de la ayuda concedida, deberá presentar, en el plazo de un mes, en la Dirección General de Intermediación del Servicio Andaluz de Empleo, un certificado de haber incorporado el pago a su presupuesto o contabilidad con expresión del asiento contable practicado, en su caso.

Artículo 20. Modificación de la Resolución.—1. Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención o ayuda pública, y, en todo caso, la obtención concurrente de subvenciones o ayudas otorgadas por otras Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la Resolución de concesión.

2. En ningún caso podrá variarse el destino o la finalidad de la subvención.

Artículo 21. Obligaciones de los beneficiarios.—Las Entidades que re-

sulten beneficiarias de las ayudas reguladas en la presente Orden vendrán obligadas a:

1. Realizar la actividad que fundamente la concesión de la ayuda en la forma, condiciones y plazo establecidos en la presente Orden y en la Resolución de concesión.

2. Justificar ante el órgano concedente la realización de la actividad, así como el cumplimiento de los requisitos y condiciones que determinen la concesión o disfrute de la ayuda.

3. El sometimiento a las actuaciones de comprobación y facilitar cuanta información le sea requerida por el Servicio Andaluz de Empleo, el Tribunal de Cuentas, la Cámara de Cuentas de Andalucía y la Intervención General de la Junta de Andalucía así como a los órganos de control de la Unión Europea.

4. Comunicar al Servicio Andaluz de Empleo la obtención de otras subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, así como las alteraciones a que se refiere el artículo 20.1 de la presente Orden.

5. Acreditar, cuando corresponda y previamente al cobro de la subvención o ayuda, o autorizar la cesión de información, en caso de no aportar la correspondiente acreditación, de que se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales con la Comunidad Autónoma así como que no es deudor de la misma por cualquier otro ingreso de Derecho Público.

6. Comunicar al órgano concedente de la ayuda todos aquellos cambios de domicilio que sufra la entidad beneficiaria durante el período en que la misma sea reglamentariamente susceptible de control por los órganos competentes.

7. Hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la

actividad objeto de la ayuda que la misma está financiada por la Junta de Andalucía, indicando el órgano concedente y por la Unión Europea.

8. Seguir las pautas y procedimientos de carácter metodológico y utilizar los materiales de apoyo y aplicativos informáticos para el desarrollo de las acciones que fije el Servicio Andaluz de Empleo.

9. Realizar puntualmente los trámites administrativos exigidos, y presentar la información sobre las actividades que realice en soporte informático y documental.

Artículo 22. Reintegro de las ayudas.—1. Procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el momento del pago de la ayuda hasta la fecha en que se dicte la resolución de reintegro, en los siguientes casos.

a) Obtener la ayuda sin reunir las condiciones requeridas para ello.

b) Incumplimiento de la obligación de justificación.

c) Incumplimiento de la finalidad para la que la ayuda fue concedida.

d) Incumplimiento de las condiciones impuestas al beneficiario con motivo de la concesión de la subvención.

e) La negativa u obstrucción a las actuaciones de comprobación por parte del Servicio Andaluz de Empleo o las de control financiero atribuidas a la Intervención General de la Junta de Andalucía así como al Tribunal de Cuentas, a la Cámara de Cuentas y a los órganos de control de la Unión Europea.

2. En el supuesto de concurrencia de ayudas otorgadas por otras Administraciones u otros Entes públicos

o privados, nacionales o internacionales por encima de los límites máximos establecidos procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad desarrollada.

Artículo 23. Régimen sancionador.—El régimen sancionador en materia de ayudas públicas será el previsto en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

Disposición adicional única. Habilitación.—Se faculta al titular de la Dirección General de Intermediación del Servicio Andaluz de Empleo a adoptar, en el marco de sus competencias, las medidas necesarias para la aplicación y desarrollo de esta Orden.

Disposición transitoria única. Plazo de presentación de solicitudes para la convocatoria del año 2004.—De forma exclusiva para la convocatoria del año 2004 el plazo de presentación de solicitudes será de un mes a partir del día siguiente al de publicación de esta disposición en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Disposición final única. Entrada en vigor. La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 2 de febrero de 2004

JOSÉ ANTONIO VIERA CHACÓN
Consejero de Empleo
y Desarrollo Tecnológico.







