

#### ESTUDIOS

Modelos comparados en Europa de protección de las situaciones de dependencia: el caso de Italia

ALBERTO AVIO

GIAN GUIDO BALANDI

La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea en el ordenamiento laboral español

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

La renta activa de inserción

JULIA MUÑOZ MOLINA

Aspectos procesales de las contrataciones

DULCE SORIANO CORTÉS

#### MERCADO DE TRABAJO

Una instantánea de la inserción laboral de los titulados de formación profesional en Andalucía

GÉRARD LASSIBILLE

M.ª LUCÍA NAVARRO GÓMEZ

ANTONIO CAPARRÓS RUIZ

CAROLINA DE LA O SÁNCHEZ

Los salarios pierden peso en la renta nacional

Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (4.º Trimestre de 2006)

SANTOS M. RUESGA BENITO,

JOSÉ L. MARTÍN NAVARRO

CARLOS RESA NESTARES

#### PSICOLOGÍA DEL TRABAJO

La enseñanza de la negociación

FRANCISCO J. MEDINA

LOURDES MUNDUATE

ROBERTO MARTÍNEZ-PECINO

#### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

##### NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

La legitimación empresarial en los convenios colectivos sectoriales

M.ª DEL MAR RUÍZ CASTILLO

##### PODERES EMPRESARIALES

Universidad de Córdoba

Empresa y expediente de regulación de empleo: derechos indemnizatorios de los excedentes voluntarios

M.ª LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

##### PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

Cómputo de cotizaciones para prestaciones por desempleo en las relaciones laborales extraterritoriales. Diez años de jurisprudencia favorable y de resistencia administrativa y judicial

SOFÍA OLARTE ENCABO

##### DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Personal estatutario eventual de los servicios públicos de salud y negación del derecho a vacaciones

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

##### EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la Autoridad Laboral: extinción por despido colectivo. El nuevo criterio unificado

MANUEL GARCÍA MUÑOZ

#### RESEÑA DE LEGISLACIÓN

ORDEN de 20 de diciembre de 2006, por la que se establece para el año 2007, la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre

ORDEN de 15 de marzo de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

90

TEMAS LABORALES

2007



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejería de Empleo

# TEMAS LABORALES



90/2007

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL







---

# TEMAS LABORALES

---

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

90

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo

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



## CONSEJO DE REDACCIÓN

### PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

### VOCALES

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

### COMITÉ DE REDACCIÓN

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

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

### SECRETARIO

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

Suscripciones y distribución:

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

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

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



**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**N.º 90/2007**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

- Modelos comparados en Europa de protección de las situaciones de dependencia: el caso de Italia ..... 11  
ALBERTO AVIO  
GIAN GUIDO BALANDI
- La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea en el ordenamiento laboral español ..... 27  
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO
- La renta activa de inserción ..... 77  
JULIA MUÑOZ MOLINA
- Aspectos procesales de las contrataciones ..... 107  
DULCE SORIANO CORTÉS

**2. MERCADO DE TRABAJO**

- Una instantánea de la inserción laboral de los titulados de formación profesional en Andalucía ..... 133  
GÉRARD LASSIBILLE  
M.<sup>a</sup> LUCÍA NAVARRO GÓMEZ  
ANTONIO CAPARRÓS RUIZ  
CAROLINA DE LA O SÁNCHEZ

Los salarios pierden peso en la renta nacional Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (4.º Trimestre de 2006) .....	151
SANTOS M. RUESGA BENITO JOSÉ L. MARTÍN NAVARRO CARLOS RESA NESTARES	

### 3. PSICOLOGÍA DEL TRABAJO

La enseñanza de la negociación .....	183
FRANCISCO J. MEDINA LOURDES MUNDUATE ROBERTO MARTÍNEZ-PECINO	

### 4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO	
Universidad de Almería	
La legitimación empresarial en los convenios colectivos sectoriales . . .	203
M.ª DEL MAR RUÍZ CASTILLO	
PODERES EMPRESARIALES	
Universidad de Córdoba	
Empresa y expediente de regulación de empleo: derechos indemnizatorios de los excedentes voluntarios .....	223
M.ª LUISA RODRÍGUEZ COPÉ	
PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL	
Universidad de Granada	
Cómputo de cotizaciones para prestaciones por desempleo en las relaciones laborales extraterritoriales. Diez años de jurisprudencia favorable y de resistencia administrativa y judicial .....	235
SOFÍA OLARTE ENCABO	
DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO	
Universidad de Huelva	
Personal estatutario eventual de los servicios públicos de salud y negación del derecho a vacaciones .....	251
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	



**EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Universidad Pablo de Olavide

El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la Autoridad Laboral: extinción por despido colectivo. El nuevo criterio unificado .....

263

MANUEL GARCÍA MUÑOZ

**5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN**

ORDEN de 20 de diciembre de 2006, por la que se establece para el año 2007, la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre

BOJA núm. 3/2007, de 4 de enero ..... 289

ORDEN de 15 de marzo de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía

BOJA núm. 64/2007, de 30 de marzo ..... 290

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







## MODELOS COMPARADOS EN EUROPA DE PROTECCIÓN DE LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA: EL CASO DE ITALIA \*

ALBERTO AVIO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Ferrara (Italia)

GIAN GUIDO BALANDI

*Catedrático de Derecho del Trabajo*  
*Catedrático Jean Monnet de Derecho Comunitario del Trabajo*  
Universidad de Ferrara (Italia)

### EXTRACTO

En este trabajo se hace un análisis global de la regulación italiana en lo que refiere a la protección de las situaciones de dependencia. Dado que la legislación vigente no aborda el tema directamente y de manera sistemática, sino que la normativa es muy dispersa (apartado 15), se han examinado las diversas normas relacionadas con la protección de los discapacitados y ancianos desde la perspectiva de la dependencia, centrándose particularmente en la legislación estatal. Así pues, se analizan los principios y derechos constitucionales (apartados 1-3), la legislación básica sobre servicios sociales (4-8), los problemas de la protección no contributiva de los discapacitados (9-10), la protección de los ancianos (11), la previsión social contributiva para los minusválidos (12) y las disposiciones laborales que toman en consideración los cuidados de familiares dependientes (13 y 14).

Subyace a todo este estudio una perspectiva crítica, que apunta a un predominio de los servicios sociales frente a las prestaciones exclusivamente económicas, así como a la superación de la dicotomía entre una previsión social dependiente de la integración en el mercado y las contribuciones y una asistencia social que se subordina a la carencia de recursos y en muchos casos no genera derechos subjetivos; se pretende por tanto la promoción de auténticos derechos de ciudadanía en principio incondicionados, aunque posteriormente las contribuciones o la carencia de recursos pudieran modular la intervención (apartado 16). En este contexto, la Ley española de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia se percibe como un avance en esta dirección (17-18).

\* El presente trabajo cuya incorporación estaba programada en el número precedente, monográfico sobre la Ley de la Dependencia, no pudo efectuarse por razones temporales. Por su interés, se ha optado no obstante por publicarlo en el presente número. Traducción y extracto a cargo ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Profesor Colaborador en la Universidad de Cádiz.

1. El ordenamiento italiano anterior a la Constitución de 1948 tomaba en consideración las situaciones de pobreza o de discapacidad de los ciudadanos calificando como intereses legítimos las expectativas que tenían las personas necesitadas respecto al suministro de bienes y servicios. De este modo, el sujeto no tenía un derecho subjetivo a la obtención de prestaciones cuando se encontraba en una situación de necesidad, sino que —de manera más contingente— tenía derecho a participar en la distribución de los bienes afectados a este propósito y que podían ser en gran medida insuficientes para satisfacer las necesidades de todos. Este campo —comprendido en la expresión «*assistenza sociale*» (asistencia social)— se gestionaba de modo fragmentario, en parte con la prestación de subsidios a cargo del Gobierno central y en parte con instrumentos propios de los entes locales. Se dejaba asimismo un papel importante para los sujetos privados a través de las instituciones de beneficencia.

Esta descripción refleja el ordenamiento jurídico economicista propio del sistema preconstitucional de la codificación: los derechos de la persona se tenían en cuenta exclusivamente desde la perspectiva de la utilidad económica o, de otro modo, se tomaban en consideración en función de su incidencia sobre el orden público. Por ejemplo, la lesión de la integridad física tiene valor para el sujeto, por cuanto produce daños económicos y además tiene un valor público si provoca alarma social. Por consiguiente, las situaciones de pobreza y discapacidad no podían considerarse como contingencias capaces de generar derechos subjetivos, sino exclusivamente como intereses legítimos para los individuos, que debían contrastarse con la tutela de la salud y del orden públicos.

La Carta Constitucional, tal y como se interpreta pacíficamente hoy en día, representa una revolución copernicana que, como todos los grandes cambios, tuvo que encontrar, por la novedad que aportaba, el tiempo y el modo de ser acogida. Los principios fundamentales de la Constitución desplazan el centro de gravedad de las valoraciones jurídicas, del hombre como sujeto económico al ser humano como persona titular de intereses y de derechos fundamentales también —y sobre todo— no económicos. La República eleva a principio fundamental la solidaridad (art. 2) —que hasta entonces concernía exclusivamente a la moral privada— y señala como objetivo la igualdad, no sólo formal, sino también sustancial entre los ciudadanos (art. 3).

El clima jurídico y cultural en el cual se habían aprobado los principios fundamentales de la Carta Constitucional, por una parte no estaba preparado para acoger tal novedad, y por otra parte, estaba condicionado por la normativa —y por los términos jurídicos— de la protección social entonces existente.

Sucede por tanto que, desplazando la atención de los artículos relativos a los principios fundamentales a los artículos dedicados de manera más

precisa a los problemas particulares, se constata que el art. 38 de la Constitución, dedicado a los derechos relacionados con la protección social, se construye con una redacción que recuerda el precedente sistema dual fundado de un lado en la previsión (sólo) para los trabajadores y de otro lado en la asistencia para (todos) los ciudadanos.

No es éste el espacio para recordar el debate doctrinal relativo a la interpretación del art. 38 de la Constitución acerca de la alternativa entre una interpretación monista de la *sicurezza sociale* y una interpretación dualista conservadora del viejo esquema. Este debate se ha prolongado durante décadas y no puede decirse que esté del todo superado, también y sobre todo debido a la escasa atención y preocupación del legislador ordinario, que no sólo ha mantenido en gran medida la normativa existente antes de la Constitución, sino que tampoco se ha preocupado —en sus sucesivas intervenciones— por tomar una posición precisa acerca del esquema normativo adoptado o que se pretendía adoptar.

Entrando de manera más específica en la materia que nos ocupa, se advierte que el estado de «discapacitado» se toma en consideración en el art. 38, tanto en el párrafo primero como en el segundo. La primera disposición, de hecho, prevé que «Todo ciudadano discapacitado para el trabajo y desprovisto de los medios necesarios para vivir tiene derecho al sustento y a la asistencia social» y en el segundo párrafo se establece que «Los trabajadores tienen derecho a que se prevean y aseguren los medios adecuados para satisfacer sus exigencias vitales en caso de [...] invalidez y ancianidad». Se hace evidente que los dos primeros apartados se refieren exclusivamente a prestaciones de tipo económico, dado que en el mismo artículo, el párrafo tercero establece que «Los discapacitados y los minusválidos tienen derecho a la educación y a la inserción profesional». Como puede advertirse antes que nada, el artículo de la Constitución utiliza tres términos diversos (inválido, discapacitado, minusválido)<sup>1</sup> para designar una condición psico-física del sujeto que hoy en día se considera de manera unitaria, pero que en aquella época implicaba valoraciones diversas, sobre todo a causa del legado del ordenamiento precedente, que distinguía dentro de la misma situación subjetiva en función de la existencia o no de una «jubilación» contributiva y de carácter aseguratorio, esto es, en sustancia, de la pertenencia o no a un plan de carácter contributivo y base profesional.

Aún omitiendo adentrarnos de manera más profunda en este punto, es interesante subrayar que el tercer apartado introduce un derecho específico a la educación y a la inserción, puesto que no sólo existe un derecho genérico a la educación (art. 34 de la Constitución), sino también un derecho

<sup>1</sup> N. del T.—Se ha traducido «*inabile*» o «*disabile*» como «discapacitado», «*invalido*» como «inválido» y «*minorato*» como «minusválido».

general a la formación y promoción profesional de los ciudadanos (art. 35 de la Constitución). Por lo tanto, el marco constitucional de los derechos del sujeto discapacitado se completa con las medidas generales que conciernen a todos los ciudadanos: derecho a la educación, a la salud o al trabajo; así pues, los derechos fundamentales de la persona se invocan de manera específica para los sujetos discapacitados en relación con la protección económica y con la formación profesional.

2. El problema de interpretación sistemática del art. 38 —entre la «*sicurezza sociale*» unitaria y la separación entre la asistencia para los ciudadanos y la previsión social para los trabajadores— al que se ha aludido más arriba, no se resuelve precisamente con la reforma de la separación de los poderes legislativos entre el Estado central y las Regiones efectuada en el año 2001, a través de la Ley de Reforma Constitucional de 18 de octubre, núm. 3. El nuevo artículo 117 de la Constitución, de hecho, reserva a la competencia legislativa exclusiva del Estado, entre otras materias, la «determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben garantizarse en todo el territorio nacional» [letra m)], además de la «*previdenza sociale*» (Seguridad Social) [letra o)]. La educación y la formación profesional son de competencia exclusiva regional, por quedar excluidas de las materias sometidas a concurrencia competencial (párrafo segundo). La utilización del término «*previdenza sociale*» y la invocación a los niveles esenciales de las prestaciones sociales, nos da a entender que en el reparto de competencias legislativas se mantiene el —anticuado— esquema aseguratorio que distingue entre «*previdenza*» y «*assistenza*», dejando esta última materia a la competencia legislativa regional.

3. La interpretación usual de la Constitución considera que se ajusta a ella una legislación que establece para los ciudadanos (gravemente) discapacitados —en situación de necesidad— un derecho a recibir prestaciones mínimas, distintas e inferiores a las previstas para los trabajadores que pierdan su capacidad laboral, incluso cuando tal contingencia no esté de ningún modo conectada con el trabajo. Por otra parte, a lo establecido en el plano de las prestaciones económicas debe añadirse una pluralidad de normas que disponen la prestación de servicios orientados a tutelar a los discapacitados en situaciones diversas.

Para tener una imagen más clara de la legislación italiana en materia de ayuda a los discapacitados, es oportuno distinguir entre las prestaciones o servicios que tienen por objetivo el sostenimiento del minusválido en la vida cotidiana (movilidad, educación, salud, etc.) y las prestaciones o servicios que se dedican a la inserción y al sostenimiento laboral, comprendido en su sentido más amplio.



Puesto que no podemos aquí —por la naturaleza de este estudio— ofrecer una panorámica completa y en profundidad de las previsiones específicas que se ofrecen al ciudadano discapacitado (que, entre otras cosas, pueden variar en las diversas regiones), parece más oportuno recordar las líneas maestras de la normativa marco nacional.

4. Las normas generales que resultan de interés son sobre todo la Ley 104 de 1992 —Ley marco sobre la asistencia, la integración social y los derechos de las personas minusválidas— y la más general (y reciente) Ley de 8 de noviembre de 2000, núm. 328 —Ley marco para el establecimiento del sistema integrado de intervenciones y servicios sociales.

En cuanto a esta última, se advierte enseguida una decidida toma de posición del legislador respecto al art. 38 de la Constitución, dado que explícitamente se hace referencia al carácter de universalidad del sistema (art. 2.2) y se determina que los sujetos protegidos son los que se encuentran en situaciones de pobreza o son incapaces para satisfacer sus propias necesidades debido a una discapacidad de orden físico o psíquico; la disposición en su formulación completa prevé como destinatarios a «Los sujetos en situaciones de pobreza, con ingresos limitados o con incapacidad total o parcial para procurarse sus propias necesidades debido a una minusvalía de orden físico o psíquico, con dificultades de inserción en la vida social activa y en el mercado de trabajo» (art. 2.3.) Esta determinación es distinta, por tanto, respecto de lo establecido en el art. 38 de la Constitución que, como ya se ha puesto anteriormente de relieve, invoca no una u otra condición generadora de necesidades, sino ambas al mismo tiempo. Acaso no es inútil señalar que en la Ley se asocian de manera alternativa diversas situaciones de necesidad, mientras que el art. 38.1, en su esquematización dieciochesca, exigía cumulativamente la incapacidad y la no disponibilidad de recursos propios para dar derecho a la asistencia. Ello venía a sugerir que quien está capacitado para el trabajo no es merecedor de protección porque debe obtener de su empleo los recursos necesarios para vivir y que, asimismo, el propietario no es merecedor de protección porque puede obtener estos recursos precisamente de su propiedad. Se muestra, en definitiva, la imagen de una sociedad rígidamente dicotomizada entre propietarios y trabajadores, que, si no lo fuera a finales de 1947 cuando la Constitución fue redactada, hoy en día se ha transformado radicalmente.

5. La Ley (que por otro lado se dedica en buena parte a la organización político-institucional, como se advierte en el capítulo II «Estructura institucional y organización del sistema integrado de intervención y servicios sociales») tiene muchos otros contenidos de regulación interesantes, entre los cuales destaca la previsión (art. 14) de planes individuales para



llevar a cabo la plena integración de las personas discapacitadas. Es preciso señalar, sin embargo, dos límites. La definición de «discapacitado» es reconducible, por reenvío expreso, a la del art. 3 de la Ley núm. 104 de 1992, en razón de la cual se trata de una persona «que presenta una disminución física, psíquica o sensorial, estabilizada o progresiva, que es causa de dificultades para el aprendizaje, la relación o la integración laboral...», Ley en la que resulta significativo el énfasis sobre los perfiles relativos a la dimensión profesional más que a la autonomía en la vida cotidiana y a la satisfacción global de los derechos de ciudadanía. En segundo lugar, el plan individual está específicamente dirigido, más que a la recuperación de la autonomía, a la «plena integración... en el ámbito de la vida familiar y social, además de al seguimiento de la educación escolar o profesional y laboral». Además de que el acento, por consiguiente, parece recaer sobre la integración profesional, el sostenimiento del núcleo familiar sólo se menciona, de hecho, como «eventual» al final del siguiente apartado.

6. Se dedica en cambio a la autosuficiencia el artículo siguiente (art. 15) que limita, no obstante, su ámbito de operatividad a las personas «ancianas»: «...para favorecer la autonomía y sostener el núcleo familiar en la asistencia domiciliaria a las personas ancianas que lo demanden». En este sentido, no hay duda que en la Ley núm. 328 de 2000 se encarna una tendencia al renovado interés por la familia como lugar tradicional de acogimiento solidario. Entre las nuevas intervenciones sociales calificadas como «nivel esencial de las prestaciones sociales» se encuentran al menos cinco que se dirigen al sostenimiento de la familia y/o al sostenimiento de las personas dependientes para favorecer su autonomía y la permanencia en su domicilio. Por otra parte, también en la actual legislación laboral, la atención a los familiares dependientes por parte de los trabajadores se reconoce en todo caso, aunque todavía tímidamente, como digno de tutela, como se verá más adelante.

En conjunción con el papel de la familia, la legislación resalta otra tendencia del ordenamiento que parece común a todas las orientaciones políticas e ideológicas. Nos referimos a la delegación de actividades socialmente relevantes hacia el llamado «tercer sector». El papel del voluntariado ha asumido en estos años una importancia cada vez mayor y la normativa promulgada en el año 2000 viene a institucionalizar esa figura reconociéndole un amplio espacio en la proyección y en la realización de las intervenciones sociales (art. 1.4).

Más allá del favor con el que deben contemplarse las formas espontáneas de solidaridad humana, subsiste el peligro de que el Estado —en su condición de garante de los derechos inviolables de la persona— pueda, utilizando estas formas de voluntariado, terminar por oscurecer su propia res-



pensabilidad y de esta manera diluir los derechos de los ciudadanos a recibir protección frente a situaciones de necesidad.

7. La Ley núm. 328 afirma que el sistema de protección es «integral» —el término aparece 38 veces en una ley de 38 páginas en la versión *on line*— en el sentido de que las intervenciones y los servicios sociales (así, la rúbrica del art. 22) afrontan las situaciones de necesidad en su totalidad y plenitud; se determinan nuevos tipos de intervención —como ya se ha mencionado— que constituyen el «nivel esencial de las prestaciones sociales». En todo caso, sólo la letra b) de este mismo art. 22 se dedica a la falta de autonomía y describe estas intervenciones como «medidas económicas» —únicamente económicas— «para favorecer la vida autónoma y la permanencia en el domicilio de personas totalmente dependientes o incapaces de llevar a cabo por sí solos los actos propios de la vida cotidiana», mientras que las demás se destinan a las más variadas situaciones de necesidad (desde la toxicomanía a la ausencia de vivienda). Por otra parte, como se ha señalado, ésta es una Ley general sobre la «*assistenza*» (por utilizar una terminología un poco desfasada).

8. La financiación del sistema constituye su punto flaco: frente a declaraciones de principios interesantes y a veces hermosas, la norma se detiene, o amenaza con detenerse, ante las razones económico-financieras. Las acciones para la asistencia y la cualificación de los sujetos que operan en el tercer sector (art. 5.1); todas las competencias conferidas a los Ayuntamientos (art. 6.2); la amplitud del «proyecto individual» (art. 14.2); el sostenimiento de las familias verdaderamente necesitadas (art. 16.4); los planes regionales de intervención (art. 18.6); los planes de zona (art. 19.1) y por tanto, en términos generales, los servicios personales y las medidas económicas para la superación de las condiciones de pobreza, marginación y exclusión social, se condicionan explícitamente «a los recursos disponibles»; incluso la asistencia domiciliaria de los ancianos que no son autosuficientes se subordina a la cuota anual reservada a tal objeto en el ámbito del Fondo nacional para la política social (art. 15).

Esta constatación puede parecer banal: es obvio que los recursos disponibles condicionan lo que puede realizarse efectivamente, sin embargo la reflexión del jurista no debe detenerse en este punto.

La deducción inmediata que se obtiene del conjunto de las referencias a la limitación de los derechos por las disponibilidades económicas, es que una ley así formulada podría leerse, no como una consagración de la consecución de un sistema unitario de *sicurezza sociale* (donde todos los ciudadanos que se encuentran en situación de necesidad tienen derecho a ser atendidos), sino, por el contrario, como un retorno a la «*assistenza*» como simple interés legítimo —y no derecho subjetivo— del ciudadano.

Ciertamente, incluso desde la más optimista y positiva de las lecturas, lo que indudablemente se deduce de la Ley es que los derechos sociales mencionados —si se pueden calificar todos como «fundamentales» merecería una reflexión más amplia— deben considerarse en todo caso como derechos condicionados. Cosa que, de hecho, ha sido siempre así, y no sólo en el sistema italiano: de manera relativamente paradójica se podría afirmar que la determinación de la línea de pobreza depende más de los recursos económicos disponibles que del coste de la vida. Pero, al menos en línea de principios, podría someterse a crítica la alusión a los condicionamientos económicos; por ejemplo, el derecho a la salud —formalmente— no se considera como un derecho condicionado, sino de carácter absoluto y, como consecuencia de ello, no se podría considerar legítima una disposición que condicionara las atenciones gratuitas de urgencia a los recursos financieros disponibles.

9. Ciertamente, al ser esta legislación de carácter generalista —orientada a paliar diversas situaciones de necesidad—, podría decirse que evita la contraposición, más dura y clásica, entre ciudadano y trabajador —que, como hemos señalado se incardinaba en la literalidad del art. 38 párrafo primero y segundo de la Constitución—, aunque no deja de poner el énfasis en algunos casos, como se ha indicado *supra*, sobre la condición profesional. Similares consideraciones podrían hacerse respecto a la Ley-marco sobre las minusvalías —5 de febrero de 1992, núm. 104—, que ha tenido el indudable mérito de reconsiderar la situación y los derechos del discapacitado desde una óptica que no es exclusivamente la de la capacidad/discapacidad para el trabajo.

Desgraciadamente, sin embargo, las personas que no son autosuficientes se encuentran hoy en día, en concreto, frente a una normativa que, a grandes rasgos, califica la situación de necesidad sobre la base de la existencia de una discapacidad —entendida como imposibilidad o dificultad de acceder a una ocupación normal—, unida a la falta de ingresos, mientras que el ciudadano «capaz», pero privado de medios de subsistencia no es en sí mismo titular de un derecho a ver paliada su situación de necesidad. Esto se traduce en una ausencia de prestaciones económicas para los sujetos que —sin encontrarse en la situación de una grave discapacidad— podrían estar necesitados de ayuda para el desarrollo de su actividad cotidiana. Para acceder a la prestación no contributiva de invalidez, el sujeto debe haber perdido al menos el 75% de su capacidad laboral. La condición de «*gravissima invalidità*» (gran invalidez), que no permite ni siquiera llevar a cabo los actos de la vida cotidiana, se valora separadamente a través de la generación de una asignación adicional.

10. La mera carencia de recursos, si bien no da derecho a obtener prestaciones económicas, puede permitir el acceso a algunos servicios públicos

fundamentales de manera gratuita o con el precio fuertemente reducido y, a estos efectos, la dependencia puede valorarse como índice de prioridad en la obtención de estos servicios. No obstante, también desde este punto de vista, se pueden encontrar diferencias entre regiones y contradicciones del sistema.

Así, por ejemplo, en Emilia Romagna, región apreciada por sus fuertes tradiciones de solidaridad y por contar con un aparato de servicios públicos que se consideran por encima de la media nacional en cuanto a su calidad y cantidad, para acceder a los servicios públicos gestionados por los entes locales, el derecho y el eventual coste del servicio se determina normalmente sobre la base de los ingresos familiares determinados a través del ISEE (Indicador de la Situación Económica Equivalente: un indicador introducido por el Decreto Legislativo núm. 109 de 1998, que tiene en cuenta, además de los ingresos de la familia, la propiedad de bienes muebles o inmuebles). Además, en la misma región, el servicio sanitario es totalmente gratuito para los niños de hasta tres años (si pertenecen a familias que no reúnen ciertos ingresos), para los ancianos, para los sujetos con determinadas patologías y para los desempleados. Se entiende que son desempleados quienes son así considerados en la regulación sobre la protección de Seguridad Social para el desempleo involuntario gestionado por el INPS (Instituto Nacional de Previsión Social): trabajadores subordinados que han perdido el puesto de trabajo involuntariamente y que han cotizado al menos durante dos años. Los «*inoccupati*» (no ocupados), esto es, los que están buscando su primer empleo o los que han desarrollado un trabajo ocasional que no alcanza el año de cotización, siguen obligados al pago de las contribuciones económicas requeridas por el servicio sanitario.

**11.** Distinta es la situación de los ancianos. La normativa (arts. 3.6 y 7 de la Ley 335/1995) establece el derecho a una prestación económica periódica para los ciudadanos de más de sesenta y cinco años desprovistos de ingresos, llamada «*assegno sociale*». En realidad, también en este caso se presupone una situación de invalidez o al menos de incapacidad para generar ingresos, que se presume sobre la base de la edad avanzada. La eventual falta de autosuficiencia, sin embargo, no se toma directamente en consideración sino para los casos más graves. Paradójicamente existen más servicios y facilidades para los ancianos «jóvenes» y con mayor autosuficiencia que para los sujetos que se encuentran necesitados de ayuda para el desarrollo de su vida cotidiana.

Puede reconocerse una presunción de la mayor necesidad económica derivada de los «costes» de la ancianidad en la regulación de los distintos niveles de la pensión «mínima» dispensada por el INPS a los trabajadores: así, el «mínimo», es más elevado cuando el pensionista alcanza los 70 años.

**12.** Manteniéndonos en todo caso en el plano de la protección económica, el trabajador cuenta con diversas formas de tutela vinculadas a la pérdida de su capacidad de trabajo (específica o genérica). De ello se deduce que esta protección puede aplicarse también en el caso de que el sujeto se encuentre en una situación de dependencia. Por otra parte, dicha situación, en sí misma considerada, no se contempla a efectos de la valoración del *quantum* de la prestación, que permanece vinculado a la determinación de la pérdida de capacidad específica de trabajo, la referencia es al «*assegno di invalidità*» —reducción de la capacidad de trabajo a menos de un tercio (art. 1 Ley núm. 222/1984)— y a la «*pensione di inabilità*» —imposibilidad absoluta y permanente para desarrollar las tareas propias de cualquier actividad laboral (art. 2 Ley núm. 222/1984)—, que corresponden a los sujetos que han alcanzado al menos cinco años de carencia.

El único supuesto en el que se toman en consideración los problemas de autosuficiencia (si bien indirectamente) es el del accidente de trabajo o enfermedad profesional. Desde el año 2000 (Decreto Legislativo núm. 38), de hecho, en la valoración del daño sufrido con ocasión del trabajo, se tiene en cuenta la lesión de la integridad psico-física en sí misma considerada (el llamado daño biológico), prescindiendo de las consecuencias perjudiciales sobre la vertiente laboral/patrimonial. Esto permite valorar la falta de autosuficiencia del sujeto prescindiendo de sus consecuencias en el plano de la capacidad para el trabajo.

**13.** Especial consideración merece para el legislador la situación de los padres trabajadores con hijos minusválidos. La Ley de 8 de marzo de 2000 (núm. 53) (más adelante incorporada al texto refundido de las disposiciones legislativas relativas a la tutela y protección de la maternidad y paternidad, Decreto Legislativo 51/2001) prevé entre sus objetivos (art. 1), el reconocimiento de permisos para los padres y la extensión de la protección para los padres de personas discapacitadas.

Cuando regula concretamente estos derechos, la normativa amplía el abanico de supuestos merecedores de tutela, y, por tanto, contempla también el caso de los cuidados desarrollados por el trabajador en favor del cónyuge, de los parientes y del conviviente de hecho, mientras que exista, en todas estas circunstancias, una convivencia estable acreditada por medio de certificación oficial.

Frente a esta ampliación subjetiva, la previsión de los derechos es bastante modesta: consiste apenas en tres días al año de permiso retribuido o, como alternativa, en la posibilidad de «acordar con el empleador una forma distinta de llevar a cabo la actividad laboral». Más incisiva resulta la disposición que establece el derecho a una excedencia de hasta dos años (que puede ejercerse de modo continuado o fraccionado) para los trabajadores, tanto

del sector público como del privado. Esta excedencia, si bien permite al trabajador mantener su puesto de trabajo, no genera, sin embargo, ninguna forma de retribución o prestación y, por otra parte, el sujeto no puede desarrollar ningún tipo de actividad laboral. Por último, esta excedencia no se configura como un derecho potestativo, de hecho la solicitud del empleado sólo puede ser rechazada en caso de que el empleador —con causa justificada— demostrara la imposibilidad para sustituir a su empleado.

**14.** Resulta distinto el elenco de disposiciones previsto para cuando el sujeto que precisa de la asistencia se encuentre en una situación de minusvalía grave acreditada: en tal caso los padres del niño menor de tres años tienen derecho a una ampliación de hasta tres años de la «*aspettativa facoltativa*» (suspensión voluntaria), o bien a dos horas al día de permiso retribuido. Después del tercer año, tienen derecho a tres días de permiso al mes cubiertos con una prestación sustitutiva del salario. Estos permisos se añaden a los ya previstos para el caso de enfermedad del niño. Las mencionadas disposiciones se aplican también a los trabajadores que asisten «con continuidad y de manera exclusiva» a un pariente minusválido por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, aunque no hubiera convivencia.

Hay que señalar, asimismo, que estos últimos trabajadores tienen derecho a escoger el centro de trabajo más cercano a su domicilio y que no pueden ser trasladados sin su consentimiento. Desde la perspectiva de la tutela judicial, el despido motivado por la solicitud o el disfrute de los derechos mencionados se considera explícitamente como nulo (art. 54.6) Más adelante, la jurisprudencia, en un caso de despido por causa injustificada de una trabajadora que se había ausentado para asistir a su hermano, que había sufrido una grave minusvalía, ha considerado el despido como «*ingiurioso*» (contrario a la dignidad, a efectos indemnizatorios).

Contrastando con esta panorámica —que debe completarse con la posibilidad de la negociación colectiva de mejorar los derechos de los trabajadores afectados— se debe advertir que se presta escasa atención al dato económico: los permisos y las excedencias, cuando son más prolongados, se privan de cobertura retributiva y, a veces, incluso prestacional. Tampoco se prevé de modo explícito la posibilidad de recurrir, en los casos de mayor duración, a la institución de la anticipación del «*Trattamento di Fine Rapporto*»<sup>2</sup>. Ciertamente es que, en los casos más graves de invalidez existe la posibilidad de reclamar prestaciones económicas —la pensión de invalidez

<sup>2</sup> El *Trattamento di Fine Rapporto* (literalmente, «tratamiento de fin de la relación» consiste en un pago con cargo al empresario, dependiente de la antigüedad, que se devenga cuando finaliza el contrato de trabajo por cualquier causa y que con determinados condicionamientos puede anticiparse (N. del T.)

no contributiva y los subsidios «de acompañamiento» para quienes no pueden desenvolverse por sí solos en la vida cotidiana— y, en todo caso, la convivencia con un pariente minusválido se valora a efectos del derecho al pago de prestaciones familiares.

**15.** En conclusión, si bien no puede negarse del todo la presencia en la legislación italiana de disposiciones orientadas a la atención de las situaciones de dependencia, subsiste una increíble dispersión normativa, que en la práctica presenta carencias de información para sus posibles y como un calvario burocrático para los beneficiarios, siendo diversas, por otra parte, las instituciones a las que se atribuye la competencia formal. Remitiéndonos exclusivamente a las disposiciones aquí mencionadas, hemos hecho referencia a una decena de leyes, promulgadas desde finales de los años 60 hasta el año 2001, a pesar de que hemos omitido —deliberadamente— la normativa regional de aplicación.

La cuestión de fondo no es sólo la falta de medios económicos puestos a disposición del Estado para proporcionar una respuesta adecuada a quienes se enfrentan a situaciones de dependencia, sino, quizás primordialmente, una insuficiencia cultural para afrontar —jurídicamente— las situaciones de desventaja de la persona en sí misma considerada. La contaminación de los viejos estereotipos impide superar de manera armónica la visión «aseguradora» que exige una cualidad profesional o de ciudadanía al sujeto protegido: la introducción de esta normativa dispersa en favor de situaciones particulares, por en su carácter episódico, no permite obtener una tutela segura y exhaustiva.

**16.** Finalizando esta exposición sintética del modelo italiano quisiéramos comentar brevemente la Ley española utilizando como modelo de referencia una hipótesis acerca de la evolución del sistema de bienestar que uno de nosotros tuvo ocasión de formular hace algunos años en un artículo publicado en la revista *Lavoro e diritto*.

Eran dos las hipótesis programáticas que se formulaban en aquella sede. En cuanto al modelo, se proponía la superación de los elementos caracterizados como «*previdenza*» (Seguridad Social profesional) y «*assistenza*» (asistencia social universal): la nueva intervención del Estado social «...debe atender a todos los ciudadanos con independencia de su condición profesional —como hacían los “viejos” seguros sociales— y de la capacidad personal y disponibilidad de ingresos —como sucedía con la “antigua” asistencia—, aunque teniendo en cuenta ambos aspectos en la organización de los servicios, para llevar a cabo una evaluación apropiada y no caer en un igualitarismo obtuso». Y en lo que refiere a los instrumentos de protección, éstos venían identificados esencialmente con los servicios «...entendidos en

un sentido amplio, que no excluya las transferencias de recursos —de las cuales ciertamente no debe prescindir la concepción renovada del Estado Social— pero enmarcadas en una compleja red de intervenciones, en ocasiones concebidas precisamente para mejorar la posición de las personas en relación con los mercados donde cada uno debe concurrir cotidianamente».

**17.** En la Ley española pueden apreciarse precisamente algunos elementos que caminan en esta dirección.

El primero de ellos es el universalismo de la tutela previsto en el art. 3 b); este elemento tiene una importancia trascendental para la superación de los modelos precedentes, que, como se ha ilustrado en el caso italiano, han implicado siempre una referencia «selectiva»: o bien la condición profesional o bien la incapacidad unida a la falta de disponibilidad de recursos. A este universalismo se unen los principios de igualdad efectiva y prohibición de discriminación, que si bien derivan de éste, no deben darse por supuestos, ya que, de hecho, podría imaginarse un sistema que, destinándose a la totalidad de los ciudadanos, previese tratamientos diferenciados por razón de alguna circunstancia prohibida (pensemos en la larga lista de factores de discriminación prohibidos del art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea). La protección de carácter universal, igualitaria y no discriminatoria recuerda a la calificación del servicio sanitario italiano en virtud del art. 1 de la Ley de 23 de diciembre de 1978, núm. 833.

El segundo elemento que resulta oportuno subrayar es la centralidad de los servicios prestados a las personas, frente a la prevalencia de las prestaciones económicas —transferencias de ingresos— en la estructura tradicional de la seguridad-protección social. «Los servicios del Catálogo... tendrán carácter prioritario», señala el art. 14.2, y sólo en el caso de que el servicio no sea posible, se sustituirá por una prestación económica vinculada a la adquisición del servicio en cuestión. Precisamente porque se trata de servicios y no de dinero —el «equivalente universal», de acuerdo con una definición clásica— su programación debe ser individualizada, de ahí la previsión del «Programa individual de Atención» en el art. 29. En esta sede se determinan «los servicios y las modalidades de intervención más adecuados» a las necesidades de la persona en situación de dependencia. Tales servicios deben ser, lo que implica otra característica que debe ser oportunamente y positivamente subrayada, «integrales», en el sentido anteriormente mencionado.

Dado que los servicios se proporcionan a las personas allí donde se encuentran, a diferencia una vez más de las prestaciones económicas, para las que basta con contar con un gran ordenador en la capital o quizás incluso en un país del tercer mundo, la prevalencia de los servicios implica la necesidad de descentralización y, por ello, de la participación activa de las auto-



nomías y entidades locales en la gestión y en las prestaciones mismas. De hecho, el papel de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales se subraya al final del art. 1 de la Ley, en el marco de la coordinación y de la colaboración con la Administración General del Estado.

**18.** En definitiva, en este caso estamos propiamente en presencia del «Estado Social de servicios, descentralizado y liviano» que se invocaba al final de artículo citado más arriba. Pero hay un último tema que interesa traer a colación y al que debe atribuirse una gran importancia sistemática. El punto de referencia para la apreciación de la autonomía de la persona —y en consecuencia, también la finalidad de la acción integrada de asistencia— viene constituido por el ejercicio de los derechos de ciudadanía, como puede leerse en el primer punto de la Exposición de Motivos. Esta Ley deberá garantizar a las personas dependientes la posibilidad de disfrutar «de los derechos humanos y libertades fundamentales» (art. 4.2.a). En definitiva, como proclama la «disposición final octava», el fundamento constitucional viene constituido por el art. 149.1.1, que garantiza la «igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales». Así pues, los fundamentos y objetivos de esta Ley presentan tal relevancia, que no permiten relegar, en perspectiva, esta norma a un lugar menor en el ámbito del Estado Social español.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A. e PASTORI G., *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Giuffrè, Milán, 2003.
- BANCHERO A., «La legge quadro sul sistema dei servizi sociali: un'occasione per riorganizzare i servizi alla persona», *Ragiusan (Rassegna Giuridica de la Sanità)*, 2002, fascículo. 220, 34.
- BANO, F., «Povertà», in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, Actualización 2000.
- BONTEMPO L., «Riforma del titolo quinto della costituzione ed attuazione della l. 328/2000», *La Finanza Locale*, 2003, 297.
- CABIDDU M. A., «I servizi sociali nel dedalo delle riforme: il filo dei principi costituzionali», *Jus*, 2001, 289.
- CAVALLARO L., «Accertamento di status o accertamento di fatto? Ancora sull'azione di accertamento del requisito sanitario per l'invalidità civile», *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2004, 641.
- CENDON P. (ed.), *Handicap e diritto - L. 5 febbraio 1992 n. 104, legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*, Giappichelli, Turín, 1997.
- CIMAGLIA G., COVATTA A., *L'invalidità civile e la tutela della disabilità*, Giuffrè, Milán, 2005.
- CINELLI M., *Diritto della previdenza sociale*, Turín, Giappichelli, 2006.
- CINELLI M., SANDULLI P. (eds.), *Diritto al lavoro dei disabili*, Giappichelli, Turín, 2000.

- DI LASCIO F., «La legislazione regionale in materia di assistenza sociale dopo la riforma del titolo quinto», *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, 679.
- FERIOLI E., *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Giappichelli, Turín, 2003.
- FERRARO G., *I trattamenti pensionistici per le invalidità - La previdenza e l'assistenza per le invalidità civili*, II ed., Giuffrè, Milán, 2004.
- FERRARO G., «Novità legislative nel settore dell'invalidità civile: cosa cambia», *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2004, 453.
- Fiorini A., *L'attuazione della l. quadro n. 328 del 2000 sui servizi sociali: nuove prospettive nei rapporti tra enti locali ed aziende sanitarie*, Sanità pubblica e privata, 2004, 883.
- GIRELLI F., «Certeza del diritto e ricerca di collaborazione a proposito di provvidenze economiche in favore delle persone disabili», *Giurisprudenza italiana*, 2003, 2234.
- GUARINO V., «Rilevanza funzionale delle Ipb «nell'arena pubblica» degli interventi e dei servizi sociali alla persona», *Nuova rassegna*, 2002, 1035.
- LIMENA F., *L'accesso al lavoro dei disabili*, Cedam, Padua, 2004.
- LO PRINZI V., «Osservazioni sulla l. 8 novembre 2000 n. 328: "legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali"», *Il nuovo diritto*, 2002, I, 685.
- MENICETTI E., «Accesso ai servizi sociali e cittadinanza», *Diritto pubblico*, 2000, 849.
- MONTEMURRO F., «Le nuove politiche sociali: il punto sull'applicazione della l. 328/2000», *Comuni d'Italia*, 2003, fasc. 6, 21.
- PIAZZA S., «La carta dei servizi sociali tra difficoltà analitiche e problemi di attuazione», *Nuova rassegna*, 2005, 1117.
- PIAZZA S., «Per una ricognizione delle declinazioni normative del principio di sussidiarietà nella legislazione in materia di servizi sociali alle persone di alcune regioni italiane», *L'amministrazione italiana*, 2005, 950.
- PINELLI C., «Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, 2.º comma, lett. m), cost.)», *Diritto pubblico*, 2002, 881.
- RICCI P., PANARESE F., SUERO T., DEL MESE A. e CAMERLENGO M. S., «La legge quadro sull'handicap», *Annali facoltà economia Benevento*, 2000, fascículo. 1, 171.
- ROSSI A., «Un primo commento alla legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali», *Informazione previdenziale*, 2001, 475.
- SANDULLI P., «Disagiate condizioni economiche nel diritto della sicurezza sociale», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, 1990.
- SCHIAVONE G., «Il diritto al lavoro dei disabili nella l. 12 marzo 1999 n. 68», *Informazione previdenziale*, 2003, 56.
- SEPE O., «La nuova legislazione sui servizi sociali - In attesa della realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali», *Revista amministrativa della Repubblica italiana*, 2001, 581.
- TROVATI A., «Misure di contrasto alla povertà e riordino degli emolumenti economici (nei meandri dell'invalidità civile) breve analisi degli art. 23 e 24 l. 8 novembre 2000 n. 328», *Diritto e lavoro*, marzo 2003, 240.





# LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social*  
Universidad Pablo de Olavide

## EXTRACTO

La Ley 31/2006 sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas aborda la transposición al ordenamiento laboral español de las Directivas correspondientes, introduciendo importantes novedades en el panorama participativo de los trabajadores en España. Sin perjuicio de experiencias convencionales aisladas, por primera vez una norma legal española regula la posibilidad de fijar cuotas de participación de los trabajadores en los máximos órganos societarios de un nuevo tipo de sociedad, la Sociedad Europea. La anterior afirmación debe matizarse en la medida en que la norma de transposición únicamente establece la posibilidad de acceder a dichas facultades por vía convencional, salvo en los supuestos en que dichos derechos hubieran sido reconocido a los trabajadores de las sociedades que toman parte en el proceso de constitución de la Sociedad Europea, exigencia que la inmensa mayoría de la sociedades con sede en nuestro país no cumplen. A pesar de lo dicho, el interés de la norma de transposición no se reduce, pues quienes trabajen en España para empresas que participen en la constitución de una SE pueden verse afectados por dichas disposiciones de participación. En paralelo, las disposiciones subsidiarias impulsan la adopción de sistemas de información y consulta transnacional similar al ensayado en las empresas y grupo de dimensión comunitaria. El estudio de las relaciones entre ambas normas y la comparación de los órganos de representación previsto suscita nuestro especial interés.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA COORDINACIÓN DE PLANOS NORMATIVOS
3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA SE AL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL
4. LA VINCULACIÓN ENTRE REGULACIÓN MERCANTIL Y REGULACIÓN LABORAL
5. INFORMACIÓN, CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA
6. INFORMACIÓN Y CONSULTA COMO MODELO ESTÁNDAR DE IMPLICACIÓN
7. LA ELUSIÓN DEL MODELO LEGAL POR ACUERDO DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA Y EL SUPUESTO ESPECIAL DE LAS EMPRESAS Y GRUPOS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA
8. EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN PARA LA FIJACIÓN DE LOS DERECHOS DE IMPLICACIÓN DE LA SE
  - 8.1. Composición y constitución de la comisión negociadora
  - 8.2. Competencias y régimen de funcionamiento de la comisión negociadora
9. LOS ACUERDOS DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE
10. EL MODELO LEGAL DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE

## 1. INTRODUCCIÓN

La participación de los trabajadores en la empresa, o más exactamente, la posibilidad de intervención de los trabajadores en el proceso de toma de decisiones que *prima facie* corresponde asumir en solitario al empresario, es una materia en permanente actualidad. Las históricas aspiraciones de democratizar la organización empresarial han perdido impulso de forma paulatina<sup>1</sup>, mientras en paralelo ha venido generalizándose diferentes mecanismos que someten la ejecución de las decisiones empresariales a complejos procedimientos que, cuando tales decisiones afectan al empleo, permiten la intervención de la representación de los trabajadores. El desarrollo de las relaciones laborales en los países de la Europa comunitaria muestra una amplia diversidad de soluciones de naturaleza híbrida, que pivotan entre modelos de participación externa e interna considerados ideales y antagónicos<sup>2</sup>.

Junto a la evolución de los modelos nacionales, cuya pluralidad es considerada un valor a conservar, la necesidad de un modelo comunitario de participación de los trabajadores ha sido largamente discutida en los foros comunitarios, que consideran el diálogo social como una herramienta fundamental para mejorar la competitividad de la economía de la Unión Eu-

<sup>1</sup> GONZÁLEZ ORTEGA S.: «La participación de los trabajadores en la empresa como expresión de la democracia social», *Cuadernos de Derecho Público* núm. 25, 2005, págs. 109 y ss; DURÁN LÓPEZ F y SAEZ LARA C: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales* Madrid, Civitas, 1997; ARAGÓN SÁNCHEZ A.: *La participación de los empleados en la empresa*, Madrid, CES, 1998.

<sup>2</sup> Véase el Informe Final Del Grupo de Expertos *European System of Worker Involvement*.



ropea. No en vano, ya la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (CDSF) incluía dos preceptos relativos a la información, la consulta y la participación de los trabajadores, que conforme establece el art. 17 de ésta, debe desarrollarse «teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros»; como complemento, el art. 18 de la Carta apunta hacia la oportunidad temporal de la intervención de los trabajadores, con el objetivo de asegurar el efecto útil de los mecanismos participativos, y la indispensabilidad de que tales prácticas tengan lugar ante situaciones especialmente complejas, como cambios tecnológicos que afecten a la organización empresarial y a las condiciones de trabajo, reestructuraciones o fusiones que afecten al empleo o despidos colectivos<sup>3</sup>. Con posterioridad, el Programa de aplicación de la Carta permitió iniciar un proceso de reforma de las originarias Directivas aprobadas en los años setenta, reforzando los mecanismos de información y consulta, y revitalizó antiguos proyectos sobre información y consulta en empresas de estructura compleja, cuya definitiva adopción aún se demoraría algunos años<sup>4</sup>. Ante la imposibilidad de alcanzar un consenso suficiente en torno a un modelo europeo único, los avances se producen a partir de la aceptación de la pluralidad de modelos a escala comunitaria, a partir de una serie de principios comunes escasamente exigentes. El legislador comunitario adopta una posición promocional, dejando en manos de los negociadores a nivel de empresa la concreción del grado de participación de los trabajadores en las empresas. La perspectiva adoptada supone renunciar a una armonización heterónoma de modelos de participación, confiando a la autonomía colectiva la selección de las mejores prácticas.

Este nuevo enfoque se materializa jurídicamente con la adopción de la Directiva CEU cuyo éxito aplicativo permitió la reiteración de dicha técnica legislativa para resolver una de las regulaciones más largamente debatidas en las instituciones comunitarias, la posibilidad de ordenación de un estatuto para la Sociedad Europea<sup>5</sup>, completada con la generalización de un

<sup>3</sup> La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores fue adoptada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989 (COM 89 471 final). Sobre la misma, MONEREO PÉREZ, J.L.: «Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I y II)», *REDT*, núms. 56 y 57; ROJO TORRECILLA, E.: «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos de información y consulta», *TL* núm. 59, 2001.

<sup>4</sup> Programa para la aplicación de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales (COM 89 568 final). Sobre el mismo, GÓMEZ GORDILLO R.: *El comité de empresa europeo*, CES, Madrid, 2003, págs. 57 y ss.

<sup>5</sup> Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, del Consejo relativo al estatuto de la Sociedad Anónima Europea (DOCE de 10 de noviembre) y Directiva 2001/86, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE de 10 de noviembre).

marco de información y consulta para el conjunto de las empresas ubicadas en territorio comunitario<sup>6</sup>. Con posterioridad, el modelo adoptado para la Sociedad Europea ha sido replicado para otros tipos societarios, como es el caso de la Cooperativa Europea<sup>7</sup>. En paralelo, la Constitución Europea incluía los derechos de participación de los trabajadores entre los derechos sociales fundamentales, manteniendo en lo fundamental el contenido originariamente establecido en la Carta<sup>8</sup>.

La regulación comunitaria sobre la SE ha sido ya comentada por la mejor doctrina laboralista española<sup>9</sup>, circunstancia que nos exime de detenernos a analizar en profundidad el contenido de las normas adoptadas por la UE, para concentrarnos en la labor de adaptación realizada por el legislador español. A pesar de ello, resulta inevitable comentar brevemente los aspectos más sobresalientes o novedosos que aporta la regulación de la SE. En primer lugar, desde el punto de vista formal, la dualidad de instrumentos normativos elegidos por el legislador comunitario, el reglamento para los aspectos mercantiles y la directiva para los aspectos laborales, pone a prueba la flexibilidad del ordenamiento comunitario, y la imaginación de los legisladores para buscar soluciones a problemas que amenazaban con convertirse en irresolubles tras más de treinta años de discusiones y fracasos. Lo que ha sido denominado como un «peculiar conjunto normativo»<sup>10</sup>, abre la puerta a una redefinición de las funciones de los instrumentos normativos afectados, produciéndose un contagio de las características entre ambos tipos de normas, circunstancia que ya fue advertida, por lo que respecta a la limitación del margen de adaptación a los derechos nacionales por los Esta-

<sup>6</sup> Directiva 2002/14, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general para la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DOCE de 11 de marzo).

<sup>7</sup> Reglamento 1435/2003, de 22 de julio de 2003, del Consejo relativo al estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (DOCE de 18 de agosto) y Directiva 2003/72, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE de 18 de agosto)

<sup>8</sup> GÓMEZ GORDILLO, R.: «Los derechos fundamentales comunitarios de información y consulta de los trabajadores en la empresa», en QUESADA SEGURA R.: *La Constitución europea y las Relaciones Laborales*, Mergablum-CARL, Sevilla, 2004, págs. 168 a 201.

<sup>9</sup> Por todos, CASAS BAAMONDE M.E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)» *REDT* núm. 117, 2003, págs. 355-423; VALDÉS DAL-RE, F.: «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: treinta años después», *RL* núm. 6, 2003, págs. 1-12; «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario», *RL* núm. 11, 2003, págs. 1-14; «El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores de la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva», *RL* núm. 13, 2003, págs. 1-12; «El modelo legal de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», *RL* núm. 15-16, págs. 1-8.

<sup>10</sup> CASAS BAAMONDE M.E.: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 373.

dos miembros, con ocasión de la Directiva CEU <sup>11</sup>. La complementariedad entre Reglamento y Directiva provoca una reducción del rigor normativo y de la aplicabilidad directa de la primera, mientras que refuerza la imperatividad de la que generalmente carece la segunda <sup>12</sup>. Pero la afirmación anterior implica el paralelo incremento del protagonismo aplicativo de las normas de transposición de los Estados miembros, que deben completar el conjunto normativo, sin cuya actuación coordinada no es posible el funcionamiento adecuado del entramado jurídico elevado en torno a la SE.

La novedad del planteamiento normativo contenido en el Reglamento obliga a los Estados miembros a reformar la regulación mercantil, abriendo los ordenamientos nacionales a las diversas posibilidades ofrecidas por la norma comunitaria <sup>13</sup>, en cumplimiento del mandato previsto en el art. 68 del Reglamento SE, que obliga a estos a adoptar las disposiciones precisas para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa que en él se contienen. En el caso español, la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España cumple ese papel (en adelante, LSE) <sup>14</sup>. De un lado, la SE es una nueva forma social que se adiciona al catálogo de las reconocidas por los ordenamientos nacionales, con el objetivo de ampliar la libertad de establecimiento en territorio comunitario, pero todo ello exige ajustar las normas mercantiles de los Estados miembros a esta nueva realidad. En concreto, aunque el diseño originario pretendía conseguir una normativa sustantiva completa de carácter comunitario, la versión finalmente adoptada ha preferido una solución menos ambiciosa que conjuga la normativa supranacional con las normas legales aplicables a las sociedades anónimas en el derecho interno. La puesta en marcha de este plural sistema de fuentes, supone la reducción de elementos de unidad en las sociedades europeas creadas a partir del mismo, en la medida en que los derechos nacionales aportarán diversidad a una parte sustancial de la normativa aplicable; a cambio, la inserción de la nueva forma social en las legislaciones de Estados miembros produce menos rechazo, pues en principio la nueva figura societaria puede incorporarse con menores dificultades a las tradiciones mercantiles nacionales.

<sup>11</sup> GÓMEZ GORDILLO, R.: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, pág. 93 y ss.

<sup>12</sup> CASAS BAAMONDE M.E.: «La implicación de los trabajadores...» *op. cit.*, pág. 374.

<sup>13</sup> Sobre los aspectos mercantiles, VV.AA.: *La Sociedad Anónima Europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004; *La Sociedad Anónima Europea: análisis del Reglamento CE núm. 2157/2001 del Consejo, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2004; *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

<sup>14</sup> BOE de 15 de noviembre de 2005.



En nuestro caso, uno de los problemas de mayor complejidad que planteaba al legislador español el Reglamento comunitario residía en la determinación de la forma de gobierno de la nueva sociedad, en concreto, si las SE constituidas en España tenían que adoptar necesariamente el «sistema monista» de administración —el sistema tradicional de las sociedades anónimas en nuestro país— o si, por el contrario, podrían también optar por un «sistema dual», caracterizado por la existencia de un órgano de control o consejo de control y un órgano de dirección. En el caso de que se reconociera la posibilidad de opción, se plantearía una segunda cuestión, si la forma dual debía ser exclusiva de las sociedades anónimas europeas o si, por el contrario, la facultad de opción debía generalizarse a todas las sociedades anónimas. La LSE considera que la facultad de opción entre «sistema monista» y «sistema dual» debe concederse a todas las sociedades anónimas europeas, razón por la cual el legislador mercantil se ve obligada a establecer ex novo las reglas de ordenación del gobierno de las sociedades constituidas bajo el sistema dual (arts. 327 ss. LSE). Sin embargo, respetando la solución tradicional del Derecho español, no ha procedido a generalizar esa opción estatutaria a las demás sociedades anónimas españolas, a la espera de que la práctica permita apreciar las bondades del nuevo modelo. Por ello, el alcance de la norma es muy limitado, pues sólo procede a añadir un nuevo capítulo al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, estableciendo las previsiones indispensables para la plena operatividad de las nuevas sociedades.

## 2. LA COORDINACIÓN DE PLANOS NORMATIVOS

Retomando la experiencia adquirida con la puesta en marcha de la Directiva CEU, el legislador comunitario da un nuevo paso adelante, pues en esta ocasión la complejidad del sistema se incrementa con el protagonismo central otorgado al Reglamento SE, ausente en el supuesto de las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, estructuras que no precisan de nueva regulación mercantil. De esta manera, el Reglamento SE asume el papel de norma principal, remitiendo a las normas de transposición de la Directiva SE, la facultad de complementar la institución societaria de nueva creación, y estableciendo los puntos de conexión entre regulación principal y regulaciones complementarias. Bien es cierto, que como se ha dicho más arriba, la especialmente imperativa regulación contenida en la Directiva SE reduce el margen de actuación de los Estados miembros, cuya labor en un buen número de materias se ha limitado a reiterar los preceptos comunitarios, pero desde un punto de vista formal el conjunto normativo apli-



cable es el compuesto por el Reglamento SE y las normas nacionales de transposición de la Directiva SE, en nuestro caso, entre el Reglamento SE y la LITSE<sup>15</sup>. Resuelto el reparto competencial haciendo uso de un criterio material, aspectos mercantiles y aspectos laborales, nuestra discusión debe centrarse en los aspectos laborales y, en concreto, en la determinación del alcance de las normas de transposición de la Directiva, pues la transnacionalidad del ámbito subjetivo de aplicación del conjunto normativo, provoca la paralela aplicación transnacional de las normas de transposición, como ya ocurriera con las normas de transposición de la Directiva CEU.

En concreto, el Grupo de Expertos diferencia entre disposiciones principales, dotadas de aplicación extraterritorial, y disposiciones accesorias, únicamente aplicables en territorio de un Estado miembro. Junto a las anteriores, algunas disposiciones tienen carácter mixto, pues incluyen ambos tipos de mandatos normativos<sup>16</sup>. Las disposiciones principales deben aplicarse a la SE en su conjunto, independientemente del territorio en que se ubiquen las empresas filiales o los centros de trabajo dependientes de ésta, por lo que su ámbito de aplicación responde al principio de extraterritorialidad, para cuya efectividad las normas nacionales deben incluir expresas referencias de sumisión a las normas de transposición de los Estados miembros en los que la SE fije su sede y a los acuerdos adoptados conforme a las mismas<sup>17</sup>. Estas disposiciones constituyen el núcleo duro de la norma de transposición, conteniendo la mayoría de las obligaciones impuestas a las sociedades que adopten dicha forma. En ordenamiento español, este tipo de disposiciones se encuentran agrupadas en el Título I de la LITSE, como establece la rúbrica del mismo, aplicables a las sociedades europeas domiciliadas en España. Dichas disposiciones serán aplicadas al conjunto de estas sociedades y a los trabajadores que prestan sus servicios en ella, independientemente del lugar en que se ubiquen las filiales o centros de trabajo donde estos desarrollen su prestación laboral. Desde el punto de vista de los contenidos, las normas principales regulan el procedimiento de negociación que debe materializar los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, incluyendo las normas de constitución y funcionamiento de la comisión ne-

<sup>15</sup> Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, BOE de 19 de octubre.

<sup>16</sup> La tabla resumen incluida en la pág. 4 resulta especialmente aclaratoria, sin perjuicio de lo cual conviene revisar el documento de trabajo núm. 3, incluido en las págs. 16 ss del informe final. «CONCLUSIONS DU GROUPE D'EXPERTS À la suite de la réunion des Directeurs-Généralistes des Relations de Travail du 15 et 16 mai 2003», 30 de abril de 2003.

<sup>17</sup> Según establecen los arts. 6 y 7 de la Directiva SE la norma de transposición aplicable al procedimiento de negociación y las normas de referencia serán las del Estado donde vaya a situarse la sede social de la SE. En el caso español, el art. 32 LITSE cumple dicha función.

gociadora, desarrollo y duración de las negociaciones, y contenido, eficacia, vigencia, prórroga y renegociación del acuerdo; en los supuestos expresamente previstos, en defecto de acuerdo, los derechos de implicación de los trabajadores han de ser establecidos por el legislador nacional, disposiciones que también poseen naturaleza principal, si bien por su aplicación subsidiaria son denominadas por el legislador español con dicho calificativo, aunque el legislador comunitario las agrupe bajo el término de «disposiciones de referencia»<sup>18</sup>. Desde el punto de vista técnico jurídico, la Directiva SE aborda la regulación relativa a las disposiciones principales con un mayor grado de imperatividad, reduciendo el margen de disposición de los Estados miembros, circunstancia que distancia a la norma comunitaria de los tradicionales perfiles que para este tipo de normas fija el art. 251 TCE.

Por el contrario, las normas accesorias contenidas en las leyes de transposición son únicamente aplicables a los centros de trabajo de la SE ubicados en el propio Estado miembro, por ello su ámbito de aplicación responde al principio de territorialidad<sup>19</sup>. Se trata de disposiciones de carácter instrumental, en el caso español, contenidas en el título II de la LITSE. Dichas disposiciones regulan aspectos relacionados con la selección, designación y protección de los representantes nacionales de los trabajadores. Con respecto a los aspectos técnicos, la transposición de las disposiciones accesorias permite un mayor margen de actuación a los legisladores nacionales, por su menor importancia para el funcionamiento del conjunto normativo, pues como ya se ha dicho, resultan únicamente aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las sociedades anónimas europeas con domicilio en cualquier otro Estado miembro.

Finalmente, las normas contenidas en el Título preliminar fijan el objeto de la norma de transposición y una serie de definiciones de carácter horizontal en las que, como no podría ser de otra manera, se mantiene la literalidad del texto de la Directiva SE.

### 3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA SE AL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL

Si como se ha dicho, la adopción por los Estados miembros de la Directiva SE responde al propósito de asegurar la participación de los trabajadores en las sociedades europeas, sin que se produzca merma de los derechos y prácticas existentes en las sociedades participantes en su constitución, el proceso de transposición de la norma comunitaria a los ordenamien-

<sup>18</sup> Así las denomina el art. 7 Directiva SE.

<sup>19</sup> Así lo establece expresamente el art. 27 LITSE.



tos jurídicos de los Estados miembros debe asegurar el cumplimiento de dicho objetivo. Siguiendo el diseño del conjunto normativo comunitario en este ámbito, las normas nacionales poseen un carácter complementario de la regulación de naturaleza fundamentalmente mercantil contenida en el Reglamento. Así como Reglamento SE y Directiva SE constituyen un conjunto indisociable, las normas estatales de adaptación de la regulación mercantil<sup>20</sup> y transposición de los aspectos ligados a la participación de los trabajadores deben mantener dicho carácter, al objeto de garantizar la implicación de los trabajadores en ella, entendida como la información, la consulta y la participación y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa.

A pesar de lo dicho, la aparición de la norma de transposición española se dilató largo tiempo, superando ampliamente el plazo establecido en la norma comunitaria<sup>21</sup>. El incumplimiento de dicha obligación se produce de forma doble, de una lado, la norma de transposición española ha sido aprobada con dos años de demora, sobre el plazo fijado en la Directiva; de otro, la publicación de la LSE y la LITSE se ha producido con casi un año de diferencia, con lo que, a pesar de las cautelas legislativas, la temida separación se produce al menos en el plano cronológico<sup>22</sup>. La inobservancia de los plazos establecidos contrasta con el interés mostrado por el legislador comunitario, para quien la aplicación de ambas normas debe realizarse de forma conjunta<sup>23</sup>, objetivo en virtud del cual incluso se alteró la tradicional aplicación inmediata que corresponde a los Reglamentos, que en esta ocasión se pospuso para permitir la adopción de las medidas nacionales de transposición de la Directiva por los órganos correspondientes de los Estados miembros<sup>24</sup>. Tal decisión debe ser positivamente valorada, pues si se parte de la naturaleza complementaria de la norma laboral frente a la mercantil, mal podría cubrirse dicha función en caso de ausencia temporal de la correspondiente regulación. Pero conviene también precisar que, prescindiendo

<sup>20</sup> En nuestro país, Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, BOE de 15 de noviembre.

<sup>21</sup> El artículo 14 Directiva SE establecía como plazo el 8 de octubre de 2004, fecha en la que los Estados miembros debían haber establecido las normas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

<sup>22</sup> Sobre la necesidad de aplicación conjunta, *vid.* CASAS BAAMONDE M.E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, pág. 374; VALDÉS DAL-RE F.: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea», *op. cit.*, pág. 10.

<sup>23</sup> El Considerando 19 del Reglamento reconoce que las disposiciones previstas en la Directiva tienen el carácter de complemento indisociable, consecuencia de lo cual deben aplicarse «concomitantemente».

<sup>24</sup> El Considerando 22 del Reglamento advierte expresamente de dicho retraso.

do de la dualidad normativa, la entrada en vigor del Reglamento difícilmente hubiera podido producirse de manera inmediata como suele ser habitual, en la medida que el Reglamento SE es una norma atípica entre los reglamentos comunitarios, pues como ya se ha comentado su rigor aplicativo queda claramente modulado por la complejidad del conjunto normativo puesto a disposición de las SE<sup>25</sup>.

La relevancia del cumplimiento puntual de la obligación de transposición había sido también destacada por el grupo de expertos, para quienes el incumplimiento de los plazos podría producir importantes desajustes, impidiendo la constitución de una SE en un país en ausencia de norma de transposición<sup>26</sup>, efecto que se extendería a los supuestos en que habiendo sido transpuesta la norma en el país en el que la SE ha decidido constituirse, dicho proceso normativo no se hubiera verificado en alguno de los estados en los que esté domiciliada alguna sociedad participante en el proceso de constitución de la SE<sup>27</sup>. Por tales motivos, el grupo de expertos proponía la simultánea entrada en vigor de las normas de transposición en la fecha prevista como tope por el legislador comunitario<sup>28</sup>, estableciendo diversas posibilidades en caso de incumplimiento. Comoquiera que finalizado el año 2006 casi la totalidad de los países obligados habían realizado, con más o menos retrasos, las labores de adaptación y transposición de la normativa comunitaria, el interés práctico de profundizar en la presente discusión resulta bastante limitado<sup>29</sup>.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 137.3 TCE, los Estados miembros podían encomendar a los interlocutores sociales la materialización de las labores de transposición de la Directiva, quienes mediante un acuerdo deben establecer las disposiciones que permitan alcanzar los objetivos de la Directiva. Como en el caso de la Directiva CEU, tampoco en esta ocasión el Estado español ha explorado dicha posibilidad, manteni-

<sup>25</sup> CASAS BAAMONDE M.E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.* pág. 374.

<sup>26</sup> «CONCLUSIONS DU GROUPE D'EXPERTS À la suite de la réunion des Directeurs-Généraux des Relations de Travail du 15 et 16 mai 2003», 30 de abril de 2003, pág. 5; CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 371.

<sup>27</sup> Sobre los problemas derivados de la ausencia de transposición o transposición incompleta, *vid.* VÁZQUEZ F.: «La participación de los trabajadores: La dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva» en Esteban Velasco G. y Fernández del Pozo L. (Coord.) *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 935.

<sup>28</sup> «CONCLUSIONS DU GROUPE D'EXPERTS...» *op. cit.*, pág. 4.

<sup>29</sup> En la actualidad, 27 estados han cumplido con la obligación de transposición permaneciendo pendiente de materialización el proceso en Irlanda, estado contra quien la Comisión ha iniciado el correspondiente procedimiento judicial, en aplicación de lo previsto en el artículo 226 TCE (C-330/06 Comisión v. Irlanda).



do el ya tradicional sistema de transposición español por vía heterónoma. Sin perjuicio de lo anterior, conviene tener presente cómo en cumplimiento de la Declaración para el diálogo social Competitividad, empleo estable y cohesión social, suscrita el 8 de julio del año 2004 por el Gobierno, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME, y las organizaciones sindicales CC.OO. y UGT, el contenido de esta norma de transposición, ha sido sometido a la consideración de las citadas organizaciones. Si bien es cierto que desde el punto de vista técnico jurídico esta circunstancia en ningún caso puede presentarse como semejante al acuerdo de transposición al objeto previsto en el artículo 137.3 TCE, desde el punto de vista práctico supone la consecución de un alto nivel de acuerdo de los interlocutores sociales sobre el contenido de la norma de transposición. La transposición mediante norma heterónoma es el procedimiento utilizado con carácter general por el resto de los Estados miembros, pues únicamente en un supuesto, el caso belga, se ha procedido a transponer mediante acuerdo colectivo, pero también en este supuesto la eficacia de dicho acuerdo ha debido completarse mediante norma estatal<sup>30</sup>.

En otro orden de cosas, el procedimiento de transposición español resulta peculiar en algún otro aspecto, pues la LITSE introduce en el sistema normativo interno, no una sino dos directivas comunitarias, las correspondientes a la implicación de los trabajadores en las empresas que adopten la forma de sociedad anónima europeay a las que se configuren como cooperativas europeas. Tan inusitada práctica, justificada por el propio legislador en razones de economía legislativa, pudiera provocar algún problema interpretativo.

Como ya se señaló con anterioridad, Reglamento SE y Directiva SE son normas complementarias, cuya aplicación debe producirse de forma coordinada lo que determina semejante carácter para las normas internas, en nuestro caso la LSE y la LITSE mantienen dicho carácter complementario. La homogeneidad en el instrumento normativo quizás hubiera aconsejado la inclusión de ambas regulaciones en una ley única. Recuérdese que la justificación de la separación de fuentes comunitarias tenía por objeto la posibilidad de hacer uso de normas de distinta configuración y eficacia; por el contrario, si en el proceso de transposición, habiendo sido desestimada la posibilidad de transponer la Directiva mediante acuerdo colectivo, se produce una homogeneización de fuentes normativas, la opción de regular de manera separada no ha de obedecer a razones técnico jurídicas, por consiguiente deben ser argumentos de otra índole los que soporten tal decisión,

<sup>30</sup> *Convention Collective de travail n.º 84 du 6 octobre 2004, conclue au sein du Conseil national du Travail, concernant l'implication des travailleurs dans la société européenne; rendue obligatoire par Arrête Royal du 22 décembre 2004; (Staatsblad 19/01/2005).*

entre los que sin duda pueden prevalecer los relacionados con la naturaleza mercantil y laboral de los aspectos regulados en sendas normas.

#### 4. LA VINCULACIÓN ENTRE REGULACIÓN MERCANTIL Y REGULACIÓN LABORAL

Ya ha sido comentado «el esencial papel desempeñado por el Reglamento SE en el particular conjunto normativo integrado por su regulación y la de la Directiva que la complementa»<sup>31</sup>. De la misma manera, la LSE no agota el conjunto de la materia objeto de regulación dejando a la LITSE los aspectos laborales de la institución societaria. En este reparto o distribución de materias, corresponde a la LSE la fijación de los vínculos entre ambas normas, asociando la regulación complementada a la regulación accesoria o, en otras palabras, adoptando la norma mercantil el protagonismo que le corresponde como norma principal frente a la norma laboral, en esta ocasión, de naturaleza accesoria. Veamos ahora, de qué forma el legislador español ha materializado en el derecho interno las previsiones contenidas en la compleja arquitectura comunitaria.

El artículo 68 del Reglamento SE impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas aquellas disposiciones que sean precisas para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa que en él se contienen. La LSE tiene como objetivo cumplir este específico mandato respecto de las sociedades europeas que tengan previsto domiciliarse en territorio español. Puesto que la SE es una nueva forma social que se añade al catálogo de las sociedades conocidas en el ordenamiento español, ampliando así la libertad de establecimiento en el territorio de la Unión Europea, el legislador español se ve obligado a hacer un espacio a dicho nuevo tipo social, para lo que ha resuelto incluir un nuevo capítulo al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas<sup>32</sup>, a fin de asegurar la plena operatividad de la normativa comunitaria, e incorporando los mecanismos de tutela de los intereses particulares de socios y de acreedores y del interés público.

Aunque como se ha repetido, Reglamento y Directiva no establecen un modelo único de implicación de los trabajadores en la vida societaria, ambas normas se preocupan de asegurar el establecimiento de alguna fórmula de implicación, independientemente de la forma de constitución de la SE. El artículo 12.2 del Reglamento SE condiciona la validez del registro de la SE en cualquier Estado miembro al cumplimiento de las previsiones contenidas en la Directiva SE, es decir a la conclusión de un acuerdo en las con-

<sup>31</sup> Sobre el particular ampliamente, CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, págs. 373 ss.

<sup>32</sup> Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, BOE de 27 de diciembre.

diciones establecidas en la misma, o a la sustitución de un modelo de implicación propio por derechos de información y consulta, o a la aplicación subsidiaria de las disposiciones contenidas en el Anexo<sup>33</sup>; por esta vía, la materialización de un acuerdo de implicación de los trabajadores, mediante cualquiera de los medios previstos en la Directiva, se manifiesta como *conditio iuris* para el registro de la SE<sup>34</sup>. En esta misma línea garantista, el artículo 12.4 del Reglamento prohíbe previsiones estatutarias contrarias a las disposiciones de implicación acordadas, o impuestas subsidiariamente, de existir previamente dichas disposiciones deberán ser modificadas. De esta manera, la implicación de los trabajadores se convierte en una cuestión interna de la vida societaria, circunstancia que se erige en la mayor novedad para la tradición mercantil española, «en cuanto queda indisolublemente ligada a su funcionamiento como empresa corporativa»<sup>35</sup>.

Paralelamente, y como parte de este complejo sistema de equilibrios entre intereses societarios y laborales, la norma reconoce a las Juntas Generales de las sociedades que acuerden constituir una SE mediante la fusión o creación de una sociedad *holding* la facultad de condicionar el efectivo registro de la SE a la ratificación expresa por la Junta General de las disposiciones sobre implicación de los trabajadores, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 23.2 y 32.6 del Reglamento<sup>36</sup>.

Por su parte, aunque el nuevo capítulo XII de la LSA no prevé ninguna disposición expresa, la aplicabilidad directa del Reglamento permite mantener las anteriores afirmaciones con relación a las SE domiciliadas en España. A tal efecto, la exposición de motivos de la LSE señala la coexistencia aplicativa de las normas comunitaria e interna, y la complementariedad de la LITSE, norma para quien la misma exposición de motivos reconoce relevancia trascendental, calificativo que hace derivar de la prohibición de inscripción prevista en el Reglamento SE cuando no se hayan cumplido las previsiones de la Directiva SE. En la misma línea de razonamiento, cabe mencionar lo señalado en el nuevo artículo 312 LSA, conforme al cual las sociedades anónimas europeas domiciliadas en España se registrarán por lo establecido en el Reglamento SE y por «la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas», referencia inequívocamente realizada a favor de la LITSE.

<sup>33</sup> CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 374; SEQUEIRA MARTÍN A.: «La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea» en AA.VV.: *La Sociedad Anónima Europea...*, *op. cit.*, pág. 379.

<sup>34</sup> VELASCO SAN PEDRO L.A.: «Características generales ...», *op. cit.*, pág. 91.

<sup>35</sup> VELASCO SAN PEDRO L.A.: «Características generales de la Sociedad Europea. Fuentes de regulación, capital y denominación», en AA.VV.: *La Sociedad Anónima Europea...*, *op. cit.*, pág. 91.

<sup>36</sup> VALDÉS DAL-RÉ F.: «La implicación de los trabajadores ...», *op. cit.* pág. 91.



Dicho lo anterior, los puntos de conexión internormativa, más allá de las remisiones generales (artículos 312, 328 y 333 LSA), deben establecerse entre el Reglamento SE y la LITSE, ante la ausencia de regulación expresa en la LSA. En primer lugar, el artículo 1 LITSE, tras poner de manifiesto que el objeto de la norma es la regulación de la implicación de los trabajadores en las entidades registradas conforme a la forma SE, *sensu contrario* excluyendo de su ámbito de aplicación el resto de modalidades societarias, se preocupa de dejar suficientemente claro que todas las SE domiciliadas en España deberán establecer disposiciones sobre implicación de los trabajadores. Esta contundente afirmación debe modularse con la adecuada interpretación del último inciso del precepto, que ajusta la obligación precedente a «las condiciones establecidas» en la propia norma, regulación que como más adelante se dirá permite un amplio y flexible abanico de posibilidades, en su naturaleza e intensidad, de cumplimiento de las facultades de implicación reconocidas a los representantes de los trabajadores.

En segundo lugar, el artículo 12.3 LITSE reitera la prohibición contenida en el artículo 12.4 del Reglamento SE, imponiendo la adecuación de los Estatutos de la SE a las disposiciones sobre implicación de los trabajadores contenidas en el acuerdo alcanzado entre los órganos competentes de la SE y la representación de los trabajadores, ya sea con los contenidos previstos en el artículo 8.1 LITSE (derechos de implicación) o con el más limitado alcance señalado en el artículo 8.2 LITSE (derechos de información y consulta) e, incluso, mediante la decisión de adoptar el contenido prefijado en las disposiciones de referencia (artículo 14.1.a LITSE). Por último, en los supuestos de fracaso del proceso de negociación, el desarrollo aplicativo del condicionamiento de la inscripción de la SE a la aplicación de las disposiciones de referencia merece ser analizado con mayor detenimiento.

De un lado, finalizado sin acuerdo el plazo de negociación ordinario y, en su caso, el período de prórroga eventualmente acordado por las partes (artículo 10.1 y 2 LITSE), la fijación de los derechos de implicación de los trabajadores queda determinada por el contenido de las normas de referencia a tal efecto previstas en el Capítulo II LITSE, por aplicación de lo previsto en el artículo 14.1.b) LITSE. El apartado 1.º del artículo 14.1.b) exceptúa la aplicación de las disposiciones subsidiarias cuando la comisión negociadora haya finalizado con acuerdo en torno a las previsiones del artículo 8.2 LITSE, es decir cuando dos tercios de ésta hayan convenido someterse a las disposiciones sobre información y consulta previstas en el Estado miembro en que la SE tenga trabajadores, previsión de difícil interpretación sobre la que se volverá más adelante. En cualquier caso, no resulta discutible la facultad de la comisión negociadora de renunciar a establecer un modelo

propio de implicación<sup>37</sup>, y la paralela licitud de renunciar por la misma vía a la aplicación de las disposiciones subsidiarias correspondientes. Lo que no resulta igualmente claro es el papel de la representación empresarial en estos supuestos, en concreto, si es posible una improbable negativa a la sumisión al acuerdo de la comisión negociadora por parte empresarial. A este respecto, conviene señalar cómo el apartado 2.º del artículo 14.1.b) LITSE condiciona la efectiva aplicación de las disposiciones subsidiarias a la conformidad de los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes, a quiénes en este supuesto únicamente cabe la posibilidad de renunciar a la constitución de la SE o aceptar la imperativa aplicación de las disposiciones subsidiarias<sup>38</sup>. De igual forma que coincidimos en la naturaleza declarativa del anterior precepto, debemos concluir que una hipotética negativa de los órganos competentes de alguna de las sociedades a aceptar la fórmula menos intensa de implicación de los trabajadores prevista en la norma no implicará la imperativa reapertura del proceso de negociación, sin perjuicio de lo cual las sociedades afectadas podrían renunciar a continuar con el proceso de constitución. El hecho de que no exista previsión expresa sin duda se debe a la improbabilidad del supuesto, pero también al indiscutible origen político de la inclusión del apartado 2.º de referencia, previamente contenido en el artículo 7.1.b) de la Directiva SE<sup>39</sup>. No existiendo la misma sensibilidad respecto a la negativa a establecer sistemas de participación de los trabajadores en la empresa, poco sentido tenía reiterar la ex-

<sup>37</sup> CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 374.

<sup>38</sup> «Las reglas del Reglamento no dejan margen de decisión alguno a las sociedades participantes sobre esa aplicación, que surge directamente del fracaso de las negociaciones, esto es, de la expiración de su plazo sin que se haya celebrado ningún acuerdo. La decisión de aceptar esa aplicación a la que se refiere el art. 7.1.b) de la Directiva no significa otra cosa que el innecesario reconocimiento expreso de la facultad de las sociedades participantes de renunciar a la constitución de la SE iniciado el proceso fundacional, facultad que naturalmente les corresponde según el Reglamento (arts. 23.2, 32.6, 36 y 37.7 y 8) sin necesidad de que la Directiva lo reitera» CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 375.

<sup>39</sup> Sobre la importancia política de dicha disposición, *vid.* CONCLUSIONS DU GROUPE D'EXPERTS...» *op. cit.*, pág. 120: «La rédaction alambiquée de cette disposition aide à la confusion. Quand on analyse toutefois les travaux préparatoires au Conseil, on comprend que, plus qu'une règle juridique, on a voulu faire passer un message politique susceptible de renforcer le consensus. En fait, l'un des arguments utilisés par les opposants du compromis qui se dessinait au Conseil au cours des deux dernières années de débats consistait à défendre qu'il ne serait pas approprié d'imposer la participation à des sociétés contre leur volonté, notamment dans des situations où la participation n'était pas majoritaire au sein de l'ensemble des sociétés participantes. L'expression en cause vise à rappeler les pouvoirs de décision ultime des sociétés participantes, ce qui est sûrement critiquable d'un point de vue de la technique législative, mais a joué un rôle important dans la création des conditions politiques pour l'adoption finale du texte».

presa referencia a los en ningún caso cuestionados poderes de decisión de las sociedades participantes.

En una manifestación fuerte del principio antes-después, el art. 12.3 del Reglamento condiciona la inscripción de la SE en un Estado miembro que haya ejercido la cláusula de *opting out*, a su vez prevista en el artículo 7.3 de la Directiva, a la celebración de un «acuerdo de implicación —incluida la participación— de los trabajadores», salvo que antes de la inscripción ninguna de las sociedades participantes «hubiera estado sujeta a normas de participación». Ello debiera impedir que tras una operación de fusión, los representantes de los trabajadores vean reducidos, en contra de su voluntad pues la norma permite el acuerdo en tal sentido, derechos de participación ejercidos con anterioridad en virtud de lo dispuesto legal o convencionalmente. El interés demostrado por el gobierno español durante el proceso de elaboración de la normativa comunitaria en la materia<sup>40</sup>, permitía suponer que el legislador español haría uso de dicha posibilidad llegado el momento de la transposición. Por el contrario, la LITSE no ha hecho uso de dicha posibilidad y, por consiguiente, las sociedades europeas constituidas inscritas en España, en ausencia de acuerdo, deberán respetar los derechos de participación de mayor intensidad de entre los vigentes en cualquiera de las sociedades participantes, antes de la inscripción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 20.1.b) LITSE<sup>41</sup>.

## 5. INFORMACIÓN, CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Desde el punto de vista de los contenidos ni el Reglamento ni la Directiva establecen de forma directa nuevos derechos para los trabajadores de la SE, pues su función normativa se consume en el establecimiento de un derecho/deber de negociación. Dicho lo anterior, no cabe duda que la regulación meticulosa del procedimiento y de las materias objeto de negociación, y la paralela prohibición de inscripción a la que ya se ha hecho referencia constituyen un marco que garantiza la fijación convencional, o subsidiariamente legal, de derechos de información y consulta en todas las SE y, en su caso, el mantenimiento de los derechos de participación vigentes. El legislador comunitario apuesta por la autonomía colectiva, como ya hiciera en la regulación de los comités de empresa europeos, para la fijación del conte-

<sup>40</sup> Posición calificada por la doctrina de «acusadamente dogmática; o, mejor aun, acusadamente ideológica» VALDÉS DAL RÉ F.: «El modelo legal de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», *RL* núm. 15-16, 2003, pág. 5.

<sup>41</sup> En transcripción literal de lo dispuesto en el Parte 3 del Anexo de la Directiva.

nido de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE. Directiva y Reglamento sirven de soporte normativo para la puesta en marcha de un procedimiento de negociación, cuyo funcionamiento adecuado deberán garantizar los Estados miembros. Aunque, como se viene diciendo, la regulación comunitaria tiene naturaleza procedimental, puede afirmarse que en esta ocasión el contenido sustantivo es algo superior.

De manera indirecta, el legislador comunitario consigue imprimir un mayor grado de delimitación de conceptos como información, consulta y participación, que en la práctica puede determinar un importante proceso de homogeneización sobre este conjunto de derechos en el ámbito de la UE. La técnica normativa resulta algo compleja pero singularmente pragmática, pues aunque la Directiva no establece de manera directa derechos subjetivos de información, consulta y participación a favor de los trabajadores de la SE, obliga a negociar sobre ellos definiendo previamente qué debe entenderse por tales conceptos. De esta forma, excluye del proceso de negociación la transacción sobre aspectos centrales, es decir, la definición de los conceptos antedichos es una forma clara de regular por vía legal aspectos fundamentales que quedan al margen de la voluntad de las partes. Bien es cierto que las definiciones ofrecidas resultan bastante abiertas<sup>42</sup>, pero sin lugar a dudas la opción de dejar en manos de los negociadores tales definiciones hubiera resultado una posibilidad menos garantista. Se incorpora, de este modo, la técnica legislativa, ensayada para el caso del concepto de consulta con motivo de la Directiva CEU, que consiste en afirmar unos principios generales antes que en enumerar una lista de los actos a llevar a cabo para cumplir correctamente con la obligación de información<sup>43</sup>.

Es aquí donde con mayor claridad se observa la transformación de hecho de la Directiva como fuente de derecho comunitario, norma que adopta perfiles tradicionalmente reservados al Reglamento comunitario<sup>44</sup>. La definición de estos conceptos mediante una Directiva puede resultar un contrasentido, pues si estas normas únicamente obligan a los Estados miembros a conseguir unos objetivos, dejando en manos de las instituciones nacionales la elección de los medios, los legisladores nacionales podrían alterar el contenido de dichos preceptos en el momento de la transposición. Por el contrario, el Grupo de Expertos negaba esa posibilidad, al entender que a los

<sup>42</sup> CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 380.

<sup>43</sup> MERCADER UGUINA J: «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», *RMTAS* núm. 57, pág. 16.

<sup>44</sup> CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 366; esta singularidad ya fue observada con ocasión de la aprobación de la Directiva CEU, *vid.* GÓMEZ GORDILLO R.: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, págs. 106 y ss.

legisladores nacionales únicamente les cabe reproducir la definición o, por el contrario, limitar de manera más intensa el espacio de la autonomía colectiva precisando el contenido de los derechos reconocidos en cada Estado miembro<sup>45</sup>. La misma técnica ha sido utilizada con notable éxito por la Directiva CEU, aunque en aquel supuesto únicamente se definía el concepto de consulta, produciéndose una extraña ausencia de definición de su habitual compañero de viaje la información<sup>46</sup>. En ambos casos, la respuesta de los legisladores nacionales ha sido similar y unánime, en el sentido de acogerse a la primera de las posibilidades enunciadas, esto es, reproducir fielmente las previsiones contenidas en la Directiva, absteniéndose de incorporar nuevos elementos que podrían contribuir a una mayor concreción de los conceptos englobados bajo el término implicación, opción que por otra parte permite a los negociadores un amplio margen delimitador<sup>47</sup>.

Pero si como más arriba se ha dicho, la norma comunitaria y la posterior decisión de los Estados miembros de reproducir los conceptos definidos por la primera sin alteraciones en las normativas internas permite reconocer un importante esfuerzo homogeneizador, el examen de las definiciones de los conceptos de información y consulta contenidas en el resto de la normativa comunitaria no arroja similares resultados. Por el contrario, las diversas directivas que hacen referencia a dichos conceptos utilizan definiciones autónomas, dando lugar a una diversidad conceptual que solo puede ser valorada negativamente<sup>48</sup>. La ausencia de un concepto único resulta un

<sup>45</sup> En concreto, sobre la definición de información: «*Les Etats membres pourront choisir entre reproduire dans les dispositions nationales la définition de la directive ou procéder, en s'y inspirant, à des précisions sur le contenu de l'information, par le biais, par exemple, d'un catalogue de données à fournir aux représentants, ainsi que sur une définition précise du moment et de la forme par lesquels ces données doivent être fournies*» CONCLUSIONS DU GROUPE D'EXPERTS...» *op. cit.*, pág. 8

<sup>46</sup> Recuérdese que la Directiva CEU incluye en su título ambos conceptos: «... sobre la constitución de comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria»; sobre la ausencia del concepto en la Directiva CEU, *vid.* GÓMEZ GORDILLO R.: *El comité de empresa europeo*, CES, 2003, págs. 302 y ss.

<sup>47</sup> Como ejemplo, véase la § 2 (10) de la Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft 22/12/2004; publication Bundesgesetzblatt Teil 1 (BGB 1) 28/12/2004 03675-03701 73; o el nuevo artículo L-439-25 del Code du Travail; o, por último, lo dispuesto en materia de participación por el art. 2.1.m) Decreto Legislativo 19 agosto, 2005, núm. 188 Attuazione della Direttiva 2001/86/CE che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda el coinvolgimento dei lavoratori.

<sup>48</sup> El Grupo de Expertos SE había aconsejado la unificación de la definición del concepto de consulta en el proceso de transposición a los derechos internos en los siguientes términos: «*Rien ne semble empêcher que les Etats membres unifient en droit interne les notions de consultation pertinentes aux effets de la présente directive et de la directive 2001/14/CE*». CONCLUSIONS DU GROUPE D'EXPERTS...» *op. cit.*, pág. 8.



contrasentido que hubiera podido ser corregido con la aprobación de la Directiva 2002/14/CE, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, sin embargo, las presiones políticas impidieron mantener el contenido de las propuestas iniciales<sup>49</sup>, y la norma que hubiera podido efectivamente establecer un marco general, una unidad conceptual en torno a los derechos de información y consulta, debió contentarse con enunciar definiciones autónomas, con mayor grado de flexibilidad y un menor contenido normativo<sup>50</sup>.

En primer lugar, la LITSE define el concepto de implicación, reiterando las previsiones contenidas en el artículo 2.h) de la Directiva SE, como «la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa» (art. 2.i LITSE). De esta manera, se introduce un nuevo concepto aglutinador que comprende el conjunto de mecanismos reglados que permiten a los trabajadores intervenir en las decisiones de la empresa, de la que deben excluirse las medidas de conflicto colectivo. Hasta la aprobación de la LITSE, estos mecanismos han venido siendo encuadrados por nuestra mejor doctrina bajo el término participación<sup>51</sup>; la introducción de este nuevo término, extraño a la tradición iuslaboralista española, únicamente puede entenderse desde la voluntad de contribuir al éxito aplicativo de la norma mediante la coordinación de las normas de transposición que, en casos como el actual, aconseja la modificación de la terminología jurídica tradicional<sup>52</sup>.

La adecuada valoración de la relevancia de la normativa sobre la SE exige detenerse a en la definición del concepto implicación de los trabajadores, pues no conviene perder de vista que el objetivo común de la Directiva SE (art. 1.1.) y de la LITSE (art. 1.1), de ahí sus propias denominaciones, es el de regular la implicación de los trabajadores en la SE. Paradójicamente, siendo éste el concepto central, no ha recibido la atención expresa del Grupo de Expertos, que sí ha estudiado detenidamente los conceptos *ope legis* encuadrados dentro del término implicación, aunque ha suscitado el

<sup>49</sup> Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea de 17 de noviembre de 1998, DOCE C2 de 5 de enero de 1999.

<sup>50</sup> Sobre la misma, *vid.* GÓMEZ GORDILLO R.: *op. cit.*, págs. 85 y ss.

<sup>51</sup> DURÁN LÓPEZ F y SAEZ LARA C: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales* Madrid, Civitas, 1997; GARRIDO PÉREZ E: *La información en la empresa*, Madrid, CES, 1995; MONEREO PÉREZ JL: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992; RODRÍGUEZ-PIÑERO M: «Diálogo social, participación y negociación colectiva», *RL* núm. 23, 1995.

<sup>52</sup> Coincidiendo en su polémica novedad, *vid.* CASAS BAAMONDE ME: *op. cit.*, pág. 378.

interés en la doctrina<sup>53</sup>. Como hemos visto, se define implicación mediante la enumeración de una trilogía de derechos, que se remata con un inciso final a modo de cláusula general. De esta manera, podría entenderse que se trata de una relación de mecanismos, con valor ejemplificativo, a la que acompaña una definición del *nomen iuris* implicación que, por consiguiente, sería toda fórmula que permita a los trabajadores influir en las decisiones de la empresa, cualquiera que fuese ésta. Esta primera interpretación permitiría la inscripción en España de toda SE, siempre que se aporte un acuerdo celebrado conforme a lo previsto en el artículo 8 LITSE, e independientemente de su contenido regulador. Esta conclusión debe rechazarse, la aplicación del principio antes después invalida los acuerdos de sometiendo a las disposiciones de información y consulta vigentes en España, en una SE constituida mediante transformación cuando en la sociedad que va a transformarse se aplique un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control (art. 8.2 *in fine* LITSE). Más tarde se volverá sobre la aplicación de este principio.

Todo lo anterior nos autoriza a concluir que la implicación de los trabajadores en la SE puede producirse mediante dos vías: de un lado, mediante el ejercicio de los derechos de información y consulta; de otro lado, mediante la participación en los órganos correspondientes de la SE<sup>54</sup>. Al margen de los enunciados, no existen otros mecanismos de implicación, ni resultan válidos acuerdos de implicación que eventualmente reconociesen derechos de información en solitario, o derechos de información y consulta que no respondan a los perfiles fijados por la normativa legal, conforme a las definiciones que seguidamente estudiamos.

De la definición del concepto de derecho de información prevista en la letra j) del artículo 2 de la LITSE<sup>55</sup>, reproducción literal de la letra i) del artículo 2 de la Directiva SE, pueden destacarse algunos rasgos fundamentales, tales como la naturaleza transnacional de las materias objeto de infor-

<sup>53</sup> Sobre el mismo, VALDÉS DAL-RÉ F: «El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores de la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva», *RL* núm. 13, 2003, pág. 8.

<sup>54</sup> Sobre el margen de decisión de los negociadores, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ F: «El establecimiento de los derechos de implicación ...», *op. cit.*, págs. 8 y ss.

<sup>55</sup> Dicho precepto define información como «... la transmisión, por el órgano competente de la SE al órgano de representación de los trabajadores, o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a aquellas cuestiones que afecten a la propia SE y a cualquiera de sus centros de trabajo y empresas filiales situados en otro Estado miembro, o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembro, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta con el órgano competente de la SE».

mación, la garantía del efecto útil del ejercicio del derecho, y, por último, el carácter instrumental de la información con relación a la consulta. Tratándose de una norma especial, únicamente aplicable a sociedades y cooperativas europeas, el concepto de información debe ajustarse a los aspectos relacionados con la actividad transnacional de estas entidades, dejando en manos de las normas nacionales la regulación de los procesos de información sobre materias de carácter estrictamente nacional. La definición normativa debe conectarse con el principio de no afectación de los sistemas nacionales aplicables a las filiales nacionales que forman parte de la SE, en nuestro país garantizado por el párrafo segundo del art. 32, y con carácter más general por los apartados 3 y 4 de la disposición adicional primera LITSE. La opción legislativa comunitaria resulta plenamente coherente con la aplicación del principio de subsidiariedad en su vertiente horizontal, limitando la actuación comunitaria a la regulación de los aspectos transnacionales, terreno inabarcable por los legisladores nacionales<sup>56</sup>. Otra cosa será la determinación concreta de qué materias afectan al conjunto de la SE, o más claramente qué materias exceden del ámbito de decisión residenciado en un solo Estado miembro, cuestión para cuya resolución difícilmente pueden ofrecerse criterios generales, por lo que habrá que estar a lo que caso por caso decida la jurisprudencia.

Mayor interés y novedad presenta la materialización del principio general comunitario que garantiza el efecto útil de dicha normativa<sup>57</sup>. En concreto, las referencias generales al momento en que la información debe ser suministrada a los representantes, el modo o el soporte, el idioma, y el contenido de los hechos o datos que se ponen en conocimiento de aquellos representantes tienen un doble objetivo que debe cumplirse en todo caso: que los representantes de los trabajadores puedan tomar conciencia del significado de la información transmitida, de los efectos que la situación descrita puede provocar en la sociedad y, cuando sea preciso, preparar adecuadamente el proceso de consulta. Con ello, se pretende evitar toda manipulación informativa que por exceso o por defecto tenga por objeto mantener a los representantes de los trabajadores al margen de la situación de la empresa en cada momento. Por el contrario, los órganos competentes de la SE quedan obligados a mantener plenamente informados a los representantes de los tra-

<sup>56</sup> Sobre las previsiones correspondientes en la Directiva, *vid.* VALDÉS DAL RÉ F.: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario», *RL* núm. 11, 2003, págs. 5 y ss.

<sup>57</sup> En materia de información conviene tener en cuenta la jurisprudencia comunitaria, particularmente la establecida en las SSTJCE de 29 de marzo de 2001, Asunto Bofrost y de 13 de enero de 2004, Asunto Kühne & Angel; sobre el primer caso, TERRADILLOS ORMAETXEA E: «La doctrina TJCE acerca del alcance del derecho de información de los trabajadores conforme a la Directiva 94/95/CE», *RDS* núm. 15, 2001, págs. 143 a 160.



bajadores, haciendo lo posible para que el objetivo establecido en la norma quede plenamente asegurado. En caso contrario, cuando esta obligación sea plena o parcialmente incumplida la SE podrá ser sancionada por falta muy grave, conforme establece el nuevo artículo 10.bis. 2.c) LISOS.

El derecho de información de los representantes de los trabajadores a su vez queda limitado, *ratione materia*, por las excepciones contenidas en el art. 22 LITSE, que fijan los deberes de confidencialidad impuestos a los representantes de los trabajadores y el derecho de reserva reconocido a los órganos de control o administración de la SE. En el primer supuesto, la excepción establecida en el artículo 22.1 LITSE afecta a la libertad de los representantes para transmitir a terceros la información recibida con carácter confidencial; por ello, podría afirmarse que el deber de confidencialidad afecta a los aspectos activos del derecho de información de los representantes comunitarios de los trabajadores. En segundo lugar, el artículo 22.2 LITSE dispensa a los órganos competentes de las sociedades de la obligación de transmitir determinadas informaciones a la representación de los trabajadores; excepción esta última que afectaría al aspecto pasivo del derecho de información de aquellos representantes. La redacción contenida en la LITSE reproduce literalmente las previsiones contenidas en el artículo 22 de la LIC, texto al que únicamente se adiciona un inciso final en el artículo 22.1 LITSE, que conecta el incumplimiento de los deberes de confidencialidad a las responsabilidades que correspondan conforme a las legislaciones nacionales<sup>58</sup>, previsión que en nuestra opinión, aunque conveniente, no supone un cambio sustancial sobre la regulación anterior, en la medida en que dicha posibilidad queda igualmente sobreentendida en la LIC<sup>59</sup>. Por su parte, el artículo 10.2 bis LISOS considera infracciones muy graves los abusos «en el establecimiento de la obligación de confidencialidad en la información proporcionada o en el recurso a la dispensa de la obligación de comunicar aquellas informaciones de carácter secreto». Por último, el artículo 36.3 LITSE indica la idoneidad del proceso del conflicto colectivo para resolver los litigios relativos al deber de confidencialidad y al derecho de reserva<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> En el caso español, sobre el deber de sigilo y su alcance, *vid.* STC 213/2002, de 11 de noviembre, BOE de 29 de noviembre; BOZA PRO G.: *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; LÓPEZ AHUMADA J.E.: «El derecho de información sindical y el deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 213/2002, de 11 de noviembre», *RGDTSS* núm. 3, 2003.

<sup>59</sup> Para un amplio comentario sobre el deber de confidencialidad y el derecho de reserva en la LIC, *vid.* GÓMEZ GORDILLO R.: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, págs. 320 y ss.

<sup>60</sup> Con relación a la tutela judicial de los derechos de información y consulta en la LIC, *vid.* GÓMEZ GORDILLO R.: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, págs. 360 y ss.



Con relación al concepto de consulta, la letra j) del artículo 2 aporta una definición bastante similar a la que ha sido eliminada de la Propuesta modificada de Directiva sobre el marco normativo comunitario de información y consulta, circunstancia que pone de manifiesto la inexistencia de una voluntad política suficiente para unificar los perfiles delimitadores del concepto de consulta en el conjunto de los Estados miembros<sup>61</sup>. El interés que muestra el concepto de consulta contenido en la letra k) del artículo 2 LITSE, reproducción de lo previsto en la letra j) del artículo 2 de la Directiva SE, reside en la incorporación de elementos fundamentales como los relacionados con el momento y la forma en que debe llevarse a cabo. Se trata nuevamente de aspectos prácticos que deben permitir la materialización del efecto útil de la norma comunitaria, al servicio del cual la consulta debe permitir a los representantes de los trabajadores expresar su opinión a la representación empresarial, y que ésta pueda ser tenida en cuenta por el empresario. Los órganos societarios competentes quedan obligados a escuchar los argumentos de la representación de los trabajadores y a tomar en consideración sus opiniones, otra cosa no puede extraerse de la letra de la norma cuando impone «la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones» respecto de las materias objeto de consulta. El recto cumplimiento de la norma exige al menos una serie de comportamientos encadenados que determinan la materialización del proceso de consulta, que difícilmente puede entenderse adecuadamente resuelto en un solo acto. Por ello, entendemos que, en primer lugar, se exigiría una fase previa de información acerca de la materia objeto de consulta, fase que deberá responder a las características que de forma general se enunciaron para los procesos de información; en segundo lugar, a pesar de que el procedimiento de consulta es preceptivo, y los órganos competentes de la sociedad deben escuchar y tener en cuenta las opiniones de los representantes de los trabajadores, las prerrogativas empresariales deben permanecer indemnes, pues salvo que los acuerdos de constitución prevean otra cosa, el proceso de consulta no limitará los poderes de decisión del empresario y la opinión de los representantes de los trabajadores no será vinculante. En otras palabras, la noción mínima de consulta prevista en la LITSE no presupone un derecho de veto sobre las decisiones empresariales.

Hasta aquí, las novedades contenidas en la regulación, comunitaria y nacional, de la SE hacen referencia a la extensión de derechos de gran tradición en ambos ordenamientos, no en vano facultades de información y consulta aparecen ya en los años setenta, con motivo de la ordenación comuni-

<sup>61</sup> Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea de 17 de noviembre de 1998 (DOCE C2 de 5 de enero de 1999).

taria de los despidos colectivos y del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresa<sup>62</sup>; de la misma forma, derechos de información y consulta ya aparecen en la primera redacción del ET. Por el contrario, en extremo novedosa resulta la regulación de derechos de participación, entendidos estos como el derecho a elegir, designar, o a recomendar u oponerse a la designación de determinados miembros del órgano de administración o de control de la SE. Por ello, no deben parecer extrañas las mayores dificultades que el legislador comunitario ha tenido que superar para consensuar una definición de participación en los órganos societarios.

La participación de los representantes de los trabajadores al mayor nivel societario rompe la tradicional naturaleza externa de la actividad representativa sindical, desarrollada al margen de los órganos de dirección de la empresa a través de comisiones negociadoras a nivel de empresa o a nivel de grupo de empresas, pero hasta la fecha al margen de los órganos de dirección o control. La posibilidad de integrar, por ello algunos autores hablan de «participación integrativa»<sup>63</sup>, a un número determinado de representantes de los trabajadores en los órganos de decisión de la sociedad permite a estos intervenir en el proceso de formación de la voluntad empresarial, desde el primer momento y en el conjunto de las decisiones ordinarias, independientemente de que éstas puedan o no afectar directamente a los trabajadores de la sociedad. Frente a ello, la participación en órganos externos suele reservar la iniciación de procesos de consultas a situaciones relacionadas con decisiones excepcionales que afectan al empleo y, por ello, la intervención de los representantes de los trabajadores se produce a partir de una primera toma de posición de la dirección de la empresa, sin perjuicio de lo cual, posteriormente dicha inicial pretensión puede cambiar o evolucionar hacia otras posiciones, habitualmente más aceptables por la representación de los trabajadores. Dicho lo anterior, cabe afirmar que desde un punto de vista práctico, consulta y participación permiten la intervención de los representantes de los trabajadores en distintos momentos y sobre materias diversas. Por otra parte, aunque en algunos pasajes de la normativa reguladora ambas facultades parecen presentarse de manera alternativa<sup>64</sup>, nada impide acordar sistemas de participación que incluyan ambas modalidades de implicación de forma complementaria<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Sobre las originarias Directivas 75/129/CEE y 77/187/CEE, *vid.* GÓMEZ GORDILLO R: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, págs. 44 y ss. y bibliografía allí citada.

<sup>63</sup> ARRIGO G: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea», *RMTAS* núm. 52, pág. 7.

<sup>64</sup> ARRIGO G: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea», *op. cit.*, pág. 8.

<sup>65</sup> VALDÉS DAL-RE F.: «El establecimiento de los derechos de implicación ...», *op. cit.*, pág. 9.



Cabría plantearse otros mecanismos de implicación, no en vano el art. 2.i LITSE plantea una definición finalista y abierta<sup>66</sup>, pero la participación acordada de los trabajadores, a efectos de aplicación de la LITSE, debe sustanciarse mediante la elección de alguno de los mecanismos de selección de miembros del consejo de administración o control establecidos en el art. 2.i de la propia norma y la determinación del número de miembros a los que afecta dicha forma de selección, con respecto al conjunto del órgano. Con respecto a la condición de miembro del órgano de administración o control en representación de los trabajadores, la referencia a la fijación convencional de sus derechos abre la puerta a especular sobre si es posible que los miembros de tales órganos, más allá de lo relativo a la forma de selección, se vean sometidos a un régimen de derechos y obligaciones diverso en atención a su origen. Al respecto, conviene tener en cuenta que el Reglamento SE establece un estatuto único, al menos en lo que se refiere a la información disponible (arts. 41.5 y 44.2), la máxima duración del cargo (art. 46.1), las incompatibilidades (art. 47.2), el deber de confidencialidad (art. 49) y la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones inherentes a sus funciones (art. 51). En ausencia de disposición legal expresa, cuesta trabajo admitir que puedan limitarse derechos tan relevantes como los de voto por acuerdo de las partes, como en alguna ocasión se ha sugerido, convirtiendo a los representantes de los trabajadores en dichos órganos en meros observadores, versión realmente limitada del derecho de participación<sup>67</sup>.

Con ello, las opciones de los negociadores se limitan a la determinación del número de miembros de extracción social frente al conjunto de los componentes del órgano, y a la forma en que la representación de los trabajadores interviene en la determinación de los miembros de los órganos de administración y control. En el primer caso, tratándose de órganos que deben adoptar sus decisiones por mayoría de sus miembros, resulta obvio reiterar la relevancia especial que adquiere la determinación del número de representantes sociales, aspecto que ha de concentrar encendidos debates en el seno de la comisión negociadora. En esta materia, conviene recordar cómo el Reglamento SE previene contra la posibilidad de predominio de los representantes de los trabajadores en dichos órganos, estableciendo un límite

<sup>66</sup> Hasta el punto que considera incluido dentro del concepto «cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa»

<sup>67</sup> En contra, CASAS BAAMONDE ME: «La implicación de los trabajadores en la...», *op. cit.*, pág. 414; las dudas interpretativas afectan también al Grupo de Expertos que en esta materia no pudo alcanzar una conclusión unánime, *vid.* «Informe Final del Grupo de Expertos SE», *op. cit.*, págs. 65 a 69.

máximo<sup>68</sup>, la composición paritaria, que en su caso es compensado con el reconocimiento de un voto de calidad al presidente del mismo<sup>69</sup>. En el segundo caso, aunque a primera vista, pudiera pensarse que las diferentes opciones ofrecidas por la norma ponen en manos de los representantes de los trabajadores facultades de similar intensidad, desde nuestro punto de vista no cabe equipararlas, pues la facultad de elegir resulta señaladamente más relevante que la de recomendar o la de oponerse a la designación. Si tenemos en cuenta que el derecho de participación se define como la influencia de los representantes de los trabajadores mediante estos instrumentos, parece claro que con carácter general el grado de influencia derivado de la facultad de elegir, entendiéndose que ésta implica también la facultad de cesar, a un determinado número de representantes es superior a la alternativa ofrecida por la norma. La facultad de oposición, incluso en el supuesto que se haga extensiva al conjunto de los miembros del órgano de administración y control, ofrece importantes limitaciones, pues el derecho de veto a la designación de determinadas personas, con ser importante, ofrece menores posibilidades de influir en las decisiones de dichos órganos. De la misma forma, la facultad de recomendar, si no va acompañada de la obligación de los órganos correspondientes de aceptar dicha recomendación, no puede equipararse a la posibilidad de elegir o designar, que no precisa la aceptación de los órganos societarios.

## 6. INFORMACIÓN Y LA CONSULTA COMO MODELO ESTÁNDAR DE IMPLICACIÓN

Si en la Directiva CEU las normas subsidiarias asumen un protagonismo especial, como virtuales normas de mínimos que establecen un modelo estándar de órgano de información y consulta que ha servido de guía a los negociadores, las disposiciones de referencia contenidas en la Directiva SE desempeñan un papel similar, aunque en este caso su aplicación resulta par-

<sup>68</sup> CASAS BAAMONDE ME: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, pág. 414.

<sup>69</sup> El art. 42 Reglamento SE establece: «El órgano de control elegirá de entre sus miembros un presidente. En caso de que la mitad de los miembros hayan sido designados por los trabajadores, únicamente podrá ser elegido como presidente un miembro designado por la junta general de accionistas»; en el mismo sentido se pronuncia el art. 45 con respecto al órgano de administración; por su parte, aplicable a ambos sistemas, el art. 50.2 establece: «A falta de disposición estatutaria al respecto, el presidente de cada órgano tendrá voto de calidad en caso de empate. No obstante, no podrá existir ninguna disposición estatutaria en sentido contrario cuando la mitad del órgano de control esté compuesta por representantes de los trabajadores».



ticularmente condicionada por la aplicación del principio antes-después. Conviene por ello profundizar en la transposición de las disposiciones contenidas en el Anexo de la Directiva para conocer los requisitos de aplicación en España del modelo estándar de información, consulta y participación prefigurado en la LITSE. En primer lugar, como corresponde a su naturaleza de disposiciones subsidiarias, la aplicación del modelo legal se produce de manera excepcional, únicamente cuando se materialice alguna de las circunstancias previstas en el art. 14 LITSE. En concreto, por acuerdo expreso de las partes (letra a del art. 14.1 LITSE) o por cumplimiento del plazo máximo de negociación establecido sin que hubiera sido posible alcanzar un acuerdo (letra b del art. 14.1 LITSE)<sup>70</sup>. Desde nuestro punto de vista, la mención expresa a la vía del acuerdo de aplicación de las disposiciones subsidiarias tiene carácter declarativo, pues sin tan expreso llamamiento nada impediría a los negociadores la remisión, en parte o en todo, a las disposiciones de referencia a la hora de fijar las condiciones de implicación de los trabajadores en la SE. Por consiguiente, en puridad, la aplicación imperativa de las normas de referencia únicamente se produce por el cumplimiento del plazo de negociación, es decir, en supuestos de fracaso de la vía convencional. Pero con ello no finalizan las dificultades interpretativas del contenido del art. 14.1 LITSE, la aplicación efectiva de las disposiciones subsidiarias por la vía abierta por la letra b) de dicho precepto nuevamente queda condicionada, de manera que el cumplimiento del plazo de negociación debe ir acompañado de dos nuevos requisitos, ahora no alternativos sino acumulativos, a saber: que la comisión negociadora no haya adoptado un acuerdo de renuncia y que los órganos competentes de las sociedades participantes decidan continuar con el proceso de constitución de la SE. En el primer caso, se trata de una previsión lógica pero redundante, pues la inaplicabilidad de las disposiciones de referencia en tales supuestos está previa y expresamente prevista en el art. 8.3 LITSE, cuando regula los acuerdos de renuncia. En el segundo caso, se trata de una previsión de singular importancia, pues determina la reversibilidad del proceso de constitución de la SE cuando los órganos competentes las sociedades participantes se resistan a la aplicación imperativa de las normas de referencia<sup>71</sup>. El precepto parece exigir acuerdos expresos sobre la aceptación de la aplicación de las disposiciones subsidiarias en el seno de cada una de las sociedades partici-

<sup>70</sup> El art. 10 LITSE establece un plazo de seis meses, con la posibilidad de acordar una prórroga de otros seis, a contar desde la fecha en que se dan las condiciones objetivas para que la comisión negociadora hubiera podido quedar válidamente constituida.

<sup>71</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: «El modelo legal de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, pág. 3.

pantes, interpretación que resulta excesivamente rigorista si tenemos en cuenta que el proceso de registro de la SE ofrece oportunidades suficientes para que las sociedades que así lo deseen muestren su oposición, motivo por el cual podría entenderse que la mera continuidad del proceso finalizado el plazo de negociación permitiría observar la existencia de un acuerdo tácito de los órganos competentes de las sociedades participantes. Por otra parte, cuesta crear que el interés de los órganos sociales por constituir una SE pueda quedar afectado seriamente por la aplicación de un modelo legal de participación que, según estamos viendo, no parece excesivamente revolucionario.

Pues bien, finalizado el periodo establecido legalmente, y en su caso, el periodo suplementario acordado, la aplicación de las normas de referencia discurre por diversos canales, atendiendo a la forma de constitución de la SE (transformación, fusión o holding), a las tradiciones participativas practicadas en las sociedades originarias y a la extensión de dichas prácticas, en aplicación de lo previsto en el art. 14.2 LITSE. Al respecto, debe tenerse en cuenta que si en ninguna de las sociedades afectadas se aplicasen con anterioridad a la inscripción de la SE sistemas de participación, la obligación de establecer sistemas de implicación se reduce a las disposiciones relativas a la información y la consulta (art. 15 ss LITSE), pues no existiendo derechos de participación adquiridos que conservar, el principio antes-después no resulta aplicable (art. 14.3 LITSE). Por tanto, para la aplicación imperativa de las normas de referencia sobre participación (art. 20 LITSE) es condición necesaria la preexistencia de mecanismos de participación en las sociedades afectadas por el proceso de creación de la nueva SE, aunque como a continuación veremos, el concepto preexistencia posee una valoración diversa atendiendo a la forma de constitución de la SE; en caso de que conforme a la regulación legal esa preexistencia no se verifique o no sea de entidad suficiente, el modelo legal de implicación de los trabajadores contiene únicamente derechos de información y consulta. Intentaremos esclarecer tan compleja regulación analizando individualizadamente las diversas posibilidades abiertas por el art. 14.2 LITSE.

En el caso de constitución por transformación, el art. 14.2.a) LITSE diferencia dos supuestos: que en alguna de las sociedades participantes en el proceso de transformación se aplicara con anterioridad a la inscripción de la SE un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control; que en ninguna de las sociedades participantes en el proceso de transformación se aplicara con anterioridad a la inscripción de la SE un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control. En el primer caso, finalizado el proceso de negociación sin acuerdo, «todos los elementos de la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control aplicados antes de la

inscripción de la SE continuarán siendo de aplicación en ella» (art. 20.1.a LITSE); es decir, la participación en los órganos de la SE será similar a la que venía desarrollándose en la sociedad transformada. Dicho de otra manera, el proceso de negociación nace con la garantía de que la transformación de la sociedad no se producirá en perjuicio de los derechos de participación preexistentes; en la práctica, la normativa comunitaria establece exclusivamente la posibilidad de mejora convencional, no en vano, el art. 11.2 LITSE prohíbe de manera expresa la adopción de acuerdos de reducción en las SE constituidas por transformación. En el segundo caso, las previsiones del art. 20 LITSE no serían directamente aplicables en defecto de acuerdo, no quedando la SE obligada a establecer sistema de participación mediante la inclusión de representantes de los trabajadores en los órganos de administración o control (art. 14.3 LITSE); pero también en este caso conviene tener presente la obligación prevista en el art. 15 LITSE, que impone la creación de un órgano de representación de los trabajadores, que como más tarde se verá posee perfiles muy similares al Comité de Empresa Europeo previsto en la LIC. La ausencia de imperatividad en la aplicación de las disposiciones subsidiarias contenidas en el art. 20 LITSE no libera a las SE del cumplimiento de sus obligaciones en materia de información y consulta, pues la obligación de crear el órgano de representación de los trabajadores previsto en el art. 15 y 16 LITSE se mantiene para el conjunto de las empresas, las que cumplan los requisitos previstos en el art. 14.3 y las que no los superen. Ciertamente es que la redacción del art. 15.1 LITSE no resulta especialmente afortunada al fijar su ámbito de aplicación a los «casos previstos en el artículo anterior», pues en dicho precepto se hace referencia a todo tipo de supuestos. Pero no es menos cierto que la Directiva SE únicamente vincula al cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 7.2 las disposiciones previstas en la Parte 3 del anexo, es decir, las «disposiciones de referencia para la Participación», pero en ningún caso hace referencia a las disposiciones de referencia contenidas en la Parte 1 y 2, las referidas al órgano de representación de los trabajadores y a los derechos de información y consulta que deben satisfacerse en dicho ámbito. En paralelo, no cabe interpretar otra cosa que, en defecto de acuerdo, tanto en caso de verificarse las condiciones previstas en el art. 14.2 LITSE como en el caso contrario, las SE domiciliadas en España deben constituir el órgano de representación de los trabajadores previsto en el art. 15, con la composición y competencias previstas en los arts. 16 y ss LITSE. La única forma de evitar la constitución de dicho órgano de representación de los trabajadores es, como hemos visto, la adopción del acuerdo previsto en el art. 8.2 LITSE, que la norma denomina acuerdo de sometimiento a las normas de información y consulta vigentes en los Estados miembros, y que hemos denominado acuerdos de renuncia.



En el caso de que la SE se constituya mediante un proceso de fusión, nuevamente debe comprobarse si con anterioridad a la inscripción de la SE en alguna de las sociedades participantes se hubiese establecido un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o control, aunque a diferencia del caso anterior, ahora los efectos se hacen depender de la extensión de dicha práctica, combinando el criterio cualitativo con un criterio cuantitativo: si dicho sistema afecta, al menos, al 25 por ciento de los trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes, los trabajadores de la SE o sus órganos de representación tendrán «derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes antes de la inscripción de la SE en las sociedades participantes» art. 20.1.b) LITSE; por el contrario, si dicho sistema afectase a un número de trabajadores inferior al 25 por ciento del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes el legislador deja en manos de la comisión negociadora la posibilidad de renunciar a la aplicación de las disposiciones de referencia en materia de participación, pues la aplicación del art. 20 LITSE se condiciona a la existencia de un acuerdo al respecto en el seno de la comisión negociadora. En esta ocasión, la posibilidad de renuncia a los derechos de participación se producirá por ausencia de acuerdo, es decir, por la imposibilidad de hacer coincidir la voluntad de la mayoría absoluta de los miembros de la comisión negociadora requerida en el art. 9.1 LITSE. Pero debe recordarse que la ausencia de acuerdo no afecta a las disposiciones de referencia en materia de información y consulta, que en ambos casos deben aplicarse de manera imperativa. Por último, si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por uno de tales sistemas de participación antes de la inscripción de la SE, se aplicarán las normas de referencia en materia de información y consulta, no siendo aplicables las disposiciones de referencia sobre participación previstas en el art. 20 LITSE.

En el caso de que la SE se constituya mediante la creación de una sociedad «holding» o de una filial común, el porcentaje de trabajadores afectados por las prácticas participativas preexistentes se duplica; de esta manera las normas de referencia sobre participación se aplicarán imperativamente cuando en alguna de las sociedades participantes se aplicase un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control que afectase al menos al 50 por ciento de los trabajadores empleados en el conjunto de éstas; por el contrario, si dicho sistema afectase a un número de trabajadores inferior al 50 por ciento de los trabajadores el legislador deja en manos de la comisión negociadora la posibilidad de renunciar a la aplicación de las disposiciones de referencia en materia de participación, pues la aplicación del art. 20 LITSE se condiciona a la existencia de una

acuerdo al respecto en el seno de la comisión negociadora. Como en el párrafo anterior, la ausencia de acuerdo no afecta a las disposiciones de referencia en materia de información y consulta, que en ambos casos deben aplicarse de manera imperativa. Finalmente, si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por uno de tales sistemas de participación antes de la inscripción de la SE, se aplicarán las normas de referencia en materia de información y consulta, no siendo aplicables las disposiciones de referencia sobre participación previstas en el art. 20 LITSE.

Para finalizar el análisis aplicativo del art. 20 LITSE, conviene tener en cuenta las aclaraciones realizadas por el art. 15.3 de la propia norma. Debe comenzarse situando el ámbito de aplicación de dicho apartado, entendiendo que la referencia realizada al apartado 2 del art. 15 LITSE, debe entenderse en el sentido de que el apartado 3 es aplicable en los supuestos de aplicación imperativa del art. 20 LITSE, si bien el primer y segundo párrafos son aplicables al conjunto de las formas de constitución de la SE, mientras que el resto de párrafos son aplicables únicamente a las SE constituidas por fusión o holding, no siendo aplicables en supuestos de constitución por transformación. El primer párrafo hace referencia al origen de los sistemas de participación preexistentes a tener en cuenta que, como más arriba ya se ha dicho, han de ser todos los que pueden incluirse en el concepto definido en la letra l) del art. 2 LITSE, independientemente de su origen legal o convencional. El segundo párrafo hace referencia al supuesto de que ninguna de las sociedades participantes estuviera afectada por sistemas de participación antes de la inscripción de la SE; en tales supuestos, el art. 20 LITSE no resulta aplicable como ya hemos visto anteriormente. Pero son los párrafos tercero y cuarto los que revisten mayor interés analítico en este momento. En supuestos de constitución por fusión o holding puede suceder que en el seno de las diferentes sociedades participantes en dicho proceso hubiesen existido diferentes sistemas de participación de los trabajadores, en tales casos corresponde a la comisión negociadora pronunciarse sobre «cuál de dichos sistemas deberá aplicarse en la SE». La posibilidad de decisión de la comisión negociadora queda limitada en el tiempo, pues llegado el momento de la inscripción de la SE, si la comisión negociadora no hubiese informado al órgano competente de las sociedades participantes del acuerdo adoptado su seno, se aplicará a la SE el sistema de participación preexistente de mayor extensión, es decir el que hubiera afectado a un número mayor trabajadores. En este punto cabe advertir de cierta falta de rigor sistemático, pues el art. 20.1.b) LITSE prevé similar efecto, aunque su consecución parece producirse de manera automática, pues en el mismo no se hace referencia alguna a la posibilidad de acuerdo de la comisión negociadora.

## 7. LA ELUSIÓN DEL MODELO LEGAL POR ACUERDO DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA Y EL SUPUESTO ESPECIAL DE LAS EMPRESAS Y GRUPOS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

Aunque la constitución de la comisión negociadora responde al objetivo de negociar con los órganos competentes de las sociedades participantes el contenido de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, dos tercios de sus miembros pueden acordar también el vaciamiento de contenido de dichos derechos (art. 8.2 LITSE) o, dicho de otra manera, la renuncia a los derechos de implicación cuya implantación motiva la aprobación de la Ley (art. 1.1 LITSE). Se trata de la manifestación más clara del principio de subsidiariedad en su vertiente horizontal, la más incisiva apuesta por la autonomía colectiva, que como efecto indirecto imposibilita denominar el modelo legal previsto en las disposiciones de referencia en la LITSE como derechos mínimos<sup>72</sup>, pues por decisión unilateral de la comisión negociadora pueden ser lícitamente inaplicados. Desde un punto de vista técnico jurídico, se trata de reconocer a la comisión negociadora la facultad de renunciar unilateralmente al derecho/deber de negociar que motiva la aprobación de la LITSE, eludiendo además la aplicación de las normas de referencia que configuran el modelo legal de implicación de los trabajadores (art. 8.2 LITSE).

Este llamado acuerdo de la comisión negociadora de sometimiento, ha sido reconocida como una suerte de renacionalización del régimen de los derechos de información y consulta en el marco de la SE<sup>73</sup>, aunque en nuestra opinión se trata de un acuerdo de renuncia, pues en tales circunstancias el sometimiento de la comisión negociadora a las normas sobre información y consulta vigentes carece de efectos reales, no en vano la letra a) del apartado 3 de la disp. adic. primera limita los efectos de la LITSE, que en cumplimiento de dicho precepto no afecta a «los actuales derechos de implicación de los trabajadores distintos de los de participación en los órganos de la SE de que gocen los trabajadores de la SE y de sus centros de trabajo y empresas filiales de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales de los Estados miembros»; es decir a los derechos de información y consulta vigentes tras la correspondiente aprobación de las normas de transposición de la Directiva 2002/14<sup>74</sup>, cuyo objetivo es precisamente establecer un marco general para el ejercicio de los derechos de información y consulta por los trabajadores en el conjunto del territorio comunitario. Por ello, la decisión unilateral de la comisión negociadora no tiene más

<sup>72</sup> CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 382.

<sup>73</sup> VALDÉS DAL-RÉ F.: «El modelo legal de implicación ...», *op. cit.*, pág. 3.

<sup>74</sup> DOCE 23 de marzo de 2002.



efectos que la de renunciar la posibilidad de acordar derechos de implicación de ámbito transnacional y, en su caso, a la aplicación de las disposiciones de referencia, lo que supone en nuestra opinión una renuncia de derechos colectivos que por su naturaleza extraterritorial no pueden ser sustituidos por la aplicación de disposiciones nacionales de información y consulta, de cualquier forma aplicables a los centros de trabajo y a las empresas filiales de la SE. En nuestro caso, la posibilidad de renuncia unilateral no condiciona la aplicación de las normas sobre información y consulta previstas en el ET a los centros de trabajo o empresas filiales de la SE ubicadas en nuestro país; sin embargo, la renuncia unilateral impediría la aplicación de las normas de referencias que regulan la actividad del órgano de representación previsto en los arts 15 y ss LITSE.

Buscando un sentido a la utilización del término sometimiento, podría interpretarse que la mención expresa realizada por el art. 8.2 LITSE tiene por objeto elevar el ámbito de la información y la consulta al conjunto de la SE, pues como más arriba se ha dicho la solitaria aplicación de las regulaciones de los Estados miembros, únicamente permitiría el ejercicio de derechos de información y consulta respecto a las empresas y centros de trabajo ubicados en España. Parece que dicha interpretación resulta falta de rigor por excesiva, el acuerdo previsto en el art. 8.2 LITSE precisamente tiene como objetivo central la renuncia a elevar el ámbito de la información y la consulta al máximo nivel societario, al conjunto de la SE; por ello las mayorías para su válida adopción resultan tan exigentes, «dos tercios de los miembros de la comisión negociadora, que representen a su vez, al menos, a dos tercios de los trabajadores e incluyan los votos de miembros que representen a trabajadores de, al menos, dos Estados miembros» (párrafo segundo art. 8.2 LITSE), y por ello la norma los prohíbe en supuestos de constitución de una SE mediante transformación «cuando en la sociedad que va a transformarse se aplique un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control» (art. 8.2 *in fine*). Por último, la renuncia de derechos tiene carácter temporal, pues la comisión negociadora puede ser nuevamente convocada dos años más tarde, siempre y «cuando así lo soliciten por escrito un 10 por ciento, como mínimo, de los trabajadores de la SE y de sus filiales y centros de trabajo afectados, o de sus representantes» (art. 8.3 LITSE). Pero es en este punto donde se produce una de las mayores incongruencias normativas, pues podría suponerse que reiniciado el proceso de constitución de la comisión negociadora, el proceso de negociación podría igualmente darse por terminado con un nuevo acuerdo de renuncia, cuya válida adopción exigiría la triple mayoría anteriormente señalada; caso contrario, finalizado el proceso de negociación se abriría la posibilidad de aplicación imperativa de las disposiciones de referencia. Sorprendentemente, los efectos de la decisión unilateral antevista van

más allá de los comentados, la negativa a iniciar las negociaciones o finalizar las ya iniciadas (art. 8.2 LITSE) renunciando a la aplicación de las disposiciones de referencia (art. 8.3 LITSE), ya que en el mismo acto la comisión negociadora renuncia a la facultad de imponer la aplicación de las disposiciones de referencia en caso de finalización sin acuerdo de un futuro proceso de negociación, pues en tal caso, la aplicación de dichas previsiones requiere ya el acuerdo de los órganos societarios, sin cuyo concurso «seguirán sin ser de aplicación las disposiciones subsidiarias previstas en el capítulo II» (art. 8.3. *in fine* LITSE). Dicho lo anterior, cabe afirmar que la decisión unilateral de renuncia tiene carácter irreversible, pues sus efectos se despliegan de manera indefinida, al menos en lo que respecta a la inaplicación del modelo legal de implicación de los trabajadores. La conclusión precedente pone de manifiesto la posibilidad de transmisión de determinadas facultades normativas; si en un primer momento el legislador pone en manos de la comisión negociadora la posibilidad de aplicación del modelo legal, adoptada válidamente la decisión unilateral prevista en el art. 8.2 LITSE la posibilidad de aplicación del modelo legal queda en manos del acuerdo entre la comisión negociadora y los órganos correspondientes de la SE.

A favor de la opción legislativa cabe argumentar que si la constitución de la SE se ha realizado sobre la base de la inexistencia de derechos de información y consulta de carácter transnacional, un hipotético cambio de opinión de los miembros de la comisión negociadora no ha de producir efectos directos sin el concurso de los órganos sociales. A pesar de lo dicho, no se termina de alcanzar cómo una operación mercantil de importancia tan relevante puede verse condicionada por la imposición de derechos de información y consulta de limitada incidencia en los intereses empresariales, pues ya hemos visto que la imposición de derechos de participación requiere un mayor número de condicionantes. Por el contrario, que la decisión de la comisión negociadora condicione indefinidamente la aplicación de las disposiciones de referencia sobre información y consulta, incluso contra la voluntad de las comisiones negociadoras futuras parece una consecuencia excesiva, particularmente cuando estamos ante una previsión de carácter excepcional.

Pero la dificultad aplicativa del modelo legal se incrementa cuando la decisión unilateral de renuncia, según las hemos denominado más arriba, se produce en el proceso de constitución de una SE que, a su vez, puede ser considerada una empresa de dimensión comunitaria o una empresa que ejerce el control dentro de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, según son definidas en las normas de transposición de la Directiva CEU, en nuestro ordenamiento en el art. 3.1 LIC. Cuando una sociedad domiciliada en España, por sus características morfológicas y sus dimensiones, queda bajo el ámbito de aplicación de la normativa reguladora de las empresas y grupos de dimensión comunitaria y de las sociedades europeas, el apartado 1

de la disp. adic. 1.<sup>a</sup> LITSE dispone la preferencia aplicativa del régimen jurídico previsto para las SE. En otras palabras, cuando una SE cumpla los requisitos para ser considerada empresa o grupo de dimensión comunitaria, cabría la aplicación de ambas normas, pero en la medida en que LITSE y LIC tienen como objetivo común el establecimiento de derechos de información y consulta a los trabajadores a nivel comunitario, ningún sentido tiene la aplicación concurrente de ambas, que de permitirse provocaría una duplicidad de órganos de representación con similares funciones. Dado por sentido lo anterior, el legislador debe establecer un criterio de aplicación preferente, como regla general la norma opta por la aplicación de las disposiciones de implicación previstas en la LITSE porque en ella se establecen derechos de participación no previstos en la LIC. La LITSE, norma posterior y más compleja, permite la adopción de acuerdos de participación en los órganos societarios, que junto a los de información y consulta han de servir para completar los instrumentos de implicación de los trabajadores en la SE. Por ello, se excluye la aplicación de la LIC a las SE domiciliadas en España que por su forma y dimensiones se encuentren bajo el ámbito de aplicación de esta norma.

Pero también esta regla general admite excepciones, porque en caso de que en las especiales SE señaladas en el párrafo anterior se adopte un acuerdo de renuncia, la LIC recobra impulso aplicativo, siendo ésta la norma aplicable de manera excepcional, en una nueva manifestación aplicativa de la remisión general prevista en el art. 8.2 LITSE, según el cual deben aplicarse las disposiciones de información y consulta previstas en la normativa nacional, entre la que debemos incluir, en su caso, las normas de transposición de la Directiva CEU. A la misma conclusión, puede llegarse por aplicación de la letra a) del apartado 3 de la disp. adic. primera LITSE, respecto de los derechos de información y consulta ya consolidados en empresas y grupos de dimensión comunitaria que participen en un proceso de constitución de una SE; en este caso, deben mantenerse los «actuales derechos de implicación de los trabajadores distintos de los de participación en los órganos de la SE de que gozan los trabajadores de la SE y de sus centros de trabajo y empresas filiales de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales de los Estados miembros». En otras palabras, el acuerdo de renuncia afecta al desarrollo del proceso de negociación y a la aplicación de las normas subsidiarias previstas en la LITSE, pero no al proceso de negociación y a las normas subsidiarias previstos en la LIC, pues la adopción de dicha decisión deja sin efecto la preferencia aplicativa a favor de la LITSE prevista en el apartado 1 de la disp. adic. primera de esta última. La adopción del acuerdo de renuncia abre la puerta a la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento alternativo de información y consulta, por acuerdo de las partes (arts. 6 a 14 LIC) o por aplicación de las

normas subsidiarias (arts. 15 a 19 LIC). Como excepción a la regla general limitativa, en el supuesto descrito la LIC resulta expresamente aplicable, aunque a falta de mayores precisiones no resulten igualmente nítidos los efectos concretos de dicha afirmación. En concreto, cabe preguntarse si el acuerdo de renuncia implica la aplicación de la LIC *in toto*, es decir, permite iniciar el procedimiento de negociación para la constitución de un comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento de información y consulta, mediante el mecanismo previsto en el art. 7 LIC; o si, por el contrario, la remisión prevista en la disp. adic. primera LITSE se refiere únicamente a las disposiciones subsidiarias previstas en los arts. 15 y ss. LIC, que permite la constitución de un comité de empresa europeo sin necesidad de iniciar un nuevo proceso negociador.

A favor de la primera interpretación obra la redacción literal del precepto, que es similar al incluido en el art. 13.1 Directiva SE. La remisión legal, a pesar de realizarse en sentido negativo, es al conjunto de la normativa aplicable a las empresas y grupos de dimensión comunitaria, sin precisiones de ningún tipo. En segundo lugar, el art. 8.3 LITSE impide la aplicación de las normas previstas en el capítulo II del título I de la propia norma, las llamadas subsidiarias, en su conjunto tras la conclusión de los acuerdos previstos en el art. 8.2 LITSE. En el mismo sentido, el art. 14.1.b.1) LITSE impide la aplicación de las normas subsidiarias tras la conclusión de los anteriores acuerdos. Ahora bien, en ambos casos se hace referencia a la no aplicabilidad de las normas subsidiarias contenidas en la LITSE, pero no se hace referencia a las normas subsidiarias previstas en la LIC. En cualquier caso, el problema interpretativo se produce cuando nos planteamos las virtualidades aplicativas de esta primera tesis, pues desde todo punto de vista si los negociadores han decidido no iniciar las negociaciones y dar por finalizada las iniciadas, poco probable parece que tengan intención de iniciar unas nuevas negociaciones para las que es preciso constituir, conforme a la nueva norma aplicable, una nueva comisión negociadora con la posibilidad más que cierta de que su composición sea diversa a la de la precedente. Cierto es que en esta ocasión no queda pendiente la constitución de la propia SE, pues parece claro que tal posibilidad puede materializarse con la conclusión del acuerdo previsto en el art. 8.2 LITSE, independientemente de que se haya concluido o no cualquiera de los acuerdos previstos en la LIC, por lo que el incentivo para los representantes empresariales resulta aun inferior. Pero no es menos cierto, que dicha premisa deja expedito el camino para la conclusión de un nuevo acuerdo de renuncia, ahora en aplicación de los dispuesto en el art. 10.2 LIC, para cuya válida celebración es condición *sine qua non* la constitución de una nueva comisión negociadora, ahora según las reglas establecidas en el art. 9 LIC, y el voto favorable de dos tercios de sus miembros. Realmente la duplicidad de procesos negociadores

se muestra como un mecanismo extremadamente complejo para finalizar acordando la elusión de los derechos de información y consulta previstos en dos normas comunitarias, por más que dicho efecto pueda ser respetuoso con la autonomía colectiva. Igualmente respetuoso con la libertad de los negociadores hubiera sido reconocer a las decisiones unilaterales previstas en el art. 8.2 LITSE la facultad de renunciar a ambos procesos negociadores, hipótesis que con la actual redacción de la norma no puede defenderse, pero que en nuestra opinión hubiera sido más razonable.

Dicho lo anterior, resulta obvia la inutilidad de recurrir a la letra de la Ley para localizar argumentos favorables a la segunda de las hipótesis de partida. Por ello, debemos hacer nuevamente uso de recursos aplicativos para defender dicha posibilidad, para lo cual recurriremos a elementos interpretativos de carácter sistemático. Partimos de un hecho que consideramos incontestable, como es que la intención del legislador comunitario no es reducir los derechos de información y consulta en las SE con forma de empresa o grupo de dimensión comunitaria frente al resto de las SE. El apartado 1 de la disp. adic. primera LITSE tiene precisamente como objetivo reforzar las garantías en las primeras frente a las ofrecidas a las segundas, con el objetivo de impedir que la aplicación de las normas relativas a las SE, perjudique la eficacia de derechos de información y consulta reconocidos con anterioridad en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, en una manifestación más del principio antes después. No en vano, tanto la letra a del art. 13.3 Directiva SE, como el apartado 3.a) de la disp. adic. primera LITSE, apuestan por el mantenimiento de los vigentes derechos de implicación de los trabajadores, distintos a la participación en los órganos societarios, previstos en los Estados miembros por la legislación y/o prácticas nacionales. En otras palabras, las normas de transposición de la Directiva SE no deben afectar a los derechos de información y consulta de que gocen los trabajadores de la SE, independientemente de su origen, entre los que no hay duda que deben incluirse los introducidos por las normas de transposición de la Directiva CEU. A mayor abundamiento, el art. 11 Directiva SE y 26 LITSE advierten sobre la posibilidad de uso indebido de la normativa sobre la SE, que el propio precepto define como la constitución de ésta con el objetivo de eliminar o hacer ineficaces los derechos de implicación ostentados por los trabajadores; la represión de dichas prácticas corre a cargo de los Estados miembros.

Pero los anteriores argumentos únicamente pueden ser eficaces respecto a derechos disfrutados con anterioridad, es decir derechos de implicación disfrutados por los trabajadores de empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria con carácter previo a la inscripción; por el contrario, en empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria cuya materialización depende de la propia constitución de la SE no podrá invocarse la apli-



cación del principio de protección de los derechos adquiridos, en la medida en que el nacimiento de tales derechos depende del propio nacimiento de la SE. De esta manera, parece claro que la hipótesis interpretativa más correcta es la que defiende, tras la adopción de un acuerdo de renuncia en los términos establecidos en el art. 8.2 LITSE en una SE con forma de empresa o grupo de empresa de dimensión comunitaria, los derechos preexistentes de implicación deben mantenerse en sus mismos términos, sin perjuicio de lo cual, cuando la nueva entidad configure una nueva empresa o grupo de dimensión comunitaria podrá iniciarse un nuevo proceso de negociación para la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento alternativo de información y consulta, en aplicación de lo dispuesto en la LIC, sin que su desarrollo pueda afectar al proceso de inscripción de la SE. Como se ha dicho más arriba, hubiera sido posible adoptar soluciones de menor complejidad e igualmente garantistas; sin embargo, siendo ésta la decisión del legislador, no cabe forzar los argumentos interpretativos en busca de soluciones más adecuadas a las necesidades de los protagonistas de las relaciones laborales.

## 8. EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN PARA LA FIJACIÓN DE LOS DERECHOS DE IMPLICACIÓN EN LA SE

La determinación de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, como la de los derechos de información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, debe realizarse en primer término por vía convencional, pues la adopción del modelo legal tiene carácter subsidiario. En ambos casos, la apuesta por el poder normativo autónomo es clara, por lo que las disposiciones que deben garantizar el adecuado desarrollo del proceso de negociación cobran un protagonismo central. No ajeno a dicha circunstancia es el hecho de que tales normas manifiesten un alto grado de similitud en la ordenación de los aspectos ligados a la citada materia<sup>75</sup>. En este terreno, tanto las disposiciones comunitarias como las normas de transposición mantienen una gran identidad, por lo que en este trabajo únicamente nos limitaremos a realizar las referencias mínimas, destacando eso sí los aspectos que aporten alguna novedad, remitiéndonos en lo demás a trabajos ya publicadas<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> CASAS BAAMONDE ME: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 387.

<sup>76</sup> Con relación al procedimiento de negociación previsto en la Directiva SE, CASAS BAAMONDE, ME: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, págs. 386 y ss; con respecto al procedimiento de negociación previsto en la LIC, GÓMEZ GORDILLO, R.: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, págs. 213 y ss.



### 8.1. Composición y constitución de la comisión negociadora

Frente a la diversidad de alternativas para la puesta en funcionamiento del procedimiento de negociación establecido en la LIC (art. 7), solicitud de los trabajadores o decisión de la dirección central, el art. 5 LITSE prevé únicamente la puesta en marcha del proceso de negociación a iniciativa de «los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes». La opción legal en esta ocasión está directamente relacionada con la imposibilidad de registrar la SE sin que haya finalizado el proceso de negociación. La representación empresarial, por tanto, deberá realizar «las gestiones necesarias para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados»; es decir, deben ponerse en contacto con el conjunto de los representantes de los trabajadores afectados por el proceso de constitución de la SE, sin exclusiones, para informarles tanto de decisión de acometer dicho proceso, como de una serie de informaciones instrumentales al objeto de poner en marcha el proceso de negociación para ajustar los derechos de implicación de los trabajadores a las especiales características de cada SE. Estas informaciones previas, instrumentales pero de vital importancia para el desarrollo adecuado del proceso<sup>77</sup>, configuran la fase preparatoria del proceso de negociación que en algunas ocasiones, especialmente cuando la SE haya sido constituida mediante la agrupación de varias empresas, cobra especial interés para la representación de los trabajadores. Téngase en cuenta que en ocasiones, se trata de poner en contacto a representaciones de los trabajadores de distintas tradiciones normativas, para que formen parte de una misma comisión que deben negociar con la representación de una SE, en fase de constitución, los derechos de implicación de los representantes de los trabajadores en dicha sociedad. No resulta difícil imaginar las dificultades de acordar una estrategia negociadora común entre representantes que carecen de experiencias negociadoras compartidas, a cuyo objeto será fundamental el apoyo de las grandes organizaciones sindicales internacionales y nacionales, sin cuyo concurso las posibilidades de las representaciones de los trabajadores de alcanzar un acuerdo beneficioso se reducen en gran medida.

La exactitud y la rapidez con que se produzca el trámite informativo puede condicionar el efecto útil de la normativa, por lo que la representación empresarial debe garantizar que ésta, en tiempo y forma, llega al conjunto de los representantes de los trabajadores de los centros afectados, en esta ocasión acreedores del derecho de información establecido en el art. 4

<sup>77</sup> CASAS BAAMONDE ME: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 389.

LITSE y, por tanto, destinatarios de la comunicación de referencia. Por lo que respecta a los representantes de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en territorio español, el art. 28 LITSE identifica como tales a «las representaciones sindicales, a los comités de empresa y a los delegados de personal», excluyendo a los comités intercentros y a los comités de empresas europeas. La información ha de permitir entablar con garantías las negociaciones, por ello el art. 5 LITSE se detiene a especificar su contenido. La comunicación a los representantes de los trabajadores debe referirse a la identidad de las sociedades participantes y de todos sus centros de trabajo y empresas filiales, lo que permite determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley, el número de trabajadores que prestan servicio en el conjunto de las empresas afectadas, lo que fija el ámbito subjetivo de aplicación de aquéllas, los sistemas de participación de los trabajadores en los órganos de administración o de control (con indicación de sus características, número de trabajadores afectados por dichos sistemas y porcentaje sobre el total de trabajadores), lo que sirve de referencia para la adecuada aplicación del principio antes después, y el domicilio social propuesto para la nueva SE, lo que permite determinar la legislación aplicable. En este sentido, conviene tener en cuenta que, por disposición expresa del art. 25.2 *in fine* LITSE, las sociedades participantes no pueden oponer la facultad de reserva de determinadas informaciones, para eludir el referido deber de comunicación de los datos sobre el volumen de empleo en la empresa. Las discrepancias que puedan surgir en la aplicación del art. 5 LITSE en las SE cuya constitución haya sido proyectada en España deben sustanciarse mediante el proceso de conflicto colectivo, según establece el art. 36.1 y 3 LITSE.

La imposibilidad de registrar la SE resulta incentivo suficiente para el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la representación empresarial en esta materia, por lo que entendemos que el plazo de cuarenta y cinco días establecido en el art. 5 LITSE posee una eficacia menor. La determinación del inicio del cómputo de este plazo, tiempo hábil para informar a las representaciones de los trabajadores, difiere en atención a la forma de constitución de la SE, de esta manera los días deben contarse: desde la fecha de publicación del proyecto de fusión, desde la fecha de publicación del proyecto de constitución de una sociedad holding, desde la fecha de adopción del proyecto de creación de una filial común o desde la fecha de adopción del proyecto de transformación de una SE.

Sobre la base de las informaciones facilitadas por los órganos competentes de las sociedades participantes, se procederá a la constitución de la comisión negociadora, siguiendo las normas previstas en el art. 7 LITSE, que pretenden asegurar la representatividad de la misma, respetando la proporcionalidad del número de trabajadores empleados en cada Estado miem-

bro y, en concreto, «a razón, en cada Estado miembro, de un puesto por cada 10 por ciento o fracción del total de trabajadores empleados en el conjunto de los Estados miembros», con lo que la comisión negociadora debe estar compuesta por un mínimo de diez miembros. A partir de aquí, y como en anteriores materias, la comisión negociadora tendrá una composición especial en el caso de que la SE se constituya por fusión. Conforme establece el art. 7.2 LITSE, deben incorporarse miembros adicionales, con el límite del 20 por ciento del número inicial, para garantizar la presencia de un representante de cada una de las sociedades que desaparecerán tras la inscripción de la SE, aunque si la aplicación de este criterio determina la superación de dicho límite, los puestos adicionales se atribuyen a sociedades de Estados diferentes por orden decreciente en atención al número de trabajadores empleados (art. 7.3 LITSE), descontando de dicho cálculo los trabajadores cuya representación se hubiera atribuido a representantes inicialmente designados o elegidos (art. 7.4 LITSE). El art. 7.5 LITSE prevé la modificación de la composición de la comisión negociadora, por finalización del mandato representativo nacional de alguno de sus miembros o cuando se produzca una modificación de la estructura de las sociedades participantes con repercusión en la composición de la comisión negociadora, aunque en ninguno de los dos supuestos la modificación opera de manera automática, sino a petición del 10 por ciento de los trabajadores, en el primer caso el porcentaje se refiere al total y se exige que pertenezcan a dos centros de trabajo situados en Estados miembros diferentes, en el segundo caso el porcentaje se refiere a los trabajadores de la empresa o centros de trabajo en representación de los cuales fue elegido o designado el representante afectado.

La aplicación de las reglas de composición de la comisión negociadora eleva el protagonismo de las normas de cálculo del número de trabajadores empleados en cada Estado miembro, en la medida en que pueden condicionar la composición de la comisión negociadora. A diferencia de la Directiva CEU, la Directiva SE no hace referencia a esta materia, circunstancia que puede ser origen de algunas dificultades aplicativas. Cierto es que la mayor atención prestada por la primera obedece al especial protagonismo que el volumen de empleo de la empresa o del grupo asume en la determinación de la dimensión comunitaria de éstas y aquellos, condicionando la propia aplicación de la normativa comunitaria, pero no es menos cierto que las reglas de cálculo sirven además para fijar la composición de las correspondientes comisiones negociadoras, para determinar el valor del voto de cada uno de sus miembros, para fijar la extensión de las prácticas de participación preexistentes o para determinar el número de trabajadores necesarios para decidir la reiniciación del proceso de negociación, por lo que alguna precisión al respecto entendemos que hubiera sido convenien-

te<sup>78</sup>. En ausencia de referencia normativa comunitaria, la LITSE realiza una regulación autónoma que tiene por objetivo fijar las reglas de cálculo aplicables extraterritorialmente, es decir, aplicables tanto a los centros de trabajo y empresas de SE domiciliadas en España, independientemente de su ubicación en nuestro país o en otro Estado miembro, excluyendo la aplicación de las disposiciones de cualquier otro Estado miembro en que la SE o las sociedades participantes cuenten con centros de trabajo o empresas filiales. Al menos, esta interpretación es la que puede desprenderse de la ubicación del art. 21 LITSE, incluido entre los que conforman el capítulo III del título I y, por tanto, «aplicable a las sociedades europeas domiciliadas en España» (art. 3 LITSE). Configurada la comisión negociadora conforme a los datos de empleo vigentes en el momento del inicio del procedimiento de negociación, su composición debe mantenerse hasta la finalización de éste, salvo que deba procederse a la modificación de dicha composición por la puesta en marcha del mecanismo revisorio previsto en el art. 7.5 LITSE.

Los miembros de la comisión negociadora serán elegidos o designados de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales (art. 6.1 LITSE), sin que sea exigible la condición de trabajador de las sociedades participantes (art. 7.1 LITSE). A pesar de ello, la designación de los representantes de los trabajadores de los centros de trabajo y empresas filiales de las SE situados en España, debe realizarse entre quienes formen parte de las representaciones sindicales, los comités de empresa y los delegados de personal, a quienes el art. 28 LITSE les reconoce la condición de representante de los trabajadores a tales efectos, de forma similar a lo previsto en el art. 26 LIC. La dificultad interpretativa es resuelta por el art. 29.2 LITSE, que diferencia entre miembros de la comisión negociadora y miembros del órgano de representación; en el primer caso, la designación debe recaer en un representante unitario o sindical, en este último supuesto, «miembro de una organización sindical más representativa en el nivel estatal o representativa en el ámbito de las sociedades participantes»; en el segundo caso, la designación ha de corresponder siempre a un trabajador de la empresa, en su condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. Por lo que respecta a la designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o control de la SE, el art. 30 LITSE, interpretado en sentido contrario, deja en manos de la legislación de los Estados miembros la regulación de la materia; únicamente en caso de que dicha normativa reenviase a la legislación española

<sup>78</sup> Con relación a la discusión mantenida en el seno del grupo de expertos sobre la noción de trabajador y las fórmulas de cálculo del volumen de empleo, *vid.*: «CONCLUSIONS DU GROUPE...», *op. cit.*, págs. 47 a 52.

dicha regulación se aplicará la LITSE, en concreto las reglas previstas en el art. 29 LITSE, al cual se remite directamente el art. 30 LITSE, si bien en esta materia concreta, no aclara si la persona designada debe o no ser trabajadora de la SE.

La forma de designación de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora, idéntica a la de los miembros del órgano de representación, se establece en el art. 29 LITSE, siguiendo también en este aspecto el camino trazado por el art. 27 LIC. Los miembros de la comisión negociadora serán designados mediante acuerdo de «aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal, en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados». La opción legal desestima, en principio, la posibilidad de elección directa por el conjunto de los trabajadores que forman la plantilla de la empresa o del grupo. Por ello, puede decirse que el legislador nacional prefiere que la designación de los representantes de los trabajadores se produzca mediante elección de segundo orden; en esta ocasión, la voluntad de los trabajadores sólo será tenida en cuenta de manera indirecta, ya que la decisión corresponderá directamente a los representantes elegidos por estos. Se trata de un procedimiento que en absoluto puede considerarse extraño a las pautas generales que rigen el sistema español de relaciones laborales, si se tiene en cuenta que similares mecanismos han sido tradicionalmente empleados para la elección de los componentes de órganos representativos como el comité intercentros (art. 63.3 ET), los delegados de prevención de riesgos laborales (35.2 LPRL) y el comité de empresa europeo (art. 27 LIC). A pesar de lo dicho, en esta ocasión el legislador ha completado la regulación prevista en la LIC, que como ya se había comentado dejaba espacio a la adopción de acuerdos entre varias representaciones minoritarias, siempre que en conjunto sumasen la mayoría de los miembros de los órganos de representación unitaria afectados, apartando a las representaciones mayoritarias<sup>79</sup>. Por el contrario, el art. 29.1 LITSE exige que la designación refleje de manera proporcional la representación obtenida por cada sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en el conjunto de los centros de trabajo; sin perjuicio de lo cual, cuando la representación de los trabajadores empleados en España sea plural, en su número, se deberá procurar también la pluralidad en cuanto a su procedencia, es decir, en la medida de lo posible deben ser designados representantes de cada una de las sociedades participantes (art. 29.3 LITSE).

<sup>79</sup> GÓMEZ GORDILLO R.: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, pág. 247.

## 8.2. Competencias y régimen de funcionamiento de la comisión negociadora

Aunque el legislador comunitario ha creído conveniente promover el establecimiento de sistemas convencionales de implicación de los trabajadores en la SE, esta intención no constituye, según hemos visto ya, más que la posibilidad preferida por el legislador comunitario; de una parte, porque el proceso de negociación puede darse por terminado sin que dicho sistema sea adoptado y, de otra parte, porque si el plazo de negociación finaliza sin acuerdo, debe aplicarse el modelo legal de implicación de los trabajadores previsto en las normas de transposición. Dicho lo anterior, los miembros de la comisión negociadora gozan de un amplio abanico de posibilidades, entre las que elegir la opción que más se adapte a las especiales características de cada SE, siempre y cuando no se superen los límites establecidos en aplicación del principio antes después, a saber:

- No iniciar negociaciones o dar por terminadas las negociaciones en curso, para someterse a las disposiciones sobre implicación vigentes en los Estados miembros en que la SE emplee a trabajadores (art. 8.2 LITSE), salvo cuando en la sociedad que va a transformarse se aplique un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control
- Acordar con los órganos de dirección de la SE la aplicación de las disposiciones subsidiarias previstas en el capítulo II del título I (art. 14.1.a LITSE).
- No acordar con los órganos de dirección de la SE el contenido de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, y una vez transcurrido el plazo previsto en el art. 10 LITSE, dar paso a la aplicación de las disposiciones subsidiarias previstas en el capítulo II del título I (art. 14.1.b LITSE)
- Acordar con los órganos de dirección de la SE una sola prórroga de 6 meses de la duración del proceso de negociación (art. 10.1 LITSE)
- Acordar con los órganos de dirección de la SE el contenido de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE (art. 8.1 LITSE)

La normativa reguladora no se detiene en demasía en la ordenación del régimen de funcionamiento de la comisión negociadora, aunque expresamente permite la elección de un presidente entre sus miembros, dejando en manos de estos la elaboración de un reglamento interno de funcionamiento (art. 9.3 LITSE), y la decisión sobre la conveniencia de dejarse asistir por expertos de su elección, «incluidos representantes de las organizaciones sindicales europeas correspondientes» (art. 9.5 LITSE). Pero la diversidad de opciones más arriba detallada y la aplicación del principio antes después obliga a realizar una más minuciosa regulación de las reglas de adopción de acuerdos en su seno. En concreto, como regla general, la comisión negocia-



dora adoptará sus acuerdos por doble mayoría absoluta, es decir, por mayoría absoluta de sus miembros que, a su vez, representen a la mayoría absoluta de los trabajadores, teniendo en cuenta que cada miembro de la comisión negociadora dispone de un voto (art. 9.1 LITSE). A efectos de determinar la representatividad de los miembros de la comisión negociadora, el art. 29.1 *in fine* LITSE prevé la atribución a cada representante de la que le correspondiera mediante su acta de designación si bien, en caso de no constar, se presumirá «que todos los designados en representación de los trabajadores empleados en España representan al conjunto de dichos trabajadores».

Pero la abundancia de reglas especiales, puede hacer que la anterior regla general se aplique en escasas ocasiones, convirtiendo la triple mayoría de dos tercios en regla habitual, es decir, al menos dos tercios de los miembros de la comisión negociadora, que representen a su vez, al menos, a dos tercios de los trabajadores e incluyan los votos de miembros que representen a trabajadores de, al menos, dos Estados miembros. En concreto, el acuerdo requiere esta triple mayoría cuando de su adopción se desprenda la reducción de los derechos de participación de los trabajadores, esto es, el establecimiento de un número de miembros en los órganos de la SE inferior al mayor número existente en cualquiera de las sociedades participantes (art. 9.2 LITSE)<sup>80</sup>; también se precisa dicha mayoría para la adopción de un acuerdo de renuncia, actualización de la previsión anterior, en la medida en que no supone la reducción de derechos de implicación preexistentes, pero sí supone la renuncia al modelo legal de derechos de implicación previsto en la LITSE (art. 8.2 LITSE).

## 9. LOS ACUERDOS DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE

Aunque como se ha dicho en los apartados anteriores el proceso de negociación puede finalizar de manera diversa, el objetivo típico de las reunio-

<sup>80</sup> La aplicación de lo dispuesto en el art. 9.2 LITSE requiere además:

«a) En el caso de una SE que se constituya por fusión, cuando se aplicara en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control que afectase al 25 por ciento, al menos, del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes.

b) En el caso de una SE que se constituya mediante la creación de una sociedad «holding» o de una filial común, cuando se aplicara en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control que afectase al 50 por ciento, al menos, del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes.

De conformidad con lo previsto en el artículo 11.2, lo dispuesto en este apartado no será de aplicación en el caso de una SE que se constituya mediante transformación» art. 9.2 LITSE



nes celebradas entre la comisión negociadora y la dirección de la sociedad es la adopción de un acuerdo sobre los mecanismos de implicación de los trabajadores en la SE, que permitan a estos recibir información, ser consultados y participar en los órganos de control o administración de la SE. Como hemos visto en el apartado anterior, los negociadores, con la mayoría adecuada, pueden adoptar acuerdos que reduzcan derechos de implicación preexistentes, pero la libertad de los negociadores para establecer mecanismos menos favorables para los trabajadores es severamente limitada en las SE constituidas por transformación, en las que únicamente les está permitido acordar el reconocimiento de de derechos de implicación de los trabajadores, como mínimo, «equivalentes en todos sus elementos a los existentes en la sociedad que se transforma en SE» (art. 11.2 LITSE).

Estos acuerdos son fuente directa de regulación del sistema de implicación de los trabajadores en la SE, permitiendo a los negociadores la fijación del modelo más adecuado a las particularidades de cada SE. Sin perjuicio de lo anterior, los particulares modelos convencionales deben cumplir una serie de requisitos que pueden condicionar la validez del acuerdo, dando paso a la aplicación del modelo legal, en todo o en parte. En este sentido puede hablarse de contenido necesario o, más propiamente, de elementos configuradores del modelo de implicación establecido por vía convencional. El art. 11 LITSE establece los elementos que deberá contener todo acuerdo de implicación, a saber:

- a) La identificación de las partes que lo conciertan
- b) El ámbito de aplicación del acuerdo
- c) La composición, el número de miembros y la distribución de los puestos del órgano de representación de los trabajadores a través del cual se ejercerán los derechos de información y consulta de los trabajadores de la SE y de sus empresas filiales y que será el interlocutor a este respecto del órgano competente de la SE, la duración de su mandato y los efectos que sobre ello se pudieran derivar de las modificaciones en la dimensión, composición o estructura de la Se y de sus empresas filiales o en la composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores
- d) Las atribuciones del órgano de representación y el procedimiento de información y consulta previsto
- e) La frecuencia de las reuniones del órgano de representación
- f) Los recursos materiales y financieros asignados al órgano de representación para el adecuado cumplimiento de sus funciones
- g) En el caso de que las partes hayan acordado el establecimiento de uno o varios procedimientos de información y consulta, en lugar de la creación de un órgano de representación, las modalidades de aplicación de dichos procedimientos



- h) En el caso de que las partes hayan acordado el establecimiento de normas de participación, los elementos esenciales de dichas normas, incluida, en su caso, la determinación del número de miembros del órgano de administración o de control de la SE que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar o recomendar o a cuya designación tendrán derecho a oponerse, de los procedimientos a seguir para ello y de sus derechos
- i) La fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración y las condiciones de sus denuncia, prórroga y renegociación

Como puede comprobarse, la relación anterior es similar, *mutatis mutandis* a la prevista en el art. 12 LIC, por lo que nos remitimos a lo en su momento comentado respecto a los acuerdos adoptados en aplicación de dicha norma<sup>81</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el art. 11 LITSE introduce dos nuevas letras (g y h) que desde nuestro punto de vista merecen diversa valoración<sup>82</sup>, si bien debe tenerse en cuenta que en ambos casos la norma española se limita a reproducir el contenido de las letras f y g del art. 4.2 de la Directiva SE. En primer lugar, la referencia a los procedimientos de información y consulta concede a tal posibilidad una relevancia que la experiencia aplicativa obtenida tras la adopción de la Directiva CEU no parece justificar. Bien es cierto que la ausencia de referencia podría permitir la adopción de acuerdos de información y consultas sin contenido concreto; con ello la previsión normativa tendría un objetivo garantista, obligando a quienes decidan establecer uno o más procedimientos de información y de consulta a dar a conocer públicamente las modalidades de aplicación de tales procedimientos. En segundo lugar, la referencia a las normas de participación resulta coherente con el resto del articulado. A modo de conclusión, las materias relacionadas en el art. 12 permiten dibujar el contenido típico de los acuerdos previstos en el art. 8.1 LITSE, que en aplicación del mismo pueden satisfacer los derechos de implicación de los trabajadores en la SE por tres vías, dos de ellas necesarias y alternativas, una tercera contingente y complementaria de las anteriores, salvo cuando la aplicación del principio antes después, obligue a estipular un nivel de implicación de los trabajadores equivalente en la sociedad en proceso de transformación (arts. 8.2 y 9.2 *in fine* LITSE)<sup>83</sup>. En concreto, el acuerdo debe establecer unos derechos de información y consulta cuyo ejercicio se materializará a través de un órgano de representación de los trabajadores o, en su lugar, mediante uno o varios procedimientos de información y consulta. En ambos supuestos, se

<sup>81</sup> GÓMEZ GORDILLO R.: «EL comité de empresa ...», *op. cit.*, págs. 282 a 290.

<sup>82</sup> La novedad prevista en la letra g del art. 11.1 LITSE es relativa, pues similares previsiones respecto a las empresas y grupos de dimensión comunitaria contenía el art. 12.2 LIC.

<sup>83</sup> CASAS BAAMONDE ME: «La implicación de los trabajadores...» *op. cit.*, pág. 407.

trata de fórmulas ya ensayadas, modelo orgánico e inorgánico de información y consulta, con ocasión de la Directiva CEU, a cuyos comentarios nos remitimos <sup>84</sup>. Adicionalmente <sup>85</sup>, las partes pueden acordar el establecimiento de normas de participación que, en esto sí que la norma es bien clara, tienen como objetivo la regulación de los aspectos sustanciales que definen dicho mecanismo de implicación, entre los que la norma considera expresamente incluidos la elección de alguno de los cuatro instrumentos alternativos mediante los que el art. 2.1 LITSE materializa la influencia de los representantes de los trabajadores en la SE.

Finalmente, las disposiciones relacionadas con la eficacia jurídica del acuerdo contenidas en el art. 12 LITSE y las normas supletorias sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación del acuerdo previstas en el art. 13 LITSE, reiteran lo anteriormente dispuesto en los arts. 13 y 14 LIC, extendiendo el ámbito de aplicación del acuerdo al conjunto del ámbito afectado, reforzando su eficacia jurídica mediante su registro, depósito y publicación oficial, y fijando las normas aplicables cuando los negociadores no hubiesen cumplido la obligación prevista en el art. 11.1.i) LITSE <sup>86</sup>.

## 10. EL MODELO LEGAL DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE

La superación de las condiciones aplicativas previstas en el art. 14 LITSE abre paso a la aplicación imperativa del modelo subsidiario previsto en los arts. 15 a 20 LITSE, aunque las condiciones de partida determinan si dicho modelo se aplica en su totalidad o de manera parcial. En concreto, la aplicación de las normas subsidiarias puede conducir a la creación de un órgano de representación de los trabajadores con competencias de información y consulta, similar al comité de empresa europeo, o un órgano de representación de los trabajadores con competencias de información, consulta y participación. En ambos supuestos, se trata de un órgano colegiado, compuesto únicamente por trabajadores, de carácter transnacional, cuyo ámbito es toda la SE, con competencias informativas y consultivas de carácter ordinario y extraordinario, y de carácter provisional.

En ambos casos, la obligación de iniciar los trámites de constitución del órgano de representación de los trabajadores corre a cargo de la dirección de la SE, cuyos órganos competentes deben dar instrucciones a los cen-

<sup>84</sup> GÓMEZ GORDILLO, R.: «El comité de empresa europeo...», *op. cit.*, págs 325 a 341.

<sup>85</sup> VALDÉS DAL-RÉ F.: «El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva», *op. cit.*, pág. 9.

<sup>86</sup> GÓMEZ GORDILLO R.: «El comité de empresa europeo...», *op. cit.*, págs. 273 a 281.



tros de trabajo y a las empresas filiales en los Estados miembros, al objeto de que estos pongan en marcha los procedimientos de elección o designación que correspondan conforme a las legislaciones nacionales, en nuestro caso, el proceso de designación previsto en el art. 30 LITSE. La participación de las representaciones en este proceso tiene sentido si se advierte la necesidad de colaboración que el proceso demanda, conforme más adelante se verá, pero dicha colaboración debe limitarse a los aspectos instrumentales y a la coordinación con los órganos de dirección de la SE, pues el protagonismo del proceso de designación corresponde exclusivamente a los trabajadores y sus representantes. La constitución del órgano de representación de los trabajadores por aplicación de las normas subsidiarias tiene carácter temporal, pues transcurridos cuatro años el órgano deberá decidir sobre su continuidad. En concreto, el órgano puede decidir prorrogar su actividad durante otro período de cuatro años o, por el contrario, iniciar un nuevo proceso de negociación (art. 15 LITSE). Sin perjuicio de lo anterior, la oportunidad de reiniciar el proceso queda permanentemente abierta al consenso de las partes, pues «el órgano de representación de los trabajadores y el órgano competente de la SE podrán decidir de común acuerdo, en cualquier momento, la apertura de negociaciones» (art. 15.4 LITSE).

Como el comité de empresa europeo, el órgano de representación de los trabajadores estará compuesto por trabajadores de la SE, elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores, aunque también se permite la elección directa por los trabajadores de la SE (art. 16.1 LITSE). La distribución de puestos en el órgano de representación de los trabajadores se realizará teniendo en cuenta el número de trabajadores de la SE en cada Estado miembro, «a razón de un puesto por cada 10 por ciento o fracción del total de trabajadores» (art. 16.2 LITSE). La singular estructura de la SE no aconseja abrir el órgano de representación a la participación de representantes elegidos por los trabajadores de empresas vinculadas a la SE en Estados no miembros, como permite para el supuesto del comité de empresa europeo el art. 17.3 LIC. Por su parte, las normas sobre competencias (art. 17 LITSE) y régimen de funcionamiento (art. 18 LITSE) corren paralelas a la regulación del comité de empresa europeo previsto en la LIC, salvo la expresa referencia al «permiso de formación sin pérdida de salario», expresamente previsto en el art. 18.5 LITSE y en lo referente a la posibilidad de modificación de la composición del órgano de representación de los trabajadores, circunstancia que el art. 19 LITSE denomina renovación con discutible técnica jurídica, cuando se produzca una alteración de las dimensiones, composición o estructura de la SE, que afecte al número o distribución de los puestos en dicho órgano, o cuando algún miembro del órgano de representación o los representantes que lo eligieron hubiesen perdido su mandato representativo nacional. En ambos supuestos, la modificación no

se produce de manera automática, pues es preciso la correspondiente petición de, al menos, el 10% de los trabajadores de la SE, en el primer caso, y de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en representación de las cuales fue elegido o designado, en el segundo caso (art. 19 LITSE).

Pero como hemos dicho, cuando en aplicación de lo previsto en el art. 14 LITSE deba establecerse un sistema de participación de los trabajadores en la SE, el órgano de representación de los trabajadores asume nuevas competencias. En concreto, al órgano de representación de los trabajadores le corresponde decidir sobre la forma de elección o designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o control, y la facultad de distribuir dichos puestos atendiendo al número de trabajadores empleados por la SE en cada Estado miembro. Alternativamente puede decidir sobre la forma en que los trabajadores de la SE pueden recomendar u oponerse al nombramiento de miembros de dichos órganos de la SE (art. 20.4 LITSE). Las anteriores previsiones conectan el órgano de representación de los trabajadores con los representantes de los trabajadores en el consejo de administración o control, lo que permite un más adecuado desarrollo de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE.

El modelo legal de participación de los trabajadores en la SE es tributario de los derechos de participación preexistentes y de la forma de constitución de la SE. En el caso de una SE constituida por transformación, deberán extenderse al conjunto de la SE los elementos de participación existentes en la sociedad de origen (art. 20.1.a LITSE); en los demás casos, los trabajadores de la SE o sus órganos de representación tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes (art. 20.1.b LITSE). Ahora bien, una vez que se ha producido el nombramiento de los representantes de los trabajadores como miembros del órgano de administración o control, estos desempeñarán su labor en pie de igualdad con el resto de miembros que representan a los accionistas, incluido por supuesto el derecho de voto (art. 20.5 LITSE). Adicionalmente, los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de control o administración de la SE gozarán de la misma protección que el resto de los representantes de los trabajadores (arts. 23 y 31 LITSE). Por último, cuando en virtud de lo dispuesto en la norma de transposición aplicable corresponda a la legislación española establecer la forma de elección o designación de representantes españoles en el órgano de administración o control, el art. 30 LITSE se remite a las normas de designación de los representantes de los trabajadores en el órgano de representación prevista en el art. 29 LITSE.



# LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

JULIA MUÑOZ MOLINA

*Profesora Titular de Escuela Universitaria doctora  
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Córdoba

## EXTRACTO

El presente trabajo tiene por objeto analizar el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, que regula con carácter estable el Programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

Desde el año 2000, el Programa de Renta Activa de Inserción se ha regulado como una medida de carácter temporal, con vigencia anual y condicionada a la existencia de disponibilidad presupuestaria. La transitoriedad de esta prestación se mantiene en las sucesivas regulaciones, hasta el año 2006 en que se suscribe el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, a cuyo amparo, y dentro de las medidas acordadas para potenciar las políticas activas de empleo y mejora de la protección de los trabajadores desempleados, se dicta el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, que cambia la naturaleza y alcance de la renta activa de inserción, al configurarla como un derecho subjetivo, de obligado reconocimiento si se reúnen los requisitos establecidos al efecto y con la misma financiación que el resto de las prestaciones y subsidios por desempleo; si bien, a grandes rasgos mantiene las líneas ya conocidas como tendremos ocasión de comprobar.

En todo caso, la mejora más significativa es que por primera vez la regulación tiene carácter permanente, en lugar de anual, lo que garantiza la estabilidad y continuidad en su aplicación. También se establece la cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la prestación.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. OBJETIVO DEL PROGRAMA
3. BENEFICIARIOS
4. EL COMPROMISO DE ACTIVIDAD Y LAS OBLIGACIONES DE LOS BENEFICIARIOS
5. ACCIONES DE INSERCIÓN LABORAL
6. INCORPORACIÓN, BAJA Y REINCORPORACIÓN AL PROGRAMA
  - 6.1. Incorporación al programa
  - 6.2. Baja temporal y reincorporación al programa de renta activa de inserción
  - 6.3. Baja definitiva en el programa de renta activa de inserción
7. PRESTACIÓN ECONÓMICA Y COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL
  - 7.1. La renta activa de inserción. Cuantía
  - 7.2. Nacimiento y duración máxima de la RAI
  - 7.3. Cotización a la Seguridad Social
  - 7.4. Régimen de compatibilidades e incompatibilidades
  - 7.5. Otras ayudas económicas
8. GESTIÓN DEL PROGRAMA DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN
9. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Entre las medidas ensayadas en los últimos años para la promoción del empleo y, en particular, para mejorar las aptitudes profesionales y las condiciones de «ocupabilidad» de los desempleados, se encuentra el Programa de Renta Activa de Inserción. Aunque se trata de una medida que ha figurado desde hace tiempo en el cuadro de propuestas y posibles actuaciones de los poderes públicos en el terreno del empleo, lo cierto es que su configuración legal y su plasmación concreta datan de hace muy pocos años, al menos para el conjunto del territorio nacional<sup>1</sup>. Su puesta en marcha con ámbito nacional arranca del primer Plan de Acción para el Empleo del Reino de España para 1999, confeccionado en línea con las directrices de la Comunidad Europea, que han venido fijando entre sus objetivos la mejora de la capacidad de inserción laboral de los desempleados, la combinación de las prestaciones y ayudas a desempleados con medidas de inserción en el trabajo, y, a la postre, el uso de medidas activas de empleo frente a la simple asignación de subsidios.

La primera regulación de este instrumento con aplicación general a todo nuestro territorio se articula en el Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero, que diseñó un programa de inserción para el año 2000, dirigido especialmente a los parados de larga duración en situación de necesidad, mayores

<sup>1</sup> Sin perjuicio, de actuaciones similares por parte de las Comunidades Autónomas, que han utilizado para ello su competencia en materia de asistencia social.

de 45 años<sup>2</sup> y que, como es sabido, combina dos medidas distintas pero complementarias. Una propia de las políticas activas de empleo, con un itinerario personalizado de inserción laboral y un compromiso de actividad. Y otra, típica de las políticas pasivas de empleo, que consiste en una ayuda económica complementaria de las medidas anteriores. Lo más llamativo es el carácter anual con el que se aprueba, teniendo en cuenta la importancia y novedad de la medida, que ha terminado convirtiéndose en el tercer nivel de la protección por desempleo.

Este primer programa fue sustituido y continuado en el año 2001 por el Real Decreto 781/2001, de 6 de julio, que a diferencia del anterior venía precedido de una habilitación legal<sup>3</sup>. Con una configuración similar, el programa de 2001, trató de superar las limitaciones de su predecesor, especialmente facilitando la incorporación de los trabajadores desempleados y haciendo más eficaz su gestión<sup>4</sup>.

Posteriormente, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre volvió a autorizar al Gobierno para que dentro de la acción protectora por desempleo regulara para el año 2002 el programa de renta activa de inserción. El programa se incluyó en la disposición adicional primera del RD ley 5/2002, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad (luego convertida en disposición adicional primera de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre)<sup>5</sup>, con un alcance conceptualmente más ambicioso y temporalmente más estable o estructural, al añadirse un apartado 4 a la disposición final quinta de la LGSS, en el que se habilita de manera permanente al Gobierno a regular dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión

<sup>2</sup> Sobre este programa, *vid.* GARCÍA NINET, J.I. «Programa de inserción laboral para trabajadores desempleados de larga duración, en situación de necesidad, mayores de cuarenta y cinco años: Plan para el año 2000», en *Tribuna Social* núm. 112, 2000.

<sup>3</sup> El art. 26 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, autorizó al Gobierno para «regular para el año 2001 dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión establecido en el Capítulo V del Título III del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el establecimiento de una ayuda específica, denominada renta activa 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»

<sup>4</sup> Sobre el programa para 2001, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C. «Las rentas activas de inserción: un viaje inacabado desde la “marginalidad” a la “centralidad” del sistema», *Relaciones laborales* núm. 4, 2003.

<sup>5</sup> La reforma que las normas mencionadas protagonizan se enmarca en la estrategia europea por el empleo, y se aprueba con el propósito de organizar la protección por desempleo de forma que, junto con las prestaciones económicas necesarias para afrontar las situaciones de desempleo, los poderes públicos oferten oportunidades de formación y empleo que posibiliten que los desempleados puedan encontrar un trabajo en el menor tiempo posible.



establecido en el Capítulo V del Título III de esta Ley el establecimiento de una ayuda específica denominada renta activa de inserción. Con lo cual, la renta activa de inserción pasa a ser definitivamente una modalidad más en la acción protectora del desempleo, con el régimen financiero y de gestión propio de éste, si bien contemplada como una medida temporal con vigencia anual.

Como novedades del programa de renta activa para el año 2002<sup>6</sup>, cabe destacar que su financiación se somete a una aplicación presupuestaria específica, pero dentro de la acción protectora por desempleo; así como la ampliación de su ámbito subjetivo al sustituir, por una parte, la exigencia de haber extinguido las prestaciones por desempleo por la más genérica de no tener derecho a ellas y, por otra, al flexibilizar los requisitos generales, en especial el de la edad, para incorporar también a trabajadores desempleados menores de 45 años que tenga reconocida la condición legal de persona con minusvalía en grado igual o superior al 33%, a emigrantes retornados sin derecho a lucrar el subsidio por desempleo y a las víctimas de violencia doméstica. La Ley 45/2002 también incluyó a los desempleados eventuales agrarios que no pudieran incorporarse al subsidio agrario, y no tuvieran derecho a la nueva prestación contributiva creada para ellos por el RD Ley 5/2002.

El RD 945/2003, de 18 de julio, a pesar de la habilitación indefinida, reguló el programa de renta activa de inserción para el año 2003. Con una regulación continuista, eliminó el período de espera de tres meses para el devengo de la ayuda para cambio de residencia a las víctimas de violencia doméstica, y excluyó del programa a quienes tengan derecho a percibir la renta agraria de inserción. Para 2004, el RD 3/2004, de 9 de enero prorrogó el programa establecido para 2003.

Por el RD 205/2005, de 25 de febrero, se reguló para el año 2005 el programa de renta activa de inserción. Como novedades respecto del anterior podemos señalar: la ampliación de la duración máxima de la renta, que pasa de diez a once meses; la creación de una ayuda para incentivar el trabajo y la reducción del período de espera para iniciar el devengo de la renta activa de tres meses a un mes<sup>7</sup>. Para el año 2006, el RD 393/2006, de 31 de

<sup>6</sup> Vid., entre otros, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. «El programa de renta activa de inserción para el año 2002 (Comentario a la disposición adicional 1.ª del RDL 5/2002, de 24 de mayo)», en *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 114, 2002; GARCÍA VIÑA, J. «Estudio de la Renta Activa de Inserción en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección del desempleo y mejora de la ocupabilidad», en *Tribuna Social* núm. 150, 2003; MARTÍNEZ LUCAS, J.A. «El programa de renta activa de inserción para el año 2002», en *Actualidad Laboral* núm. 29, 2002.

<sup>7</sup> Vid., entre otros, LUJÁN ALCARAZ, J. «El Programa de Renta Activa de Inserción para 2005», en *Aranzadi Social* núm. 2, 2005.

marzo, prorrogó el programa de renta activa de inserción regulado por el RD 205/2005.

Como ha quedado reflejado, desde su implantación en el año 2000, el Programa de Renta Activa de Inserción se ha regulado como una medida de carácter temporal, con vigencia anual y condicionada a la existencia de disponibilidades presupuestarias<sup>8</sup>. La transitoriedad de esta prestación se mantiene en las sucesivas regulaciones, hasta el año 2006 en que se suscribe el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo entre el Gobierno y las Organizaciones empresariales y sindicales más representativas, a cuyo amparo, y dentro de las medidas acordadas para potenciar las políticas activas de empleo y mejora de la protección de los trabajadores desempleados, se dicta el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, que fija con carácter estable el régimen jurídico de esta compleja prestación del Sistema de Seguridad Social. Lo que comenzó siendo una decisión gubernamental amparada en el Plan de Empleo para el Reino de España, finalmente, se ha convertido en el tercer nivel de la protección por desempleo.

Como todos sus precedentes, el RD 1369/2006, de 24 de noviembre se declara inspirado en las directrices sobre el empleo de la Unión Europea, que vienen destacando la idea de que una política eficaz frente al desempleo no sólo debe basarse en la garantía de ingresos, sino en la combinación de ésta con medidas adecuadas de inserción laboral y, por ello, proponen que los sistemas de prestaciones sociales fomenten activamente la capacidad de inserción de los parados, en particular de aquellos con mayores dificultades. También como en los anteriores programas se parte de una vaga consideración según la cual «los resultados de dichos programas han puesto de manifiesto que debe mantenerse el doble objetivo de reinserción laboral y protección frente al desempleo, en la forma diseñada en éstos, para su aplicación más eficaz a los diferentes colectivos protegidos»<sup>9</sup>.

La misma repetición se observa en la cita de la habilitación conferida a estos efectos por la disposición final 5.<sup>a</sup>4 del TRLGSS, y en la naturaleza de la renta activa de inserción que forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social, si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial, pero a la que es de aplicación el apartado 2 del artículo 206 del citado texto refundido,

<sup>8</sup> Un análisis de los Decretos que han regulado las convocatorias aparecidas desde el año 2000 hasta el 2006, *vid.* ESTEBAN LEGARRETA, R. *La renta activa de inserción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

<sup>9</sup> Sobre el alcance práctico de los sucesivos programas, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C. y VALLECILLO GÁMEZ, M.<sup>a</sup> R. «El régimen de estabilidad de la "renta activa de inserción", como subsidio no contributivo de la Seguridad Social: ¿realidad o pretensión? (Impacto jurídico y social del RD 1369/2006, de 24 de noviembre)», Centro de Estudios Financieros. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 286, 2007, págs. 147 y ss.

cuando establece que esa acción protectora comprenderá acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión o inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados.

La presentación del programa que hace la propia exposición de motivos permite apreciar el continuismo básico de su contenido, por cuanto apenas innova respecto a la situación de los beneficiarios de la renta activa de inserción (en adelante RAI), si bien las novedades más relevantes que incorpora el nuevo programa, en relación con los programas anteriores, como ya hemos adelantado, es que es que por primera vez la regulación tiene carácter permanente, en lugar de anual, lo que garantiza la estabilidad y continuidad de su aplicación; otra novedad de interés es la configuración de la RAI como un derecho subjetivo, de obligado reconocimiento si se reúnen los requisitos establecidos al efecto y con la misma financiación que el resto de las prestaciones y subsidios por desempleo; además, se establece la cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la renta. Novedades que habían sido asumidas en el Acuerdo de 9 de mayo de 2006 para la Mejora del crecimiento y el Empleo.

Sin duda, la mejora más significativa que presenta el nuevo Programa es el establecimiento de un régimen jurídico estable para esta singular figura, la Renta Activa de Inserción, que se consolida como prestación del Sistema de Seguridad Social. No obstante, cabe criticar la fórmula empleada para su regulación<sup>10</sup>, al mantener el carácter reglamentario, ya que no puede obviarse el hecho de que se inscribe dentro de la acción protectora por desempleo, y como tal, al menos su regulación básica debería recogerla una norma con rango legal, es más, debería de haberse integrado en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social como el resto de las prestaciones. En esta línea, el Consejo de Estado, en su informe núm. 1917/2006, referido al RD comentado, señala que una disposición con rango de Ley daría mayor estabilidad al sistema, como han solicitado en este expediente organizaciones empresariales y sindicales y como es propio de una prestación que, aunque tenga peculiaridades propias, no es materialmente coyuntural, sino que forma parte de la acción protectora del régimen público de Seguridad Social<sup>11</sup>.

A continuación pasamos a detallar su contenido, resaltando las novedades de mayor interés.

<sup>10</sup> En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C. y VALLECILLO GÁMEZ, M.ª R. «El régimen de estabilidad de la renta activa de inserción...», *op. cit.*, págs. 113-114, ponen de manifiesto las deficiencias de técnica legislativa.

<sup>11</sup> En la misma línea, informe núm. 73/2005.

## 2. OBJETIVO DEL PROGRAMA

El objetivo del Programa de renta activa de inserción es incrementar las oportunidades de reinserción en el mercado de trabajo de determinados colectivos de trabajadores desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral, su plena disponibilidad para buscar activamente empleo y para participar en las acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción.

El programa no se configura solo como una simple medida asistencial reparadora de las dificultades económicas por las que atraviesa el colectivo de beneficiarios, sino también y principalmente con un objetivo orientado a incrementar las oportunidades de reinserción laboral de desempleados cuyas posibilidades de ocupación son menores: por ser mayores de 45 años, parados de larga duración o emigrantes retornados; o por ser parados de cualquier edad, discapacitados o víctimas de violencia de género o doméstica.

En definitiva, el programa de renta activa de inserción se configura con un doble objetivo, mitigar las especiales necesidades económicas y facilitar la inserción laboral de los colectivos a los que va dirigido.

## 3. BENEFICIARIOS <sup>12</sup>

Con carácter general, podrán ser beneficiarios del programa de renta activa de inserción los trabajadores desempleados menores de 65 años que, a la fecha de la solicitud de incorporación al mismo, reúnan los siguientes requisitos <sup>13</sup>:

- 1.º) Ser mayores de 45 años.
- 2.º) Ser parados de larga duración, esto es, demandantes de empleo inscritos ininterrumpidamente como desempleados en la oficina de empleo durante doce o más meses. A estos efectos, se considera interrumpida la demanda de empleo por haber trabajado un período acumulado de 90 o más días en los 365 anteriores a la fecha de solicitud de incorporación al programa <sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Sobre la evolución del ámbito subjetivo de la renta activa de inserción en los sucesivos programas, *vid.*, MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.<sup>a</sup> «El alcance subjetivo del programa de renta activa de inserción para el año 2005: un nuevo estancamiento en el proceso de universalización subjetiva», Centro de Estudios Financieros. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núms. 269-270, 2005, págs. 120 y ss.

<sup>13</sup> Art. 2 RD 1369/2006.

<sup>14</sup> La STSJ del País Vasco núm. 196/2005, de 31 de enero (AS 2005/387) de acuerdo con la interpretación finalista seguida por el TS al analizar la inscripción ininterrumpida como

- 3.º) No tener derecho a las prestaciones contributivas o subsidios por desempleo, o a la renta agraria <sup>15</sup>. Los dos primeros programas exigían haber agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo de nivel asistencial lo que restringía el número de beneficiarios <sup>16</sup>, el RD Ley 5/2002 la sustituyó por una exigencia mucho más flexible, que es la actual, que amplía ostensiblemente el número de beneficiarios del programa, pudiendo acceder en el momento actual, aquellos que no hayan sido nunca perceptores de las prestaciones por desempleo o inclusive quienes no hayan trabajado nunca. Cabe destacar, por tanto, la desconexión de la RAI respecto al presupuesto típico de la protección por desempleo, la pérdida de un empleo previo.
- 4.º) Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.  
A estos efectos, aunque el solicitante carezca de rentas, en los términos anteriormente establecidos, se tienen en cuenta las rentas de la unidad familiar, constituida por el cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados, o menores acogidos, de forma que la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar, incluido el solicitante, dividido por el número de miembros que la componen no supere el 75 % del Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

---

demandante de empleo a efectos del cumplimiento del requisito de alta o situación asimilada requerido para el acceso a determinadas prestaciones, y dadas las características del colectivo beneficiario del programa, considera que debe entenderse cumplido este requisito, a pesar de la literalidad de la norma, «cuando la falta de inscripción se ciña a periodos breves o de escasa duración cronológica que atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso no sean reveladoras de una voluntad de apartamiento del mercado de trabajo y del desinterés por obtener una ocupación laboral, pues en tales supuestos real y materialmente no existe ruptura en la continuidad y persistencia en la situación de paro, ni de la intención de seguir siendo demandante de empleo». En la misma línea STSJ de Cataluña núm. 7806/2004, de 9 de noviembre (AS 2004/3501).

<sup>15</sup> La STSJ de Castilla y León/Valladolid núm. 423/2006, de 7 de abril (AS 2006/1438) confirma que no procede admitir al programa al perceptor de un subsidio por desempleo para mayores de 52 años con independencia de que su cuantía sea inferior a la RAI, por estar vinculado su importe a las horas de prestación de servicios cuando se está ante la pérdida de un trabajo a tiempo parcial.

<sup>16</sup> Cabe destacar que el programa para 2001 ya permitió el acceso a la RAI a personas que no cumplieren con el requisito de la previa percepción de prestaciones por desempleo, pero endureció el requisito de la antigüedad como demandante de empleo que debía ser como mínimo de veinticuatro meses.

En relación con este requisito<sup>17</sup>, cabe destacar que, en el primer programa se exigía tener responsabilidades familiares; el programa para el año 2001 lo reemplaza por el de insuficiencia de rentas a título individual, con independencia de la situación económica de la unidad familiar; fue con el RD Ley 5/2002 cuando el requisito de carencia de rentas a título individual se refuerza con la insuficiencia de rentas de la unidad familiar. Esta doble exigencia ha sido criticada por un sector de la doctrina<sup>18</sup>, no obstante, a nuestro juicio, es comprensible, pues nos encontramos ante un mecanismo de protección con una fuerte connotación asistencial, que se configura como última red de protección para desempleados en situación real de necesidad<sup>19</sup>. Es indudable que los colectivos de posibles beneficiarios de la RAI son colectivos especialmente necesitados de tutela en materia de inserción laboral y en situación de especial necesidad económica.

Se computan como rentas las siguientes partidas:

- El importe de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas.
- Cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional<sup>20</sup>, salvo las asignaciones

<sup>17</sup> Para MOLINA NAVARRETE, C. y VALLECILLO GÁMEZ, M. «El régimen de estabilidad de la renta...», *op. cit.*, págs. 133-134, la nueva regulación ha perdido la oportunidad para equiparar el régimen de cómputo de las rentas para las RAI respecto del que rige para los beneficiarios de los subsidios de desempleo del segundo nivel, en dos aspectos al menos: modo de computar estas rentas y tiempo de referencia para fijar ese umbral de rentas.

<sup>18</sup> 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», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros núm. 224, 2001, pág. 117; MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.<sup>a</sup> «El alcance subjetivo del programa...», *op. cit.*, págs. 122 y 123, ya que supone vincular la protección a otros elementos externos a la propia situación por la que atraviesa el posible beneficiario de la renta activa de inserción, el cual se encuentra excluido del mercado de trabajo y sin ningún tipo de protección por desempleo.

<sup>19</sup> En esta línea, ESTEBAN LEGARRETA, R. «La renta activa de inserción», *op. cit.*, pág. 32; LUJÁN ALCARAZ, J. «El programa de renta...», *op. cit.*, pág. 32

<sup>20</sup> La STSJ de Cataluña núm. 3650/2006, de 12 de mayo (JUR 2006/1520), siguiendo la doctrina del TS, (entre otras, sentencia 23 julio 2002) establecida al analizar el concepto de rentas que permite acceder al subsidio por desempleo de nivel asistencial, que estima que las pagas extraordinarias correspondientes a los ingresos de alguno de los miembros de la unidad familiar han de computarse, incluye en el cómputo de ingresos las pagas extraordinarias de la pensión de viudedad de la solicitante del programa de RAI. La STSJ de Castilla y León/Valladolid núm. 1201/2006, de 19 de julio (JUR 2006/247955) computa la pensión compensatoria.

de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social.

- También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50 por 100 del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas, todo ello en los términos que se establezcan reglamentariamente<sup>21</sup>. Por el contrario, no se computará como renta el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo, con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica<sup>22</sup>.

5.º) No haber sido beneficiario de la renta activa de inserción en los 365 días naturales anteriores a la fecha de la solicitud de admisión al programa<sup>23</sup>.

6.º) No haber sido beneficiario de tres derechos al programa de renta activa de inserción anteriores, aunque no se hubieran disfrutado por el período de duración máxima de la renta<sup>24</sup>. Aclaración esta última que no venía recogida en los programas anteriores y que es acorde con la doctrina judicial<sup>25</sup>.

También podrán ser beneficiarios del programa de renta activa de inserción los trabajadores desempleados menores de 65 años que a la fecha de solicitud de incorporación al mismo se encuentren en alguna de las situaciones siguientes<sup>26</sup>:

- A) Acrediten una minusvalía en grado igual o superior al 33%, o tengan reconocida una incapacidad que suponga una disminución en su capacidad laboral del referido porcentaje, siempre que reúnan los requisitos exigidos con carácter general, salvo el referido a la edad y el de haber sido beneficiario del programa de renta activa de inserción en el año anterior. Nos parece acertada la supresión de la exigencia de tener una edad mínima de 45 años, dado que el pro-

<sup>21</sup> Art. 215.3.2 LGSS

<sup>22</sup> Art. 215.3.2 LGSS

<sup>23</sup> Art. 2.4 a) RD 1369/2006

<sup>24</sup> Art. 2.4 b) RD 1369/2006

<sup>25</sup> En este sentido, la STSJ de Madrid núm. 172/2006, de 6 de abril (AS 2006/1342) mantiene que, la condición excluye del programa a quién haya sido beneficiario de programas anteriores, cualquiera que sea el tiempo de permanencia en los mismos.

<sup>26</sup> Art. 2.2 RD 1369/2006

- pio elemento de la discapacidad es el que por sí mismo dificulta su inserción laboral. Por la misma razón nos parece excesiva la exigencia de una antigüedad de un año como demandante de empleo<sup>27</sup>
- B) Ser trabajador emigrante que, tras haber retornado del extranjero en los 12 meses anteriores a la solicitud, hubiera trabajado, como mínimo, seis meses en el extranjero desde su última salida de España, figure inscrito como demandante de empleo, y reúna los requisitos exigidos con carácter general, salvo el relativo a la inscripción ininterrumpida como demandante de empleo.
  - C) Tener acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia de género o doméstica, salvo cuando convivan con el agresor, y siempre que estén inscritos como demandantes de empleo y reúnan los requisitos exigidos con carácter general, salvo los referidos a la edad, a la inscripción ininterrumpida como demandante de empleo y el de haber sido beneficiario del programa de renta activa de inserción en el año anterior.

El programa para el año 2005 únicamente mencionaba entre los beneficiarios a las víctimas de violencia de género, a diferencia de los programas anteriores que, desde el año 2002, incluían a las víctimas de violencia doméstica. El RD 1369/2006 amplía el ámbito subjetivo a las víctimas de violencia de género<sup>28</sup> y doméstica, si bien la violencia doméstica<sup>29</sup> queda limitada a la ejercida sobre el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad o sobre los hijos o los padres.

Además de los anteriores, también podrán incorporarse al programa de renta activa de inserción los pensionistas de invalidez no contributiva que reúnan en el momento de la solicitud todos los requisitos exigidos con carácter general a excepción de la carencia de rentas, por percibir, precisamente, la pensión de invalidez. A estos efectos deberán acreditar que dejarán de percibirla, mediante una certificación de la Administración competente relativa a la suspensión de la misma a partir de la fecha en que se inicie el devengo de la renta activa<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> En este sentido, MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.<sup>a</sup> «El alcance subjetivo del programa...», *op. cit.* pág. 139.

<sup>28</sup> Es víctima de violencia de género, la mujer que sufre todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad y que es ejercida sobre ésta por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia e independientemente de su estado civil (art. 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

<sup>29</sup> Contemplada en el art. 173 del Código Penal LO 10/1995, de 23 de noviembre, ampliado el colectivo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

<sup>30</sup> Art. 2.3 RD 1369/2006



La ampliación del programa a los pensionistas de invalidez no contributiva se realizó por primera vez en el programa para el año 2005, adecuándose con ello a la nueva redacción dada al art. 144.1d) del TRLGSS por la Ley 52/2003, de 12 de diciembre<sup>31</sup>. Con esta ampliación, se extiende a este colectivo el objetivo específico del programa, la inserción profesional, ya que la protección dispensada por la pensión no contributiva se limita a garantizar unos ingresos mínimos al discapacitado.

#### 4. EL COMPROMISO DE ACTIVIDAD Y LAS OBLIGACIONES DE LOS BENEFICIARIOS

Para poder acceder y mantenerse en el programa de renta activa de inserción no basta con cumplir los requisitos anteriormente indicados, sino que es necesario además que se cumplan una serie de obligaciones, que ponen de manifiesto la finalidad última del programa, que no es otra que la inserción laboral del desempleado y la voluntad efectiva del perceptor de la renta activa de inserción de reintegrarse en el mercado laboral.

El programa de renta activa de inserción, acorde con su naturaleza, vincula expresamente la medida de política pasiva en él prevista, abono de la renta mínima de inserción, con las medidas de políticas activas de empleo que recoge. Por ello, desde su implantación en el año 2000, se exige a los beneficiarios del mismo la suscripción de un compromiso de actividad, en virtud del cual realizarán las distintas actuaciones favorecedoras de su inserción laboral que se determinen por el servicio público de empleo, en el plan personal de inserción, que se desarrollarán mientras el trabajador se mantenga incorporado al programa.

El compromiso de actividad es el autentico eje sobre el que se articula el estatuto jurídico de la RAI<sup>32</sup>. Se entiende por compromiso de actividad «el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar

<sup>31</sup> «Los beneficiarios de la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, que sean contratados por cuenta ajena, que se establezcan por cuenta propia o que se acojan a los programas de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años, recuperarán automáticamente, en su caso, el derecho a dicha pensión cuando, respectivamente, se les extinga su contrato, dejen de desarrollar su actividad laboral o cesen en el programa de renta activa de inserción, a cuyo efecto, no obstante lo previsto en el apartado 5 de este artículo, no se tendrán en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas, las que hubiera percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena, propia o por su integración en el programa de renta activa de inserción en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato, el cese en la actividad laboral o en el citado programa».

<sup>32</sup> Como señalan, MOLINA NAVARRETE, C. y VALLECILLO GÁMEZ, M. «El régimen de estabilidad de la renta...», *op. cit.*, pág. 112.

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» establecidas legalmente<sup>33</sup>.

Además de suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad y de aquellas que se concretan en el plan personal de inserción laboral, los beneficiarios y solicitantes deberán cumplir unas obligaciones, que vienen a ser prácticamente las mismas que integran el compromiso de actividad que se exige al resto de los trabajadores perceptores de prestaciones y subsidios por desempleo tras la entrada en vigor de la ley 45/2002<sup>34</sup>, y que son las siguientes<sup>35</sup>:

- 1.<sup>a</sup> Proporcionar la documentación e información precisa en orden a la acreditación de los requisitos exigidos para la incorporación y el mantenimiento en el programa.
- 2.<sup>a</sup> Participar en los programas de empleo o en las acciones de inserción, orientación, promoción, formación o reconversión profesionales, o en aquellas otras de mejora de la ocupabilidad.
- 3.<sup>a</sup> Aceptar la colocación adecuada que les sea ofrecida. El concepto de colocación adecuada viene determinado en función de los elementos siguientes<sup>36</sup>:
  - Elemento relativo a la profesión. La ley señala como colocación adecuada la profesión demandada por el trabajador y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. En todo caso, se considera como tal la coincidente con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses, teniendo en cuenta que transcurrido un año desde el inicio de la prestación, se considerarán adecuadas otras colocaciones que a juicio del Servicio Público de Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador<sup>37</sup>.
  - Elemento geográfico: entendiéndose la colocación adecuada cuando se ofrezca en la localidad de residencia habitual del trabajador o en otra localidad situada en un radio inferior a 30 Km. del lugar de residencia habitual del trabajador, salvo que el des-

<sup>33</sup> Art. 231.2 LGSS y art. 3 RD 1369/2006.

<sup>34</sup> Recogidas en el art. 231.1 LGSS.

<sup>35</sup> Art. 3.3 RD 1369/2006.

<sup>36</sup> Art. 213.3 TRLGSS.

<sup>37</sup> Como apunta ESTEBAN LEGARRETA, R. «La renta activa de inserción», *op. cit.*, págs. 53-54, esta cláusula de cierre difícilmente va a ser de aplicación, teniendo en cuenta la duración de la prestación.

plazamiento suponga un coste excesivo de jornada —supere el 25% de la misma— o de salario —superior al 20% del salario mensual—, o cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo.

- Elemento económico o de garantía salarial. La colocación que se ofrezca al trabajador se entenderá adecuada, con independencia de la duración del trabajo, indefinida o temporal, y de la jornada, a tiempo completo o parcial, siempre que implique un salario equivalente al aplicable al puesto de trabajo que se le ofrezca, y no inferior al salario mínimo interprofesional, descontados los gastos de desplazamiento, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho, o aunque se trate de trabajos de colaboración social.

Para la aplicación de los requisitos anteriores el Servicio Público de empleo tendrá en cuenta las circunstancias profesionales y personales del desempleado, así como la conciliación de su vida familiar y laboral, el itinerario de inserción fijado, las características del puesto de trabajo ofertado, la existencia de medios de transporte para el desplazamiento, así como las características de los mercados locales de empleo.

- 4.<sup>a</sup> Renovar la demanda de empleo en la forma y fecha que se determinen en el documento de renovación de la demanda y comparecer cuando sea previamente requerido ante el Servicio Público de Empleo Estatal o ante los servicios públicos de empleo.
- 5.<sup>a</sup> Comunicar las causas de baja, pérdida de los requisitos o incompatibilidades en el momento en que se produzcan esas situaciones.
- 6.<sup>a</sup> Presentarse a cubrir la oferta de empleo y devolver a los servicios públicos de empleo, en el plazo de cinco días, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por aquéllos.
- 7.<sup>a</sup> Reintegrar las cantidades de la renta activa de inserción indebidamente percibidas.
- 8.<sup>a</sup> Buscar activamente empleo, lo que supone participar en acciones de mejora de la ocupabilidad que se determinen por el Servicio Público de Empleo dentro de un itinerario de inserción<sup>38</sup>.  
El incumplimiento de estas obligaciones conlleva la baja en el programa.

<sup>38</sup> Art. 231. 1 i) TRLGSS.

## 5. ACCIONES DE INSERCIÓN LABORAL

El programa de renta activa de inserción comprende las siguientes acciones de inserción laboral, que se mantienen, complementándose entre sí, mientras el trabajador permanezca en el mismo <sup>39</sup>:

- 1.º Realización de un itinerario personalizado de inserción laboral, diseñado a partir de las siguientes actuaciones:
  - a) Atención individualizada a través de la asignación al trabajador de un asesor de empleo que será quien realice el seguimiento y actualización de su itinerario de inserción laboral, proponga y evalúe las acciones de mejora de la ocupabilidad del trabajador e informe, en su caso, de los incumplimientos de las obligaciones en el momento en que se produzcan.
  - b) Una entrevista profesional, que permita al asesor de empleo completar y actualizar la información profesional que sobre el trabajador consta en los servicios públicos de empleo para definir con exactitud su perfil profesional.
  - c) La elaboración o actualización de un plan personal de inserción laboral que atienda a las características personales, profesionales y formativas del trabajador, con calendario y actividades a desarrollar. Realizándose un seguimiento y una actualización de dicho itinerario periódicamente <sup>40</sup>.
- 2.º Gestión de ofertas de colocación, a tal efecto el asesor de empleo promoverá la participación del trabajador en los procesos de selección para cubrir ofertas de colocación.

Para Esteban Legarreta, esta acción de inserción proclama un cierto derecho preferente a la cobertura de ofertas de empleo, «lo que debiera de establecerse de un modo más claro y razonado, ya que ello implica postergar criterios como el de antigüedad del demandante, lo que no siempre va a ser de recibo» <sup>41</sup>. A nuestro juicio, de la redacción del precepto no cabe reconocer una posición preferente al beneficiario frente a los criterios habituales <sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Art. 7 RD 1369/2006.

<sup>40</sup> Hasta el programa para el año 2002 se preveía de forma expresa que el seguimiento y la actualización se debía llevar a cabo como mínimo con carácter mensual.

<sup>41</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. «Fomento de empleo e intermediación de los beneficiarios de la renta activa de inserción: un estudio de su evolución», en *Temas Laborales* núm. 74, 2004, pág. 58.

<sup>42</sup> En esta línea, MOLINA NAVARRETE, C. y VALLECILLO GÁMEZ, M.ª R. «El régimen de estabilidad de la renta...», *op. cit.*, pág. 141.

- 3.º Incorporación a planes de empleo o formación, a tal efecto, los trabajadores que se encuentren desarrollando un itinerario personalizado de inserción laboral pueden ser llamados a participar en alguno de los planes o programas que se indican.

La redacción actual de esta previsión ha alterado la redacción tradicional de la misma, al suprimir la referencia expresa al período de espera de 45 días para poner en marcha esta acción de inserción. Supresión que merece una valoración positiva, pues el objetivo central del programa aconseja que desde el primer momento se deban de poner en marcha todas las acciones que puedan impulsar la inserción de sus beneficiarios <sup>43</sup>.

También, en relación con esta acción de inserción laboral, ha desaparecido la previsión expresa de que la incorporación del beneficiario a los planes de empleo o formación se realice con carácter prioritario sobre otros colectivos. Prioridad que podría estar justificada por las especiales características de los beneficiarios del programa y, sobre todo, por la principal razón de ser de renta activa de inserción como instrumento de política activa de inserción laboral <sup>44</sup>.

Por lo que respecta al contenido concreto de esta acción de inserción, la normativa prevé los siguientes planes o programas:

- Orientación Profesional
- Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, cuando el beneficiario carezca de formación profesional específica o su cualificación resulte insuficiente o inadecuada <sup>45</sup>.
- Programa de Talleres de Empleo o de Escuelas Taller y Casas de Oficios, para la adquisición de la formación profesional y la práctica laboral necesaria que facilite su reincorporación al mercado de trabajo <sup>46</sup>.
- Planes de Empleo para la contratación de desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social, que pro-

<sup>43</sup> El período de espera había sido criticado por un sector de la doctrina, por tratarse de un elemento dilatorio difícilmente comprensible desde la finalidad de inserción laboral de los trabajadores, entre otros, DE LA CASA QUESADA, S. y MOLINA HERMOSILLA, O. «La renta activa de inserción...», *op. cit.*, pág. 126; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. «El programa de renta activa de inserción...», pág. 913; MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.<sup>a</sup> «El carácter dual del contenido prestacional...», *op. cit.*, págs. 74-75.

<sup>44</sup> MOLINA NAVARRETE, C. y VALLECILLO GÁMEZ, M.<sup>a</sup>R. «El régimen de estabilidad de la renta...», *op. cit.*, págs. 129-130 y 139 y ss., mantienen una postura crítica con la supresión de las preferencias.

<sup>45</sup> RD 631/1993, de 3 de mayo y Orden de 13 de abril de 1994.

<sup>46</sup> RD 282/1999, de 22 de febrero, Orden de 9 de marzo de 1999, Resolución de 31 de marzo de 1999, Orden de 14 de noviembre de 2001.

porcionen al trabajador la adquisición de la práctica profesional adecuada<sup>47</sup>.

- Programas Experimentales o Integrados para el empleo, que combinen acciones de diferente naturaleza, tales como información y asesoramiento, formación, práctica laboral y movilidad geográfica.
- Asesoramiento al autoempleo y otros programas dirigidos a la inserción laboral de los desempleados<sup>48</sup>.

Las acciones de inserción laboral podrán completarse con acciones de inserción desarrolladas por los servicios sociales, para lo cual, las Administraciones Públicas competentes podrán suscribir convenios donde se concreten las mismas<sup>49</sup>. Las entidades que colaboren con los servicios públicos de empleo podrán desarrollar los planes o programas de empleo o formación, incluidos los Programas Experimentales o Integrados para el empleo de acuerdo con la normativa específica establecida para cada uno de ellos.

El desarrollo de estas acciones corresponde a los servicios públicos de empleo, tanto al Servicio Público de Empleo Estatal, como en su caso, a los correspondientes servicios públicos de empleo de las CC.AA<sup>50</sup>. En este sentido, el art. 13.2 del RD 1369/2006 señala que las Comunidades Autónomas, que han asumido el traspaso de la gestión realizada por el antiguo Instituto Nacional de Empleo, actual Servicio Público de Empleo Estatal, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, serán competentes para desarrollar las acciones de inserción, de conformidad con lo previsto en los reales decretos de traspaso<sup>51</sup>.

## 6. INCORPORACIÓN, BAJA Y REINCORPORACIÓN AL PROGRAMA

### 6.1. Incorporación al programa

La solicitud de admisión al programa de renta activa de inserción que incorpora el compromiso de actividad, deberá presentarse en la oficina de empleo que corresponda al trabajador, junto con la documentación

<sup>47</sup> Orden de 19 de diciembre de 1997, Orden de 26 de octubre de 1998, Orden de 19 de diciembre 2002; y Resolución de 6 de octubre de 2005, por la que se determinan las actividades y ocupaciones que se consideraran prioritarias para la aprobación de proyectos de interés general de la O. de 19-12-1997)

<sup>48</sup> Orden de 18 de septiembre de 2003.

<sup>49</sup> Art. 14.5 RD1369/2006.

<sup>50</sup> Art. 16 RD1369/2006.

<sup>51</sup> Competencias que han sido traspasadas a todas las CC.AA. excepto la del País Vasco.

acreditativa del cumplimiento de los requisitos establecidos reglamentariamente <sup>52</sup>.

Para acreditar el cumplimiento del requisito de carencia de rentas, el solicitante deberá presentar la declaración de los miembros que componen su unidad familiar y de las rentas. El Servicio Público de Empleo Estatal, previa autorización del ingresado que irá incorporada en la solicitud, recabará de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, información de los rendimientos obtenidos por el solicitante en el ejercicio anterior y podrá exigir copia de recibos de salarios, o de cobro de pensiones, o de cualquier otro documento acreditativo de las rentas percibidas.

El Servicio Público de Empleo Estatal verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos reglamentariamente, solicitando, en su caso, informe de los Servicios Públicos de Empleo sobre el requisito de inscripción como demandante de empleo, y dictará resolución motivada que reconozca o deniegue la admisión al programa, en el plazo de los 15 días siguientes a la solicitud. Ahora bien, el acceso al programa se configura como un derecho subjetivo, de obligado reconocimiento si se reúnen los requisitos establecidos al efecto.

El momento de presentación de la solicitud podrá ser cualquier día hábil del año, sin que exista un período concreto, como ocurría anteriormente cuando la regulación era anual y no estable.

La resolución que reconozca la admisión al programa se comunicará a los Servicios Públicos de Empleo competentes, con el objeto de que puedan desarrollar las acciones de inserción laboral previstas reglamentariamente.

## 6.2. Baja temporal y reincorporación al programa de renta activa de inserción

Causarán baja temporal en el programa, sin consumo en la duración de la renta, los beneficiarios en los que concurra alguno de los hechos siguientes <sup>53</sup>:

- a) La realización de trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo por un período inferior a seis meses. Durante este tiempo no se percibirá la renta de inserción, independientemente de que sí pueda percibirse la ayuda para incentivar el trabajo a la que se refiere el art. 6 del RD 1369/2006.
- b) La superación del límite de rentas por un período inferior a seis meses.

<sup>52</sup> Art. 11 RD 1369/2006.

<sup>53</sup> Art. 9.3 RD 1369/2006.

- c) El traslado al extranjero por un período inferior a seis meses para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional. Se amplía la baja temporal a los supuestos en los que el traslado al extranjero se realice para buscar trabajo y en los casos de cooperación internacional.

Producida la baja temporal en el programa por cualquiera de las causas señaladas anteriormente, el beneficiario podrá reincorporarse al mismo si cumple los siguientes requisitos<sup>54</sup>:

- a) Si la baja en el programa es por realizar un trabajo por cuenta ajena a tiempo completo, tras el cese en el trabajo se recuperará de oficio la percepción de la renta activa de inserción, sin que sea necesario solicitud del trabajador, siempre que éste figure inscrito como demandante de empleo, lo que implicará la reactivación del compromiso de actividad, y que la Entidad Gestora tenga constancia de la involuntariedad del cese, por tratarse del fin de una relación temporal o por figurar ese cese involuntario en el informe de vida laboral, o, en otro caso, se exigirá su acreditación como situación legal de desempleo.

La recuperación de oficio de la percepción de la renta activa de inserción no se producirá mientras el trabajador no figure inscrito como demandante de empleo. Por ello, la renta de inserción se devenga desde el día siguiente al cese en el trabajo por cuenta ajena si el interesado figura inscrito como demandante de empleo a la fecha de la extinción del contrato o si se inscribe dentro del plazo de los 15 días siguientes a la extinción del contrato de trabajo.

La inscripción como demandante de empleo fuera del plazo señalado conlleva el abono de la renta desde el día de la inscripción como demandante de empleo pero sin descuento de días consumidos por inscripción fuera de plazo.

De existir un número de días que corresponda a las vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas, con anterioridad a la finalización de la relación laboral, la fecha de la recuperación de oficio de la renta se producirá el día siguiente a la finalización del contrato, no difiriendo el nacimiento del derecho a la fecha de finalización de las vacaciones.

- b) En los supuestos de baja temporal en el programa por realización de trabajos por cuenta propia, la reincorporación al mismo precisará la solicitud del interesado en los 15 días siguientes al cese en el trabajo, previa acreditación de la involuntariedad del cese, la ins-

<sup>54</sup> Art. 9.4 RD 1369/2006.



- cripción como demandante de empleo y la reactivación del compromiso de actividad. La solicitud de reincorporación al programa fuera de plazo de 15 días señalado supondrá la pérdida de tantos días de renta y cotización a la Seguridad Social como medien entre el día siguiente al del cese en el trabajo y el día de la solicitud <sup>55</sup>.
- c) En el caso de baja temporal por dejar de reunir el requisito de carencia de rentas, el interesado podrá reincorporarse al programa a partir del día siguiente a la solicitud, si acredita que vuelve a reunir el requisito de carencia de rentas individuales o de la unidad familiar dentro del plazo de seis meses desde la fecha de baja en el programa, previa inscripción como demandante de empleo y reactivación del compromiso de actividad en la fecha de solicitud.
  - d) En el supuesto de retorno del extranjero, se producirá la reincorporación al programa cuando el interesado la solicite en los quince días siguientes al retorno, previa inscripción como demandante de empleo, reactivación del compromiso de actividad y acredite que el traslado se debió a la búsqueda de empleo, realización de un trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional. Al igual que en el supuesto contemplado en el apartado b), la solicitud fuera de plazo supondrá la pérdida da de tantos días de renta y cotización a la Seguridad Social como medien entre el día siguiente al retorno y el día de la solicitud.

### 6.3. Baja definitiva en el programa de renta activa de inserción

Causarán baja definitiva en el programa, los trabajadores incorporados al mismo en los que concurra alguno de los hechos siguientes <sup>56</sup>:

- a) El incumplimiento de las obligaciones que implique el compromiso de actividad y que se concretan en el plan personal de inserción laboral, salvo causa justificada.  
Para la aplicación del cumplimiento del compromiso de actividad, el servicio público de empleo competente deberá tener en cuenta la condición de víctima de violencia de género o doméstica, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito.
- b) No comparecer, previo requerimiento, ante el Servicio Público de Empleo Estatal o ante los Servicio Públicos de Empleo, no renovar

<sup>55</sup> Art. 9.5 RD 1369/2006.

<sup>56</sup> Art. 9.1 RD 1369/2006.

- la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación correspondiente, o no devolver en plazo a los Servicios Públicos de Empleo del correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas, salvo causa justificada.
- c) Rechazar una oferta de colocación adecuada o la participación en programas de empleo o en acciones de inserción, orientación, promoción, formación o reconversión profesionales, salvo causa justificada.
  - d) Trabajar por cuenta propia o ajena a tiempo completo por un período igual o superior a seis meses.
  - e) Obtener pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social que sean incompatibles con el trabajo o que, sin serlo, excedan en su cuantía de los límites que se fijan para poder percibir la renta activa de inserción, 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las extraordinarias; así como obtener ayudas sociales como víctima de violencia de género que no puedan participar en programas de empleo.
  - f) Dejar de reunir el requisito de carencia de rentas por período superior a seis meses.
  - g) Acceder a una prestación por desempleo, a un subsidio por desempleo o a la renta agraria.
  - h) El traslado al extranjero, salvo que tenga por objeto la búsqueda o realización de un trabajo, para realizar acciones de perfeccionamiento profesional, o para la cooperación internacional por un período inferior a seis meses.
  - i) Renuncia voluntaria a la renta activa de inserción.
  - j) Obtener o mantener indebidamente la percepción de la renta activa de inserción.
  - k) Agotar el plazo máximo de duración de la renta activa de inserción.

En relación con estas causas de baja, en particular con las tres primeras, referentes a las obligaciones de los beneficiarios, cabe deducir que los beneficiarios de la RAI están bajo la sospecha de fraude, lo que ha llevado a un duro régimen sancionador que contrasta con el trato más benévolo del resto de las prestaciones por desempleo<sup>57</sup>.

Cuando la baja en el programa de renta activa de inserción se derive de incumplimientos o irregularidades en la actuación del beneficiario<sup>58</sup>, la tra-

<sup>57</sup> Como ha puesto de manifiesto la doctrina, entre otros, ESTEBAN LEGARRETA, R. «La renta activa de inserción», *op. cit.*, págs. 79 y ss; MOLINA NAVARRETE, C. y VALLECILLO GÁMEZ, M.ªR. «El régimen de estabilidad...», *op. cit.*, págs. 143-144.

<sup>58</sup> Art. 11.4 RD 1369/2006.

mitación de la misma se iniciará con la información sobre tales incumplimientos, cursándose una baja cautelar en el programa, y dándose audiencia al interesado para que, en el plazo de 15 días, formule por escrito las alegaciones que considere oportuno. Transcurrido dicho plazo se adoptará la resolución que corresponda, en los 15 días siguientes.

Los trabajadores que causen baja definitiva podrán volver a ser admitidos cuando reúnan de nuevo los requisitos, lo soliciten y suscriban el compromiso de actividad<sup>59</sup>.

El Servicio Público de Empleo Estatal es competente para resolver sobre las bajas y las reincorporaciones al programa, debiendo comunicarse igualmente sus resoluciones a los Servicios Públicos de Empleo competentes a los efectos que correspondan, en relación con la continuidad, o no, de las acciones de inserción laboral.

## 7. PRESTACIÓN ECONÓMICA Y COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

### 7.1. La renta activa de inserción. Cuantía

Los trabajadores, como consecuencia de su admisión y mantenimiento en el programa, tendrán derecho a percibir una prestación económica denominada renta activa de inserción. El nacimiento y el mantenimiento del derecho a la renta activa de inserción conllevan la participación obligatoria del beneficiario en alguna de las acciones de inserción laboral que le sean ofrecidas. Se configura, por tanto, como una contraprestación derivada del compromiso de actividad<sup>60</sup>.

La cuantía de la renta activa de inserción coincide con la del subsidio por desempleo, cuya cuantía es del 80% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente en cada momento<sup>61</sup>. Desde su implantación en el año 2000, había sido igual al 75% del SMI vigente, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, hasta que el RD 205/2005 recoge de forma expresa la referencia al IPREM como módulo de cálculo de esta prestación, para adaptarla a la reforma operada por el RD Ley 3/2004, de 25 de junio, indicando que la cuantía de la RAI será igual al 80% del IPREM<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Art. 9.2 RD 1369/2006.

<sup>60</sup> En este sentido, MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.<sup>a</sup> «El carácter dual del contenido...», *op. cit.*, pág. 81.

<sup>61</sup> Art. 4 RD 1369/2006.

<sup>62</sup> Desde la entrada en vigor del RD Ley 3/2004, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, deben entenderse



No obstante, a diferencia de lo que sucede con algunos supuestos de subsidio de desempleo, en la cuantía de la RAI no se tiene en consideración la situación familiar del beneficiario, lo que es criticable teniendo en cuenta que la situación económica de la unidad familiar puede dar lugar a la exclusión del programa y principalmente porque desde el programa para el año 2001 pueden tener acceso al programa beneficiarios sin responsabilidades familiares<sup>63</sup>. Al respecto, Molina Navarrete y Vallecillo Gámez señalan que, con ello el Gobierno pone énfasis en su función de incentivo para el retorno a la actividad retribuida y no de protección de otras situaciones de necesidad de personas que están en graves dificultades económicas, con lo que el principio constitucional de suficiencia se resiente notablemente<sup>64</sup>.

## 7.2. Nacimiento y duración máxima de la RAI

La duración máxima de la percepción de la renta activa de inserción será de once meses, siempre que el trabajador continúe en el programa<sup>65</sup>. Tradicionalmente venía fijada su duración en diez meses y pasó a un máximo de once meses con el RD 205/2005.

El derecho a la percepción de la renta activa de inserción nace a partir del día siguiente a la fecha de solicitud de admisión al programa<sup>66</sup>. En relación con el devengo de la renta se presenta otra de las novedades recogidas por el RD 1369/2006, pues desaparece el plazo de espera de un mes y se generaliza la previsión que hasta el momento estaba reservada para las víctimas de violencia de género.

Desde el primer programa se estableció un período de espera de tres meses, contado desde la fecha de solicitud de incorporación al programa, destinado a iniciar la aplicación de las políticas activas de empleo en él previstas, aunque el RD 945/2003 precisó que las víctimas de violencia doméstica que hayan obtenido del juez una orden de protección iniciarán el devengo de la cuantía de la renta a partir del día siguiente a la fecha de solicitud de admisión al programa. El programa para 2005, manteniendo la ex-

---

referidas al IPREM las cuantías de las prestaciones por desempleo; entre ellas, expresamente, la cuantía de la renta activa de inserción, establecida en la disposición final 5.<sup>ª</sup>4 del TRLGSS, que será igual al 80% del IPREM mensual vigente en cada momento (art. 3.2 RD Ley 3/2004).

<sup>63</sup> En este sentido, ESTEBAN LEGARRETA, R. «La renta activa de inserción», *op. cit.*, págs. 62-63.

<sup>64</sup> MOLINA NAVARRETE, C. y VALLECILLO GÁMEZ, M.<sup>ª</sup>R. «El régimen de estabilidad...», *op. cit.*, pág. 137.

<sup>65</sup> Art. 5 RD 1369/2006.

<sup>66</sup> Arts. 8.2 y 12.1 RD 1369/2006.

cepción anterior, reduce de tres meses a un mes el referido período de espera, con lo que queda asimilado al establecido en el art. 215.1 del TRLGSS para los solicitantes del subsidio por desempleo.

La desaparición del período de espera merece, a nuestro juicio, una valoración positiva, sobre todo teniendo en cuenta las particularidades de los colectivos a los que va dirigido el programa, los cuales no únicamente tienen especiales dificultades para encontrar trabajo, sino que también se encuentran con graves dificultades económicas. Por ello, resultaba necesario garantizar a los beneficiarios del programa, desde su incorporación al mismo, un mínimo de subsistencia como condición previa o complemento necesario de las políticas de inserción laboral <sup>67</sup>.

El abono de la renta se efectuará por mensualidades de treinta días dentro del mes inmediato siguiente al que corresponde el devengo, a través de la Entidad Financiera que el trabajador determine, previa domiciliación en cuenta, salvo en los casos, debidamente justificados en los que la Entidad Gestora permita el pago en efectivo por la Entidad Financiera.

### 7.3. Cotización a la Seguridad Social

Otra de las novedades que incorpora el programa recogido en el RD 1369/2006 es la cotización a la Seguridad Social. En efecto, a partir del 6 de diciembre del 2006, durante la percepción de la renta activa de inserción, el Servicio Público de Empleo Estatal viene obligado a cotizar por la contingencia de asistencia sanitaria y, en su caso, protección a la familia, tomándose como base de cotización el tope mínimo de cotización vigente en cada momento <sup>68</sup>. A diferencia de la protección típica de los niveles contributivo y asistencial de protección por desempleo, la ofrecida por los programas anuales de renta activa de inserción no implicaba obligación de cotizar para el Servicio público de Empleo por ninguna contingencia <sup>69</sup>.

Por tanto, cabe destacar el acercamiento con los otros niveles de desempleo. Sin embargo, no se trata de una novedad relevante, ya que el al-

<sup>67</sup> Como había puesto de manifiesto la doctrina, entre otros, MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.<sup>a</sup> «El carácter dual...», *op. cit.*, pág. 84; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. «El programa de renta...», *op. cit.*, pág. 918.

<sup>68</sup> Art. 4.3 RD 1369/2006 y art. 218.1 y 4 LGSS

<sup>69</sup> Exclusión que había sido criticada por la doctrina, entre otros, MOLINA NAVARRETE, C. «Las rentas de inserción...», *op. cit.*, pág. 178; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. «El programa de renta...», *op. cit.*, pág. 917; ESTEBAN LEGARRETA, R. «La renta activa de inserción», *op. cit.*, pág. 71, en el sentido de reforzar la exclusión del sistema a sus beneficiarios, «al negárseles el efecto estético indudable que genera una cierta conexión, aunque sea meramente formal, con el sistema de Seguridad Social».

cance de esta cotización es muy limitado, se reduce a las cotizaciones correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria y protección a la familia, y las prestaciones citadas no están sujetas a períodos de carencia, es más, las prestaciones económicas de protección a la familia son de naturaleza no contributiva y la prestación de asistencia sanitaria, tratándose de personas sin recursos económicos, accederán a ella por la vía del D 1088/1989, de 8 de septiembre<sup>70</sup>. Si hubiese sido una mejora real de la acción protectora, la cotización por jubilación, contemplada sólo para los subsidios de mayores de 52 años<sup>71</sup>.

#### 7.4. Régimen de compatibilidades e incompatibilidades

La renta activa de inserción es incompatible<sup>72</sup>:

- a) Con la obtención de rentas de cualquier naturaleza que superen los límites establecidos como requisito de acceso a la renta de inserción. No se computaran a estos efectos las rentas que provengan de acciones o trabajos compatibles con la percepción de la renta.
- b) Con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo, o de la renta agraria.
- c) Con las pensiones o prestaciones económicas de la Seguridad Social que sean incompatibles con el trabajo o que, sin serlo, excedan en su cuantía del límite de ingresos exigido para el acceso a la renta de inserción.

La pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual será compatible con la percepción de la renta activa de inserción, aún cuando después del reconocimiento de aquélla no se hubiera realizado trabajo alguno, computándose como renta el importe de la pensión.

- d) Con la realización simultánea de trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo, sin perjuicio de percibir en estos supuestos la ayuda para incentivar el trabajo prevista en el art. 6.
- e) Con las ayudas sociales que se pudieran reconocer a las víctimas de la violencia de género que no puedan participar en programas de empleo. Ayudas recogidas en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral con-

<sup>70</sup> En esta línea, ESTEBAN LEGARRETA, R. «La renta activa de inserción», *op. cit.*, pág. 70., critica el futuro programa estable, hoy recogido en el RD 1369/2006.

<sup>71</sup> Como apuntan, MOLINA NAVARRETE, C. y VALLECILLO GÁMEZ, M.ªR. «El régimen de estabilidad...», *op. cit.*, pág. 125.

<sup>72</sup> Art. 10.1 RD 1369/2006.

tra la Violencia de Género, y reguladas en el RD 1452/2005 de 2 de diciembre.

La percepción las referidas rentas, prestaciones o ingresos producirá la baja definitiva o temporal en el programa de renta activa de inserción, en los términos antes referidos.

La renta activa de inserción será compatible <sup>73</sup>:

- a) Con las becas y ayudas, de cualquier naturaleza, que se pudieran obtener por la asistencia a acciones de formación profesional vinculadas al Plan nacional de formación e inserción profesional.
- b) Con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial. En este caso se deducirá del importe de la renta activa de inserción la parte proporcional al tiempo trabajado y el período de la renta pendiente de percibir mientras se compatibiliza con el trabajo se ampliará en la misma parte proporcional. La nueva regulación, con una redacción más acorde con el contrato a tiempo parcial señala que, la reducción de la cuantía de la renta y la ampliación del período pendiente de percibir será proporcional al tiempo trabajado.

La realización del trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial no supondrá la baja en el programa durante el tiempo en que el trabajo se compatibilice con la percepción de la renta activa de inserción; no obstante, durante ese tiempo no se exigirá el cumplimiento de las obligaciones como demandante de empleo, salvo renovar la demanda de empleo, ni la participación en acciones de inserción laboral.

### 7.5. Otras ayudas económicas

En el marco del programa de renta activa de inserción se prevén también otras ayudas económicas, en los casos siguientes:

- \* Cambio de residencia a las víctimas de violencia de género o doméstica. Las víctimas de la violencia de género o doméstica que se hayan visto obligadas a cambiar de domicilio por esa causa y que acrediten haberlo hecho en los 12 meses anteriores a la solicitud de admisión al programa, o durante su permanencia en el mismo, podrán percibir en un pago único una ayuda suplementaria de cuantía equivalente a tres meses de renta activa de inserción, a partir del día siguiente a aquel en que se solicite, sin que ello reduzca la duración máxima la renta establecida con carácter general. Esta ayu-

<sup>73</sup> Art. 10.2 RD 1369/2006.

da se puede percibir una sola vez por cada derecho a la admisión al programa <sup>74</sup>.

Se trata de una ayuda introducida por primera vez en el programa para el año 2003, y que se mantiene pese a no estar vinculada directamente con el objetivo de la reinserción profesional, sino más bien asistencial; por ello, el RD 1369/2006 la incluye con carácter transitorio en la disposición transitoria 1.ª hasta tanto se establezca una financiación y consignación presupuestaria al margen del sistema de protección por desempleo. La ayuda se prevé tanto para las víctimas de violencia de género como doméstica, a diferencia del programa para el año 2005 que únicamente se refería a la violencia de género., para las víctimas de violencia doméstica.

- \* Ayuda para incentivar el trabajo <sup>75</sup>, introducida como novedad en el programa para 2005. Cuando los trabajadores admitidos al programa realicen un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo por tiempo inferior a seis meses <sup>76</sup>. La ayuda equivale al 25 por 100 de la cuantía de la renta de durante un máximo de 180 días, con independencia del número de contratos de trabajo o actividades por cuenta propia realizadas. La percepción de la ayuda no minorará la duración de la renta activa de inserción y no se aplicará a los contratos de inserción u otros contratos subvencionados por el Servicio Público de Empleo Estatal. Su abono será mensual, por los días que el trabajador figure de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, o por los días efectivos de actividad como trabajador autónomo <sup>77</sup>.

El Servicio Público de Empleo Estatal es el organismo competente para el reconocimiento, pago, control y gestión de la renta activa de inserción y las otras ayudas económicas previstas en el Programa en los mismos términos fijados para las prestaciones por desempleo.

## 8. GESTIÓN DEL PROGRAMA DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

La gestión del programa de renta activa de inserción corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal (o al Instituto Social de la Marina, en rela-

<sup>74</sup> Disposición transitoria 1.ª RD 1369/2006.

<sup>75</sup> Art. 6 RD 1369/2006.

<sup>76</sup> El trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo por seis meses o más determina la baja definitiva en el programa de renta activa de inserción, según el 9.1 d) RD 1369/2006.

<sup>77</sup> Art. 12.4 RD 1369/2006.



ción con los trabajadores desempleados procedentes del Régimen Especial del Mar), que será la entidad competente para reconocer o denegar el derecho a la admisión al programa, resolver las bajas y las reincorporaciones al mismo, así como para conceder las ayudas para incentivar el trabajo y para cambio de residencia de víctima de violencia de género. Asimismo, efectuará el pago de la renta y de las ayudas anteriormente citadas, la cotización a la Seguridad Social, el control de requisitos e incompatibilidades, la exigencia de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, incluidas las compensaciones o descuentos en las prestaciones por desempleo o en la renta activa de inserción de las cantidades indebidamente percibidas por tales conceptos, en los mismos términos establecidos con carácter general para las prestaciones por desempleo <sup>78</sup>.

Además, el RD 1369/2006 prevé, al igual que sus predecesores, el establecimiento de convenios de colaboración entre el Servicio Público de Empleo Estatal y las Comunidades Autónomas para desarrollar las actuaciones necesarias para el cumplimiento del programa. Por otra parte, para garantizar la necesaria coordinación se establece que, las CC.AA proporcionarán información al Servicio Público de Empleo sobre los demandantes de empleo atendidos en las distintas acciones de inserción laboral y sobre las reincorporaciones al trabajo, o a planes de empleo y formación, así como sobre los incumplimientos de las obligaciones que se hayan detectado, e informarán sobre estos últimos en el momento en que se produzcan. A su vez, el Servicio Público de Empleo proporcionará a las CC.AA información sobre las admisiones, bajas o reincorporaciones al programa en el momento en que se produzcan <sup>79</sup>.

## 9. CONCLUSIONES

La norma comentada nos parece muy positiva, ya que estabiliza el régimen jurídico de una figura que amplía la acción protectora por desempleo, y que avanza hacia el objetivo de extender dicha protección a personas en proceso de búsqueda de empleo y en situación real de necesidad, sin exigir la pérdida de un empleo previo. Quizás el rasgo más positivo a destacar de la RAI sea la desvinculación de la protección con una actividad retribuida anterior, presupuesto típico de las situaciones de desempleo protegidas tradicionalmente por nuestro ordenamiento jurídico. De ahí que pueda considerarse como el último nivel o escalón de la protección por desempleo.

<sup>78</sup> Art. 13.1 RD 1369/2006.

<sup>79</sup> Art. 14 RD 1369/2006.

Cabe destacar que el programa de renta activa de inserción se presenta como una medida compleja, ideal para hacer frente a la situación de desempleo de los más necesitados. En efecto, el tratamiento idóneo para combatir el desempleo no sólo pasa por facilitar una ayuda económica, sino complementar la misma con medidas adecuadas de inserción laboral que fomenten la capacidad de inserción de los parados, en particular de aquellos cuyas posibilidades de ocupación son menores. Aunque, la protección por desempleo, desde la Ley 31/1984, considera que a los desempleados no sólo hay que posibilitarles una prestación económica, sino que al mismo tiempo se desarrollarán acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación y reconversión profesionales; sin embargo, esta vertiente técnica es mucho más intensa en la RAI, convirtiéndose en el eje central de la propia estructura del programa. La RAI estimula la formación del demandante de empleo y, puede suponer, bien gestionada, una herramienta de indudable valor para la inserción laboral de los colectivos a los que va dirigida, ya que atiende cada situación de necesidad de una forma individualizada, a través de un itinerario personalizado de inserción.

Sin duda, y para terminar, la mejora más significativa que presenta el nuevo Programa es el establecimiento de un régimen jurídico estable para esta singular figura, la Renta Activa de Inserción, que se consolida como prestación del Sistema de Seguridad Social. No obstante, consideramos que, su integración permanente en la acción protectora por desempleo aconseja que, al menos, su regulación básica debiera recogerla una norma con rango legal, es más, debería de integrarse en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social como el resto de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social.





## ASPECTOS PROCESALES DE LAS CONTRATAS

DULCE SORIANO CORTÉS

*Profesora asociada de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
Universidad de Cádiz

### EXTRACTO

Son escasos los trabajos que encontramos dedicados a las cuestiones procesales en el ámbito de las contratas, lo que de entrada puede inducir a pensar que realmente no plantean ninguna problemática procesal; más bien, cabe entender que las múltiples cuestiones de índole sustantivo que plantean las contratas no pueden más que tener una igualmente compleja traducción en las cuestiones procesales. Sin ánimo exhaustivo nos vamos a limitar a tratar algunas de ellas, concretamente las que vienen a coincidir con la constitución de la relación jurídico-procesal para exigir responsabilidades económicas en los supuestos de contratas, especialmente, las de carácter solidario, así como una breve alusión a los cauces procesales y a la ejecución de sentencias. De particular interés es la primera de las cuestiones planteadas, esto es, la calificación de la figura del litisconsorcio pasivo en los supuestos de solidaridad del art. 42 ET. Aunque esta cuestión no resulta pacífica entre la doctrina, a nuestro juicio, no estamos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario ya que este tipo de responsabilidades conjuntas se ponen a disposición de los trabajadores, como medida de utilidad y no como una imposición, de tal forma que el actor podrá dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, sin estar obligado a dirigir la demanda contra todos los implicados, esto es, el proceso será correcto aunque estas «partes opcionales» no sean demandadas. Esta calificación reporta indudables ventajas para el trabajador en las situaciones concursales y en los supuestos de cadenas de contratas.

No obstante, desde la perspectiva práctica procesal, lo más normal y aconsejable será dirigir la demanda contra todos los sujetos implicados en los supuestos de contratas. Y ello, especialmente porque el nacimiento de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET requiere un pronunciamiento judicial previo sobre la realidad empresarial que sirve de base a la petición de la demanda, cuya trascendencia y envergadura se pone de manifiesto en que dicha realidad empresarial subyacente, en buena medida, condicionará no sólo el éxito o fracaso de la demanda, sino el régimen jurídico aplicable, así como el alcance subjetivo y objetivo del fallo. En atención a esta incierta situación en la que el título de responsabilidad solidaria no está previamente constituido sino que precisamente se trata de constituirlo mediante la sentencia, resultaría aconsejable que el demandante extendiera su reclamación frente al mayor número de posibles implicados en dicha responsabilidad solidaria, para aumentar así las posibilidades de efectividad del cobro de su derecho de crédito, o al menos debiera demandar a todas aquellas personas o entidades de quienes pretenda hacer efectivo el derecho de crédito en dicho proceso.



## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO-PROCESAL EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATAS: LA INSTITUCIÓN DEL LITISCONSORCIO
3. CAUCES PROCESALES
4. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

## 1. INTRODUCCIÓN

Las contratas han sido objeto de numerosos estudios desde una perspectiva jurídico-laboral, pero la mayoría de tales trabajos se refieren a cuestiones de Derecho Sustantivo sin que encontremos tratamiento de la materia procesal. Esta descompensación entre la atención prestada por la doctrina a tales cuestiones sustantivas frente a las procedimentales no hace sino poner de manifiesto la indudable relevancia que con carácter general presentan aquéllas frente a éstas; reflejo, a su vez, de la ausencia de tratamiento procesal por parte del legislador de aquellos conflictos generados en el marco de una contrata que han de ser resueltos en sede jurisdiccional. Así es, la LPL<sup>1</sup> no prevé modalidades procesales específicas para las pretensiones que nazcan de los conflictos generados en supuestos de subcontratación; de ahí, que éstas hayan de canalizarse a través de las modalidades legales previstas, comunes o especiales, que se adecuen a la naturaleza de la cuestión objeto de litigio. Esta ausencia de tratamiento jurídico-procesal directo podría inducirnos a pensar que realmente no hay cuestiones procesales relevantes dignas de consideración que, por otro lado, justificarían ese silencio normativo. En apoyo de esa supuesta irrelevancia podríamos apuntar la escasísima atención prestada por la doctrina a tales cuestiones procesales<sup>2</sup>, frente a la abundante aportación doctrinal sobre los problemas sustantivos, o de fondo, en materia de contratas. Pero tal simplista planteamiento estaría desatendiendo la compleja realidad que comporta el mundo de las contra-

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo, 2/1995, de 7 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE 11 abril).

<sup>2</sup> Los pocos trabajos referidos a estas cuestiones procesales no se ciñen exclusivamente a los supuestos de contratas sino que contemplan otros supuestos de descentralización productiva, pero, en cualquier caso, llevan a cabo una labor que resulta loable por pionera, poniendo el acento en las cuestiones más relevantes que merecen ser destacadas al respecto, JIMENO BULNES, M., «Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal en los supuestos de subcontratación de obras o servicios: la figura del litisconsorcio»; y ROMÁN DE LA TORRE, M.<sup>a</sup> D., «La descentralización productiva: tratamiento procesal de un problema sustantivo complejo», ambos trabajos en, PEDRAJAS MORENO, A., (Dir.) *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

tas, pues, desde un punto de vista material, son múltiples los problemas de índole sustantivo que presentan, por lo que ello no puede sino tener una traducción igualmente compleja desde el punto de vista procesal. Además, no olvidemos el importante papel que las normas adjetivas representan en orden a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en la medida en que constituyen el vehículo a través del cual los trabajadores podrán hacer valer sus derechos frente a los empresarios implicados en los supuestos de contratas que requerirá un pronunciamiento judicial. No obstante, y sin ánimo exhaustivo nos vamos a limitar a tratar sólo algunas cuestiones procesales que nos han resultado de interés en relación a la materia y que vienen a coincidir con la constitución de la relación jurídico-procesal para exigir responsabilidades económicas en los supuestos de contratas, especialmente, las de carácter solidario, así como una breve alusión a los cauces procesales y a la ejecución de sentencias.

Pero antes de abordar la primera de las cuestiones planteadas, un breve apunte en torno al orden jurisdiccional competente para conocer de tales cuestiones. El art. 1 LPL claramente atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social la competencia para conocer de las pretensiones que se promuevan dentro de esta rama del Derecho en conflictos tanto individuales como colectivos<sup>3</sup>. Si bien, la propia LPL añade algunas precisiones para delimitar con mayor claridad el ámbito competencial del orden jurisdiccional social, refiriéndose expresamente a materias incluidas en este ámbito competencial (art. 2 LPL), a otras excluidas (art. 3 LPL), y finalmente, a las competencias de este orden en relación con las cuestiones prejudiciales (art. 4 LPL). Concretamente, podemos destacar la competencia del orden social para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo<sup>4</sup>, salvo lo dispuesto en la Ley Concursal<sup>5</sup>. Al no establecer más excepción que la anteriormente señalada hemos de entender que la competencia del orden social se extiende a todo lo que desde la óptica de Derecho sustantivo se produzca en el marco del «contrato de trabajo»<sup>6</sup>; y ello, tanto respecto a las cuestio-

<sup>3</sup> En el mismo sentido, el art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al orden social el conocimiento de los conflictos, tanto individuales como colectivos, que versen sobre la rama social del Derecho, introduciendo algunas precisiones, si bien, muy genéricas, que la identifican.

<sup>4</sup> En el ámbito concreto de la Administración Pública hay que matizar que la imputación al orden social se ciñe a los litigios que se planteen respecto del personal laboral, pues, respecto de los funcionarios, el orden jurisdiccional competente es el contencioso-administrativo.

<sup>5</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, (BOE 10 de julio), a la que nos referiremos posteriormente.

<sup>6</sup> Esta amplitud de la atribución competencial al orden social nos permite entender que incluye el conocimiento de las posibles cuestiones que surjan en los momentos previos a la

nes surgidas en las relaciones laborales ordinarias como en las relaciones laborales de carácter especial, cuya normativa específica reitera, en la mayor parte de los supuestos, la competencia del orden social<sup>7</sup>. De otro lado, la LPL también menciona a la materia de Seguridad Social dentro del ámbito competencial del orden social, incluida la protección por desempleo (art. 2, b) LPL); si bien, hay que matizar que el art. 3.1,b) LPL excluye la gestión recaudatoria de la competencia del orden social, entendiéndose por tal, la referida a las cuotas y cuestiones relativas a cotizaciones de Seguridad Social<sup>8</sup>, cuyo conocimiento se reserva al orden contencioso-administrativo. En esta línea, nos hacemos eco de la jurisprudencia que ha delimitado dos campos en la materia, las cotizaciones y las prestaciones, reservando la competencia sobre éstas últimas, tanto si son contributivas como si no, al orden social<sup>9</sup>. También se incluye dentro del orden social el conocimiento de las cuestiones litigiosas en la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o convenio colectivo (art. 2,c) LPL).

De otro lado, está sustraído al conocimiento del orden social, las pretensiones que versen sobre impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral (art. 3.1, c) LPL)<sup>10</sup>. No obstante, se exceptúan de la regla anterior, y por tanto, sí se atribuyen al orden social, los recursos jurisdiccionales contra las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por

---

relación laboral, como son los problemas de la propia calificación de la relación y las de los tratos preliminares y precontractuales. En este sentido, STSJ Andalucía (Sevilla) 19/7/1994, Ar. 3114, en la que se reconoce su competencia en esta fase previa, concretamente respecto a la determinación de la indemnización de daños por incumplimiento de un precontrato; no obstante, los problemas surgidos en la fase de selección del personal de las Administraciones Públicas, aún cuando sea respecto del personal laboral, competen al orden contencioso-administrativo por cuanto afectan a normas de Derecho Administrativo. Además, hemos de considerar incluido en este ámbito de lo social cualquier otro conflicto surgido durante la vida de la relación laboral, como son por ejemplo, las reclamaciones derivadas de posibles incumplimientos de las correspondientes obligaciones empresariales, entre otras, las salariales; las referidas a la seguridad y salud laboral, STS, social, ud., 23/6/1998, Ar. 5787; y las relativas a despidos y extinciones individuales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del art. 52,c) ET.

<sup>7</sup> AAVV., *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo blanc, Valencia, 2004, pág. 29.

<sup>8</sup> SSTS social, ud., 26/9/2000, Ar. 8287; 17/4/1995, Ar. 3261.

<sup>9</sup> STS, social, 20/7/1990, Ar. 6444.

<sup>10</sup> Además, el art. 3 LPL excluye del conocimiento del orden social las cuestiones litigiosas relativas a los derechos de libertad sindical y huelga de los Funcionarios Públicos, así como las cuestiones antes mencionadas relativas a actuaciones de gestión recaudatoria de la Seguridad Social.

todo tipo de infracciones de orden social y contra las resoluciones relativas a expedientes de regulación de empleo y traslados colectivos<sup>11</sup>; si bien dicha atribución se encuentra diferida hasta que se produzca una reforma de la propia LPL que contemple las modalidades y especialidades procesales correspondientes a tales supuestos (art. 3.3 LPL)<sup>12</sup>, por lo que de momento siguen siendo cuestiones de las que conoce el orden contencioso-administrativo.

De otro lado, la Ley Concursal nos obliga a realizar algunas precisiones al respecto, en la medida en que ha introducido algunos importantes cambios competenciales en tales supuestos de concurso. Concretamente, el art. 8 de la mencionada Ley declara competente para conocer del concurso a los jueces de lo mercantil, quienes de forma exclusiva y excluyente conocerán de las materias allí previstas<sup>13</sup>. Por lo que ahora nos interesa, subrayar que las demandas planteadas ante el Juez de lo social que tengan por objeto hacer efectiva la exigencia de responsabilidades económicas en casos de contratas, cuando alguno de los empresarios implicados esté inmerso en un procedimiento de concurso, hemos de tomar en consideración lo dispuesto en el art. 8.3.º Ley Concursal, en el que se declara competente al juez del concurso respecto de la ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. De esta forma, los juicios declarativos en los que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación en el momento de la declaración del concurso, se continuarán hasta la firmeza de la sentencia, si bien, se acumularán aquellos que se estén tramitando en primera instancia, competencia del juez del concurso, conforme al art. 8 Ley Concursal, y respecto de los que el Juez del concurso considere que su resolución tiene «trascendencia sustancial» para la formación del inventario o de la lista de acreedores, art. 51.1 Ley Concursal. En cualquier caso, la Ley Concursal añade que los Jueces de lo social deberán abstenerse de conocer las demandas ante ellos planteadas de las que deba conocer el Juez del concurso, previendo a las partes que usen su derecho ante éste. Asimismo, declarado el concurso, los Jueces de lo social ante los que se ejerciten acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase, art. 50 Ley Concursal.

<sup>11</sup> A excepción de las previstas en el art. 3.2 LPL.

<sup>12</sup> La nueva redacción de este art. 3 LPL se debe a la disp. adic. 5.ª de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, modificada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

<sup>13</sup> Entre otras, el conocimiento de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección.



Además, hemos de tomar en consideración la disposición final decimoquinta de la Ley Concursal en la que por un lado se dispone expresamente que «en caso de concurso, se estará a lo establecido en la Ley Concursal»<sup>14</sup>; y por otro, se niega el carácter supletorio de la LPL respecto de las cuestiones litigiosas sociales que se planteen en caso de concurso y cuya resolución corresponda al Juez del concurso que habrán de resolverse conforme a la Ley Concursal<sup>15</sup>.

## 2. LA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO-PROCESAL EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATAS: LA INSTITUCIÓN DEL LITISCONSORCIO

Por lo que se refiere a la imputación de responsabilidades económicas, el art. 42 ET<sup>16</sup> constituye la regulación nuclear en materia de contratatas. Pero no es la única aplicable a estos supuestos, pues, también el art. 1597 Código Civil<sup>17</sup> encuentra acogida en la materia, cuyo tenor literal establece la llamada acción directa que puede ejercitarse contra el «dueño de la obra». Esta acción entra en juego tanto en los supuestos de contratatas como en los de subcontratatas, por lo que estarán legitimados pasivamente tanto el «dueño de la obra» o empresario principal, como el contratistas o subcontratistas intermedios respecto de los subcontratistas que se hallen en grado inferior de la cadena de subcontratatas y de los que ponen su trabajo o materiales para éstos. Y ello porque el contratista asume la posición y obligaciones del empresario principal respecto del subcontratista, pudiendo ser considerado por sus trabajadores, a estos efectos, como «dueño de la obra» o empresario principal. Para ejercitar la acción directa contra el dueño de la obra o contra la persona legitimada pasivamente, basta dirigir la demanda frente a él sin necesidad de tener que dirigirse contra el contratista, quedando en tal caso perfectamente constituida la relación jurídico-procesal, e igualmente, cabrá la posibilidad de proceder contra todos ellos simultáneamente<sup>18</sup>.

Pero, sin duda, la cuestión más relevante se plantea en torno al art. 42 ET, y es la relativa a los problemas que en la práctica plantea la regla de la solidaridad respecto a la constitución de la relación jurídico-procesal. Cier-

<sup>14</sup> Apartado 5 que se añade al art. 235 LPL.

<sup>15</sup> Disposición adicional 8.ª añadida a la LPL.

<sup>16</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, (BOE 29 de marzo).

<sup>17</sup> En adelante, CC.

<sup>18</sup> En este sentido, LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario al art. 1597 del Código Civil», en, ALBALADEJO, M., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales». *Revista de Derecho Privado*, Tomo XX, Vol. 2, Madrid, 1986, págs. 455 y 456.

tamente, en este sentido, cabe avanzar que el art. 42 ET al concretar el derecho de información de los trabajadores de las contratas respecto a la «identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento», permite al trabajador identificar en todo momento a los posibles sujetos, a quienes, en su caso, podrá exigir responsabilidad en la materia. Ello, entre otros fines, y en los términos procesales que ahora nos ocupan, contribuye a hacer real el acceso al proceso.

La regulación contenida en el Código Civil de tales obligaciones solidarias nos sirve de base jurídica para su tratamiento procesal<sup>19</sup>. Concretamente, y partiendo de la regla que establece la no presunción de la solidaridad, el Art. 1137 CC predica la legitimación individual de cada uno de los acreedores y deudores solidarios y el derecho del acreedor a exigir y la obligación del deudor de prestar por entero el objeto de la misma; ello, sin perjuicio de la acción de «regreso» o «reembolso» prevista en el art. 1145 CC a favor del deudor diligente contra los restantes codeudores. De otro lado, el art. 1144 CC establece la posibilidad de que el acreedor dirija la acción contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente<sup>20</sup>. Con ello, se está haciendo referencia a la institución del litisconsorcio o proceso con pluralidad de partes<sup>21</sup>, que se produce cuando en alguna de las posiciones de demandante y demandado, o en ambas, existen varias personas que ostentan o pueden ostentar la legitimación. El más habitual es el de pluralidad en la posición de legitimado pasivo<sup>22</sup>, esto es, pluralidad de demandados que desemboca en la constitución de litisconsorcios pasivos. Éstos se producen, sobre todo, allí donde la legislación material establece formas variadas de responsabilidad solidaria o subsidiaria res-

<sup>19</sup> Un estudio de tales obligaciones tras la Ley de Enjuiciamiento Civil, en, CAFFARENA LAPORTA, J., y ATAZ LÓPEZ, J. (Coord.), *Las obligaciones solidarias*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

<sup>20</sup> Opuestas a las obligaciones solidarias, se encuentran las obligaciones mancomunadas o indivisibles en las que sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores, de tal forma que la falta de alguno de ellos supone la defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, y así el rechazo de la demanda, incluso de oficio por el propio juzgador, art. 1139 CC.

<sup>21</sup> Haciéndose eco de la doctrina italiana, JIMENO BULNES, M., «Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal en los supuestos de subcontratación de obras o servicios: la figura del litisconsorcio», *op. cit.*, pág. 292. Igualmente, AAVV., *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo blanch, *op. cit.*, págs. 87 y ss.

<sup>22</sup> Concretamente, el litisconsorcio activo necesario es una situación infrecuente porque generalmente no existen razones para que la defensa de unos derechos o intereses por parte de su titular se haga depender de una actuación conjunta con otras personas. Sólo encontramos algunos supuestos concretos, por ejemplo, en los procesos colectivos a nivel de empresa por las representaciones unitarias cuando existan varias pero todas ellas con ámbito de centro de trabajo, AAVV., *Derecho Procesal Laboral...*, *op. cit.*, págs. 88 a 90.

pecto de las deudas laborales o de Seguridad Social<sup>23</sup>, como son: el art. 42 y 44 ET, 16.2 LETT<sup>24</sup> y 127 LGSS<sup>25</sup>.

La regulación del litisconsorcio por parte de la norma procesal laboral es escasa<sup>26</sup>; no obstante, la disposición adicional primera de la LPL y el art. 4 Ley Enjuiciamiento Civil<sup>27</sup> establecen el carácter supletorio de ésta en defecto de regulación expresa en la norma procesal laboral<sup>28</sup>. Concretamente, el art. 12 LEC contiene una referencia directa a las dos modalidades posibles de litisconsorcio: el voluntario y el necesario. En virtud del primero de ellos, podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir; en este caso, la legitimación corresponde a título individual a cada uno de los litisconsortes, pudiendo litigar separadamente si así lo desean<sup>29</sup>. Por otro lado, el litisconsorcio necesario está previsto para cuando por razón de lo que sea objeto del juicio, la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados; en tal caso, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. En este último supuesto, existe una legitimación conjunta para todos los litisconsortes impuesta por la ley, quienes están obligados a litigar unidos por razón del objeto del litigio que constituye una pretensión única<sup>30</sup>; en

<sup>23</sup> Así lo ha destacado la doctrina, BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, 1995, pág. 56.

<sup>24</sup> Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE 2 de junio).

<sup>25</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Reunificado de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 29 de junio).

<sup>26</sup> El art. 19.1 LPL hace una referencia incidental contenida en las reglas de postulación y únicamente respecto al litisconsorcio activo y sin utilizar siquiera esta terminología, JIMENO BULNES, M., «Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal en los supuestos de subcontratación de obras o servicios: la figura del litisconsorcio», *op. cit.*, págs. 293 y 294.

<sup>27</sup> En adelante, LEC.

<sup>28</sup> Este carácter supletorio de la normativa civil también es destacado por, MUÑOZ ÁLVAREZ, G., «El litisconsorcio pasivo en la ley y en la jurisprudencia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 294, 15/5/1997, pág. 1; JIMENO BULNES, M., «Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal en los supuestos de subcontratación de obras o servicios: la figura del litisconsorcio», *op. cit.*, págs. 293 y 294.

<sup>29</sup> Art. 12.1 LEC. Algunos autores consideran que en tales supuestos no estamos ante litisconsorcio, propiamente dicho, sino ante acumulación de pretensiones, MONTERO AROCA, J., «Las partes en el proceso de trabajo: capacidad y legitimación», *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 400. No nos corresponde a nosotros abordar estas cuestiones, para ello, nos remitimos al estudio del mismo autor, *La acumulación de acciones en el proceso laboral*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, págs. 29 y ss.

<sup>30</sup> Art. 12.2 LEC.

palabras del TS, se ha de dirigir la acción «contra todas las personas a quienes afecte clara y directamente la pretensión que se formula, único medio de que no puedan resultar condenados o vencidos en juicio sin ser oídos, los que no fueron llamados al pleito debiendo serlo»<sup>31</sup>.

Junto a éstas dos categorías, algunos autores apuntan una tercera, importada desde Italia, denominada litisconsorcio «cuasi-necesario» y/o «impropiamente necesario»<sup>32</sup>, que se deriva no de previsión legal sino de la naturaleza de la propia relación jurídica material que exige una resolución única para todos los litisconsortes, quienes cuentan con una legitimación a título individual, que en caso de intervenir, habrán de hacerlo en un mismo proceso cuyo objeto es una única pretensión<sup>33</sup>.

La LPL aún sin calificarlos como tales, contempla supuestos concretos de litisconsorcio pasivo, tanto necesario como voluntario<sup>34</sup>. Respecto al primero de ellos, el litisconsorcio pasivo necesario, son diversos los supuestos que se desprenden de la norma: algunos en los que es la propia LPL la que expresamente lo prevé<sup>35</sup>; otros en los que se desprende de la aplicación práctica de las reglas que establece la propia LPL<sup>36</sup>; y otros en los que la aplicación de las reglas generales sobre legitimación conducen a entender que existen varios legitimados pasivos que deben ser demandados necesariamen-

<sup>31</sup> STS 15/11/1955, Ar. 2922.

<sup>32</sup> JIMENO BULNES, M., «Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal...», *op. cit.*, pág. 296. Negando la posibilidad de ésta tercera opción, SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Concepto y regulación positiva del litisconsorcio», *Revista de Derecho Procesal*, 1971, núm. 2-3, pág. 693.

<sup>33</sup> JIMENO BULNES, M., «Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal...», *op. cit.*, pág. 296, quien a su vez se hace eco de la definición aportada por, FIAREN GUILLÉN, V., «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, págs. 143 y 144: «cuando varias personas se hallan, ante un determinado evento jurídico, en situación de igualdad de calidad, de tal modo que teniendo legitimación con referencia al asunto cada una de ellas, sin embargo la resolución que los Tribunales puedan adoptar les afectará a todos, por ser única la relación que existe entre ellas y el evento, y modificado éste, se modifica esta relación unitaria derivada de la citada identidad de calidad».

<sup>34</sup> A todos ellos se refieren, AAVV., *Derecho Procesal Laboral...*, *op. cit.*, págs. 88 a 90.

<sup>35</sup> Se refieren a situaciones en las que las acciones que entable un trabajador contra su empresario afecten a otros trabajadores, o en los procesos colectivos, sean varios los sindicatos o asociaciones empresariales afectadas por los intereses colectivos que se dilucidan. Algunos ejemplos, art. 138.2 LPL en los procesos por movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, cuando la decisión empresarial hubiese sido acordada con el empresario o se discutan preferencias con otros trabajadores; arts. 162.4 y 163.2 LPL, relativos a los procesos sobre impugnación de convenios colectivos, o, en determinados supuestos de intervención del FOGASA en el proceso laboral regulados en el art. 23.2 LPL.

<sup>36</sup> Normalmente se dará en los procesos de impugnación de laudos arbitrales en materia electoral por aplicación del art. 129.1 LPL.

te<sup>37</sup>. En todas estas situaciones deben ser demandados, o en algunos casos, simplemente llamados al proceso, todos los legitimados pasivamente. De otro lado, en el litisconsorcio pasivo voluntario u opcional, también estaríamos ante un proceso con pluralidad de partes, si bien aquí ni la ley ni las reglas generales sobre legitimación imponen la presencia de varios demandados, por lo que la relación jurídico-procesal quedará válidamente constituida aunque no se de la pluralidad de partes. Ahora bien, aunque no se imponga el litisconsorcio, la ley posibilita que ciertos sujetos en defensa de sus intereses colectivos o públicos que pudieran verse afectados de forma refleja, se personen en el proceso si lo desean, y en tal caso, actuarán como partes. Existe una opcional pluralidad de partes en los que la LPL posibilita que en determinados procesos comparezcan diversos sujetos<sup>38</sup>. El litisconsorcio voluntario también se extrae de algunas reglas de Derecho sustantivo<sup>39</sup>, como es el caso que nos ocupa, el art. 42.2 ET<sup>40</sup> en los que el legislador permite que tanto el trabajador como la TGSS dirijan su demanda contra todos los responsables solidarios, en cuyo caso se producirá un proceso con pluralidad de partes, o bien, que dirijan sus respectivas pretensiones sólo contra uno de ellos. Lo característico del mismo es que la ley no impone la existencia de pluralidad de partes, sino que la posibilita<sup>41</sup>. La figura jurídica de la responsabilidad solidaria «tiene relevancia sólo material, en cuanto constituye exclusivamente el título jurídico que legitima pasivamente en la cau-

<sup>37</sup> Así ocurre por ejemplo en los supuestos de empresas en situaciones concursales conforme al art. 51 LC, que dispone que en los casos de suspensión de las facultades de administración del concursado, la administración concursal le sustituirá en todos los procedimientos en trámite y que en los casos de mera intervención, sin suspensión, el concursado necesitará autorización de la administración concursal para desistir, allanarse total o parcialmente o para transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. Otro supuesto distinto sería cualquier otro pleito sobre ascensos, vacaciones..., que pueda afectar, además del empresario, a otros trabajadores.

<sup>38</sup> Estos sujetos son: el FOGASA (art. 23.1 LPL), las Entidades Gestoras y la TGSS (art. 140 LPL), y los sindicatos y asociaciones empresariales representativos y los órganos de representación unitaria o sindical en ciertos supuestos de conflictos colectivos (art. 153 LPL). No obstante, hay quienes disienten de considerar supuestos de litisconsorcio, los preceptos anteriormente mencionados, considerando, más bien, que estamos ante una posible «intervención procesal», JIMENO BULNES, M., «Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal en los supuestos de subcontratación de obras o servicios: la figura del litisconsorcio», *op. cit.*, págs. 293 y 294.

<sup>39</sup> AAVV., *Derecho Procesal Laboral...*, *op. cit.*, pág. 90. También en este sentido, CRUZ VILLALÓN, J., *Descentralización productiva, grupos de empresa y transmisión de empresa en el concurso*, Ejemplar fotocopiado, págs. 5 y 6.

<sup>40</sup> Otro ejemplo es el art. 44 ET.

<sup>41</sup> AAVV., *Derecho Procesal Laboral*, *op. cit.*, págs. 89 y ss; CRUZ VILLALÓN, J., «Descentralización productiva, grupos de empresa y transmisión de empresa en el concurso», *op. cit.*, págs. 5 y 6.

sa del pleito a todos los miembros del grupo, pero carece de trascendencia funcional y no establece en modo alguno condiciones de litisconsorcio necesario, sencillamente porque aquella legitimación sustantiva queda a libre disposición del acreedor, que puede elegir a su arbitrio entre los deudores solidarios a los que más útil o interesante le resulte demandar, sin incurrir en vicio o defecto alguno por ello, tal como dispone el art. 1144 CC... La jurisprudencia (ha) precisado que en el supuesto de responsabilidad solidaria no existe la situación del litisconsorcio pasivo necesario, pues la acción puede dirigirse contra cualquiera de las personas obligadas por ser deudores por entero de las obligaciones, lo que no excluye la posible repetición con acción y efecto interpartes»<sup>42</sup>.

Conviene precisar que aunque el pronunciamiento anteriormente citado fue dictado con ocasión de un supuesto relativo a una ETT, y no de una contrata, entendemos que su argumentación jurídica resulta extrapolable al supuesto que estudiamos por cuanto, en palabras del propio Tribunal, «dicha posición es perfectamente aplicable al supuesto de cualquier responsabilidad solidaria, la cual tiene como presupuesto que, con independencia del derecho del condenado a repercutir posteriormente con aquel que crea debe compartir responsabilidad que no ha sido llamado al proceso, el condenado como único demandado deberá satisfacer la totalidad de la responsabilidad declarada». Dicho de otra forma, «este tipo de responsabilidades conjuntas se ponen a disposición de los trabajadores, por si a los mismos les resulta útil hacer uso de ellas, pero no les fuerza a exigir las»<sup>43</sup>, de tal forma que el

<sup>42</sup> STSJ Comunidad Valenciana, 23/6/2004, Ar. 3598 en la que se aborda un supuesto relativo a empresa de trabajo temporal, concretamente, se refiere a una empresa usuaria que es condenada a la readmisión o indemnización por despido improcedente de determinados trabajadores que, si bien estuvieron prestando servicios para ella como trabajadores cedidos por una ETT, posteriormente fueron contratados temporalmente de forma directa por aquella. La empresa usuaria recurre la sentencia de instancia alegando, entre otros motivos, el de nulidad de actuaciones por supuesta infracción del art. 80.1 LPL, por la supuesta existencia de la figura del litisconsorcio pasivo necesario respecto de la ETT, que no fue llamada en la demanda. A su vez, el Tribunal se hace eco de otros pronunciamientos que en esta línea han seguido algunos Tribunales Superiores de Justicia, como el del País Vasco, en sentencia de 17/2/1998, en un supuesto relativo a grupos de empresas en el que se señala que «no era necesario demandar a todas las empresas que pudieran integrar el grupo empresarial, toda vez que es de tipo solidario la responsabilidad que, como empresario y frente a sus trabajadores incumbe a las sociedades integrantes de un grupo constitutivo de una única empresa y que también es de esta clase la que alcanza al nuevo empresario durante los tres años siguientes al cambio en la titularidad de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, respecto a las deudas contraídas por el anterior y nacidas antes de la transmisión (art. 44.1 ET). El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos conjuntamente (art. 1144 CC)».

<sup>43</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «Descentralización productiva, grupos de empresa y transmisión de empresa en el concurso», *op. cit.*, págs. 5 y 6.

proceso será correcto aunque estas «partes opcionales» no sean demandadas. Además, partiendo de las reglas civiles anteriormente enunciadas, si trasladamos el régimen material de la solidaridad al plano procesal, el supuesto que estudiamos no podría conceptuarse como litisconsorcio pasivo «necesario», por lo que el trabajador no tendría por qué demandar a todos los empresarios concurrentes sino que cabría la posibilidad de que por ejemplo procediera sólo contra quien actuaba como empleador, con lo que no sería admisible la apreciación de falta de litisconsorcio pasivo necesario en tales supuestos de solidaridad<sup>44</sup>. De hecho, no encontramos jurisprudencia que califique o trate el art. 42 ET como un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario<sup>45</sup>.

No obstante, esta calificación de la figura del litisconsorcio pasivo en los supuestos de solidaridad del art. 42 ET no resulta pacífica entre la doctrina. En contra del anterior criterio, algunos autores han considerado que el supuesto del art. 42.2 ET podría tener acogida en la categoría que anteriormente hemos denominado litisconsorcio «cuasi-necesario», dado que si el trabajador demanda a un solo empresario, la relación jurídico-procesal estaría bien constituida, pero si aquél pretendiera demandar a más de un deudor, debiera hacerlo conjuntamente; dicho de otra forma, no existe obligación de demandar a más de uno, sino la carga de la demanda conjunta<sup>46</sup>. Otros autores añaden que, desde el punto de vista de la práctica procesal, las obligaciones solidarias han de ser tratadas como un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario<sup>47</sup>. Consiguientemente, según este criterio se debiera exigir la concurrencia al proceso de todos los obligados solidarios en aras a garantizar el principio de contradicción<sup>48</sup>; contenido, a su vez, del

<sup>44</sup> Este criterio respecto a la solidaridad ha sido mantenido por el Tribunal Supremo, en el ámbito social, por ejemplo, STS social, 22/12/1989, Ar. 9073; y también en el ámbito civil, entre otras, STS civil, 17/2/1999, Ar. 1244; 12/6/1999, Ar. 4772.

<sup>45</sup> Los pronunciamientos judiciales referidos a supuestos de litisconsorcio pasivo necesario se mueven, en general, en la materia de conflictos colectivos relacionados con la interpretación de cláusulas de convenios colectivos. Entre otras: SSTS 8/11/1994, Ar. 8600; 23/6/1998, Ar. 5484; 17/11/1999, Ar. 9502; 17/2/2000, Ar. 2050; 28/3/2000, Ar. 3516; 22/12/2000, Ar. 1874; 11/4/2002, Ar. 6008; 11/6/2002, Ar. 8373.

<sup>46</sup> MONTERO AROCA, J., «Las partes en el proceso de trabajo: capacidad y legitimación», *op. cit.*, pág. 406.

<sup>47</sup> MUÑOZ ÁLVAREZ, G., «El litisconsorcio pasivo en la ley y en la jurisprudencia», *op. cit.*, págs. 3 y 4; JIMENO BULNES, M., «Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal...», *op. cit.*, págs. 306 y 307; quien, a su vez, se hace eco del criterio ampliamente desarrollado por, MUÑOZ JIMÉNEZ, F.J., «Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva», *Revista General del Derecho*, núm. 562 y 563/1991, págs. 5745 y ss.

<sup>48</sup> Este principio se sintetiza en el siguiente aforismo, «nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio». Más ampliamente, BLAT GIMENO, F., «El acceso al proceso», en, FOLGUERA CRESPO, J., (Dir.), *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 83 y ss.

derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE<sup>49</sup>, y con ello, evitar la indefensión de la empresa no demandada en juicio en el supuesto de resultar condenada. Según este criterio, se trataría de traer al proceso a todos los posibles implicados para debatir y determinar la existencia o no de dicha responsabilidad<sup>50</sup>; y ello, tanto en los supuestos en que el litisconsorcio venga impuesto por una norma positiva como también cuando tal exigencia se desprenda de la propia naturaleza de la relación jurídico material controvertida. Se entiende que aunque en el orden social rija el principio dispositivo y de aportación de parte<sup>51</sup>, el juez de la instancia tiene encomendada la tarea de velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en los supuestos de litisconsorcio pasivo<sup>52</sup>, pudiendo, o incluso, estando obligado éste<sup>53</sup> a denunciar de oficio la ausencia de alguno de los obligados<sup>54</sup>, dada la naturaleza de orden público procesal de esta figura<sup>55</sup>, con rango constitucional, por afectar a los principios de audiencia y contradicción<sup>56</sup>; y ello, aún cuando no respete el requisito de la congruencia de la sentencia<sup>57</sup>. Ahora bien, según este criterio, una vez practicada correctamente la notificación, si el litisconsorte no comparece no cabrá invocar violación del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>58</sup>.

<sup>49</sup> Más ampliamente, FIGUERELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990.

<sup>50</sup> STSJ La Rioja 19/12/1996, Ar. 4711, en un supuesto de sucesión de empresa en el que se decreta la nulidad de las actuaciones por falta de litisconsorcio pasivo necesario por considerar que en las obligaciones solidarias es necesario demandar a todos los obligados.

<sup>51</sup> STC 101/1993, de 22 de marzo (BOE 27 abril), fund. jco. núm. 4; 270/1993, de 20 de septiembre (BOE 26/10/1993).

<sup>52</sup> Por todos, ALONSO OLEA, M.; MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R.M., *Derecho Procesal del Trabajo*, Cívitas, Madrid, 2001, pág. 155.

<sup>53</sup> No se trata de una mera posibilidad del juez sino de una «obligación legal» con la finalidad de que la litis quede constituida de modo adecuado y eficaz, entre otras, SSTs social, 24/2/1989, Ar. 935; 17/11/1989, Ar. 8073; 19/5/1992, Ar. 3571; STC 335/1994, de 19 de diciembre, (BOE 23 enero), fund. jco. núm. 5; 84/1997, 22 de abril (BOE 22 mayo), fund. jco. núm. 2. En este sentido, JIMENO BULNES, M., «Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal...», *op. cit.*, págs. 312 y 313; MUÑOZ ÁLVAREZ, G., «El litisconsorcio pasivo en la ley y en la jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 4; GARCÍA VICENTE, J., *Responsabilidad solidaria y el levantamiento del velo en la jurisdicción social*, *op. cit.*, pág. 25.

<sup>54</sup> SSTC 78/1986, de 12 de junio (BOE 4 julio); 335/1994, de 19 de diciembre (BOE 23 enero 1995), fund. jco. núm. 6; 84/1997, de 22 de abril (BOE 21 mayo), fund. jco. núm. 2.

<sup>55</sup> STSJ La Rioja 19/12/1996, Ar. 4711.

<sup>56</sup> STS civil, 12/6/2000, Ar. 5103.

<sup>57</sup> La incongruencia no existe o no puede reconocerse cuando la sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir *ex officio*, como ocurre con las materias relativas a los presupuestos procesales. En este sentido, JIMENO BULNES, M., «Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal...», *op. cit.*, pág. 303.

<sup>58</sup> STC 192/1992 de 16 de noviembre, (BOE 18 noviembre), fund. jco. núm. 2.



A nuestro juicio, y en contra del anterior criterio, entendemos que aunque desde la perspectiva práctica procesal, lo más normal y aconsejable sea dirigir la demanda contra todos los sujetos implicados en los supuestos de contratas, como tendremos ocasión de precisar más adelante; no obstante, de ahí no cabe extraer que sea necesario demandar a todos ellos, pues, el actor podrá dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, sin estar obligado a dirigir la demanda contra todos los implicados<sup>59</sup>. Y ello, sin perjuicio de la facultad que otorga el art. 1145 CC a quien hubiese efectuado el pago de dirigirse contra los demás. Esta posibilidad que otorga la solidaridad permite a los trabajadores cobrar con mayor facilidad sus créditos laborales, y lo mismo cabe decir respecto a la TGSS con relación a las deudas pendientes con la Seguridad Social, pues, admite la posibilidad de proceder exclusivamente contra aquel o aquellos responsables respecto de quienes se conozca de antemano cuál es su situación patrimonial para responder de la deuda. Esta calificación reporta indudables ventajas para el trabajador en las situaciones concursales<sup>60</sup>, pues, si quien se encuentra en situación de insolvencia, declarada judicialmente, es la empresa contratista, el trabajador podrá opcionalmente acudir a reclamar la responsabilidad solidaria impuesta a la empresa principal, o bien dirigirse directamente al FOGASA, reclamándole las prestaciones previstas legalmente, sin que el Fondo pueda denegarlas en base a que previamente debe agotar las posibilidades de satisfacer dicho crédito de la empresa principal en situación de liquidez económica para hacerlo. Y en parecidos términos, si quien se encuentra en situación de concurso es la empresa principal, los trabajadores de la contratista no estarían obligados a hacer uso de los beneficios de la responsabilidad solidaria, pudiendo dirigirse directamente contra su empleadora sin necesidad de demandar conjuntamente a ambas. Y así, obtenido el título ejecutivo, podrán en fase de ejecución ir contra ella sin que se le pueda oponer la supresión de la ejecución separada, ya que «la incorporación obligada de los créditos pendientes de pago al concurso lo son exclusivamente respecto de las deudas del concursado, no del resto de las empresas que mantengan lazos contractuales con el concursado»<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> «A tenor de lo dispuesto en el art. 1144, en el caso de obligaciones solidarias, el acreedor puede dirigir su acción contra cualquiera de los deudores o contra todos ellos simultáneamente», STSJ Cataluña de 21 abril 1995, Ar. 1596. «La naturaleza de la solidaridad impide la aplicación del instituto del litisconsorcio, pues el trabajador tiene una facultad de dirigirse indistintamente contra cualquiera de las empresas, sin perjuicio de la relación interna entre las empresas que serán las que deberán dirimir entre ellas las cuestiones económicas pertinentes derivadas de la cesión», STSJ Navarra 21 mayo 1994, Ar. 1938.

<sup>60</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «Descentralización productiva, grupos de empresa y transmisión de empresa en el concurso», *op. cit.*, págs. 5 y 6.

<sup>61</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «Descentralización productiva, grupos de empresa y transmisión de empresa en el concurso», *op. cit.*, pág. 6.



De otro lado, añadir que esta interpretación no sólo resulta más favorable para el trabajador en situaciones concursales, sino también pensemos en los supuestos de cadenas de contratas, pues, con ello se descarga al trabajador de la supuesta obligación de demandar tanto al empresario principal, como al contratista, así como a los sucesivos subcontratistas que pudieran estar engranados entre sí por sucesivas contratas, especialmente, cuando de antemano se sepa que tan solo existe patrimonio en una o algunas de las empresas implicadas. Además, cabe apuntar otra posible traba para el trabajador si se impusiese la carga de tener que demandar a todos los implicados en la cadena de contratas, pues, ello podría resultar especialmente gravoso en aquellos supuestos en los que se haya incumplido la obligación de información a los trabajadores del art. 42.3 ET por parte de alguno o varios de los diversos empresarios.

Además, si en el ámbito de las contratas resulta aplicable la «acción directa» del art. 1597 CC, que legitima a proceder directamente contra el empresario principal sin tener que demandar al empleador, resultaría, cuando menos, contradictorio, que en términos procesales fuese más fácil interponer la demanda cuando estemos ante un supuesto ajeno a la propia actividad que en los supuestos de responsabilidad solidaria del art. 42 ET, pues, resultaría mayor la carga para los trabajadores de las contratas a las que supuestamente el ordenamiento jurídico ha colocado una posición más protegida.

A lo anterior, cabe añadir que el hecho de mantener que las obligaciones solidarias otorgan al actor la facultad de dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios en aplicación del art. 1144 CC, no afecta al principio de contradicción, contenido, a su vez, del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, pues, la sentencia desplegará sus efectos únicamente respecto de los sujetos demandados, no más allá. Así, la empresa no demandada no podrá resultar condenada en juicio, y por tanto, no se produciría indefensión alguna.

No obstante lo anterior, hay que advertir que el nacimiento de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET requiere un pronunciamiento judicial previo sobre la realidad empresarial que sirve de base a la petición de la demanda, cuya trascendencia y envergadura se pone de manifiesto en que dicha realidad empresarial subyacente, en buena medida, condicionará no sólo el éxito o fracaso de la demanda, sino el régimen jurídico aplicable, así como el alcance subjetivo y objetivo del fallo. Al respecto resulta especialmente destacable la propia calificación del negocio jurídico celebrado, como un supuesto de contrata, al que desplegar o no la aplicación de todo su régimen jurídico; el importante requisito de «la propia actividad», calificativo indeterminado, y en muchas ocasiones, controvertido; o la no siempre fácil delimitación de la frontera de la contrata con la cesión ilegal de trabajadores; o la también difícil identificación de la sucesión de contratas como un

supuesto de transmisión de empresa del art. 44 ET; etc. En atención a esta incierta situación en la que el título de responsabilidad solidaria no está previamente constituido sino que precisamente se trata de constituirlo mediante la sentencia, resultaría aconsejable que el demandante extendiera su reclamación frente al mayor número de posibles implicados en dicha responsabilidad solidaria, para aumentar así las posibilidades de efectividad del cobro de su derecho de crédito, o al menos debiera demandar a todas aquellas personas o entidades de quienes pretenda hacer efectivo el derecho de crédito en dicho proceso<sup>62</sup>, y ello, en base al principio de que nadie puede ser afectado por una sentencia sin previamente ser oído. Pero, insistimos, en cualquier caso, de lo anterior no cabe inferir que constituya una obligación para el demandante, pues, como ya advertimos, éste pudiera tener conocimiento de antemano de la ausencia patrimonial de uno o varios de los responsables, o incluso, de su situación de concurso o cualquier otra que pudiera dificultar o retrasar la efectividad de su derecho.

En esta línea, podemos traer a colación al art. 542.1 LEC, que establece que «las sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso»<sup>63</sup>. De ahí que quepa el planteamiento de posteriores demandas frente a algunos de los responsables solidarios aún no demandados ya que el efecto de cosa juzgada no les alcanza. Este precepto resulta plenamente aplicable en el contexto laboral dada la ausencia de norma similar en la LPL. En este sentido, el art. 235.1 LPL establece que las sentencias firmes se lleven a efecto en la forma establecida en la LEC para la ejecución de sentencias, con las especialidades previstas en esta Ley.

### 3. CAUCES PROCESALES

Ya advertíamos al inicio de estas páginas que la LPL no contempla especialidad procesal alguna expresamente dirigida a la regulación de los fenómenos de subcontratación, por lo que todas aquellas pretensiones que se pretendan hacer efectivas, no ya sólo las económicas, sino en general y con independencia de que traigan causa en una contrata, habrán de canalizarse a

<sup>62</sup> GARCÍA VICENTE, J., *Responsabilidad solidaria y el levantamiento del velo en la jurisdicción social*, Bosch, Barcelona, 2003., pág. 24.

<sup>63</sup> La disposición derogatoria única 2. 1.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 enero), ha derogado el art. 1141 CC que establecía la presunción de cosa juzgada para los demás deudores solidarios, aún no demandados, en la medida en que las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicaban a todos ellos.

través de alguno de los diferentes cauces procesales previstos en la LPL. La doctrina coincide en afirmar que con carácter general es el objeto de la pretensión procesal planteada la que determina la especialidad procesal<sup>64</sup>. Así, las reclamaciones se instrumentarán con carácter general a través del proceso laboral ordinario, caracterizado por su enorme simplicidad y adaptabilidad a cualquier clase de pretensión; o bien, en función de la especialidad del objeto de la pretensión y de la naturaleza del derecho o interés objeto de tutela por parte de la norma sustantiva, habrá de acudir a alguno de los procesos especiales previstos por el legislador, como son, entre otros: el proceso por despido<sup>65</sup>, el de impugnación de sanciones<sup>66</sup>, el de conflictos colectivos<sup>67</sup>, o en materia de Seguridad Social<sup>68</sup>.

Con carácter general es habitual que las pretensiones planteadas en el marco de la subcontratación, tanto las de carácter individual o plural, como las de carácter colectivo, vayan encaminadas a requerir del juez una petición de condena y no un pronunciamiento meramente declarativo. Pero lo cierto es que, como ya hemos tenido ocasión de destacar, generalmente, sea cual sea el cauce procesal seguido, se requiere un pronunciamiento judicial previo sobre la realidad empresarial que sirve de base a la petición de la demanda, cuya trascendencia y envergadura se pone de manifiesto en que dicha realidad empresarial subyacente, en buena medida, condicionará no sólo el éxito o no de la demanda, sino el régimen jurídico aplicable, así como el alcance subjetivo y objetivo del fallo<sup>69</sup>. Descendiendo a lo concreto, y como ya avanzábamos en páginas precedentes, esta trascendencia de la calificación previa de la realidad empresarial se pone de manifiesto en buena parte de las cuestiones tratadas, como por ejemplo, respecto al amplio y difuso concepto de contrata, carente de definición legal y necesitado de constantes revisiones, en un complicado y cambiante actual marco de relaciones interempresariales del que se derivan importantes consecuencias jurídicas

<sup>64</sup> Por todos, BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, *op. cit.*, pág. 195.

<sup>65</sup> Arts. 103 y ss. LPL. Además, el art. 120 LPL establece que la impugnación judicial de la extinción del contrato por circunstancias objetivas se canalizarán a través del proceso por despido, a salvo de las especialidades previstas en los arts. 121 y ss. LPL.

<sup>66</sup> Arts. 114 y ss. LPL.

<sup>67</sup> Arts 151 y ss. LPL.

<sup>68</sup> Arts. 139 y ss. LPL. Recordemos aquí lo dicho en cuanto al ámbito competencial del orden social en materia de Seguridad Social, arts. 2,b) y 3.1, b) LPL. Concretamente, alcanza el campo de las prestaciones de Seguridad Social y se sustrae de su conocimiento la materia referida a gestión recaudatoria que queda reservada al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

<sup>69</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D., «La descentralización productiva: tratamiento procesal de un problema sustantivo complejo», *op. cit.*, pág. 326.

para las empresas implicadas y que normalmente se traducen en garantías para los trabajadores afectados. O, la no siempre fácil interpretación del concepto de «propia actividad» del art. 42 ET, tan particular y determinante a la vez de la aplicación del régimen de responsabilidades económicas en él previsto<sup>70</sup>. Y más aún, la constante vigilancia respecto a la no siempre nítida línea fronteriza entre fórmulas lícitas de subcontratación y los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, que condicionará la aplicación de un régimen jurídico u otro. O también cabe mencionar que la identificación de la sucesión de contratas como supuesto encajable en el art. 44 ET traerá consigo la aplicación del régimen legal sucesorio o no. Todos estos problemas de calificación jurídica son complejos y gozan de una gran trascendencia jurídica práctica, que a su vez impregna también el propio proceso, pues, tales cuestiones subyacentes pueden llegar a convertirse en el principal escollo del litigio frente al propio objeto del proceso.

Ligado a ello, cabe referir otro problema que puede plantearse en supuestos de reclamaciones individuales o plurales, si bien, no es exclusivo de los supuestos de contratas pero también sufrido por ellas, y es el relativo al riesgo de que se produzcan pronunciamientos judiciales diversos o incluso contradictorios, especialmente, cuando, como acabamos de poner de manifiesto, se requiere un pronunciamiento previo que a su vez condiciona la posterior calificación judicial con relación al ámbito subjetivo y objetivo de responsabilidad, así como al régimen jurídico aplicable. Este riesgo de pronunciamientos contradictorios no sólo resulta difícil de solventar dada la independencia de cada órgano judicial para decidir en Derecho sobre la cuestión<sup>71</sup>, sino que su trascendencia se acrecienta si tenemos en cuenta que dependiendo de la acción que se ejercite cabrá o no la posibilidad de recurso, y que, aún siéndolo, no siempre se refieren a la misma cuestión de fondo o no se produce en los tiempos adecuados para lograr que alguna adquiera firmeza. Todas estas circunstancias podrían constituir obstáculos para el acceso a la unificación de doctrina respecto a la cuestión previa sobre la que se asienta la reclamación principal<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Así se constata por ejemplo en la STSJ Castilla-La Mancha, 20/11/2002, Ar. 4155, en la que el objeto del proceso es la determinación de la posible responsabilidad de la empresa principal en materia de Seguridad Social, y el Tribunal entra a precisar el alcance de este complicado concepto de la «propia actividad» del que se derivan tan importantes consecuencias jurídicas.

<sup>71</sup> Los arts. 29 y ss. LPL prevén la posibilidad de acumulación de autos en un solo juzgador siempre y cuando ello sea factible porque todas las cuestiones litigiosas se hayan planteado en una misma circunscripción y estemos ante idénticas acciones.

<sup>72</sup> Más ampliamente, sobre estas argumentaciones, ROMÁN DE LA TORRE, M.<sup>a</sup> D., «La descentralización productiva: tratamiento procesal de un problema sustantivo complejo», *op. cit.*, pág. 330.

Una posible solución al riesgo de pronunciamientos contradictorios en relación a la realidad empresarial subyacente que sirve de base a la exigencia de responsabilidades laborales, no sólo las económicas sino en general, podría ser la instrumentación de las reclamaciones a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo<sup>73</sup>. Con ello, se alcanzaría un tratamiento homogéneo en la cuestión que sirve de base a los conflictos surgidos en la materia. No obstante, y sin entrar en la valoración de los muchos problemas interpretativos que este proceso plantea<sup>74</sup>, nos limitaremos a esbozar los re-

<sup>73</sup> Arts. 151 y ss. LPL. «El objeto del proceso de conflicto colectivo es un conflicto actual, jurídico, colectivo, laboral, que no tiene prevista por la ley su sustanciación a través de otra modalidad procesal o un conflicto que por mandato de la ley ha de tramitarse por el proceso de conflicto colectivo, aunque no sea propiamente una controversia colectiva», DESDENTADO BONETE, A., «El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia. Una revisión crítica», en, *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, Tomo I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, pág. 710. Un estudio sobre este proceso en, ALFONSO MELLADO, C.L., *El proceso de conflicto colectivo. Sistemas alternativos de solución y autonomía colectiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993.

<sup>74</sup> Entre ellos, únicamente nos vamos a limitar a enunciar, por su especial relevancia, el relativo a los tipos de conflicto jurídicos que permite albergar este proceso, esto es, si se admiten pretensiones de condena o meramente declarativas. Para unos, las sentencias de tales procesos contienen de manera implícita o explícita una condena y, por tanto, son siempre ejecutables, negando así la categoría de la sentencia normativa con contenido declarativo puro, ALARCÓN CARARUEL, M.R., «Un proceso de conflicto colectivo sin sentencia normativa», en, AAVV., *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, Marcial Pons, Madrid, 1991. Con distinto criterio, se ha afirmado que la sentencia declarativa de carácter normativo es la decisión típica del conflicto colectivo indivisible porque resuelve una pretensión en la que lo que se pide al órgano judicial es la simple declaración de una situación que existe con anterioridad a la decisión buscando la sola certeza jurídica de aquella, y no, la imposición de esa situación jurídica al sujeto pasivo de la pretensión, que luego abre la vía de ejecución, la sentencia no es ejecutable porque no impone una obligación a la parte demandada, DESDENTADO BONETE, A., «El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia. Una revisión crítica», en *Homenaje...*, *op. cit.*, pág. 713. Si bien, el autor reconoce la existencia de sentencias no meramente declarativas y haciéndose eco de, CRUZ VILLALÓN, J., «Los procesos de conflictos colectivos y de impugnación de convenios», en AAVV., *La Ley de Procedimiento Laboral de 1990. Experiencias aplicativas y evaluación crítica*, CGPJ, Madrid, 1994, invoca la regla del art. 301 LPL en la que se hace referencia expresa a sentencias *condenatorias* recaídas en otros procesos (entre ellos, el proceso de conflicto colectivo), y a la posibilidad de ejecución de éstas dependiendo de la *naturaleza de la pretensión reconocida*, es decir, de que se haya ejercitado una pretensión de condena y no una meramente declarativa. En parecidos términos, BAYLOS GRAY, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, *op. cit.*, pág. 254; ROMÁN DE LA TORRE, M.<sup>a</sup> D., «La descentralización productiva: tratamiento procesal de un problema sustantivo complejo», *op. cit.*, pág. 330. Igualmente, así lo ha reconocido reiteradamente el Tribunal Constitucional, SSTC 3/1994, de 17 de enero (BOE 17 febrero) fund. jcos. núm. 4 y 5; 178/1996, de 12 de noviembre (BOE 17 diciembre), fund. jcos. núm. 8 y 11, si bien, y dado que el interés que se pretende hacer valer es colectivo y general, es obvio reconocer que las consecuencias jurídicas que se reclamen del

quisitos legales que el art. 151 LPL establece para recurrir a este cauce procesal. Concretamente, se exige que la demanda afecte a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores (requisito subjetivo), y por otro lado, que verse sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal<sup>75</sup>, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, y decisión o práctica de Empresa; o sobre la impugnación de convenios colectivos (requisito objetivo). Lo relevante respecto a la apreciación de tales elementos no está tanto en el número de trabajadores afectados<sup>76</sup>, sino en la naturaleza del interés colectivo; siendo lo más problemático determinar cuándo estamos ante un interés colectivo, abstracto y general, de un grupo de trabajadores y cuando ante un interés particular, que aún siendo plural, se tramitaría a través del proceso ordinario<sup>77</sup>. Por lo que se refiere a la legitimación para demandar en con-

órgano judicial hayan de tener igual carácter indivisible, lo que no queda desvirtuado por el hecho de que en la sentencia de condena se fijen los sujetos responsables frente a los trabajadores o el alcance de dicha responsabilidad o cualquier otro extremo con alcance general. Consecuentemente, la sentencia estimatoria de la misma, será ejecutable inmediatamente, eso sí, respecto de aquella parte del fallo susceptible de ello, pues dado su carácter, la ejecución no será individualizable.

<sup>75</sup> El Tribunal Constitucional ha descartado la posibilidad de una sentencia interpretativa general de una norma estatal, STC 3/1994, de 17 enero (BOE 17 febrero), fund. jco. núm. 5.

<sup>76</sup> «Grupo de trabajadores» no es «la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerado, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad», STS social, 25/6/1992, Ar. 4672.

<sup>77</sup> El conflicto colectivo es un conflicto jurídico, sobre interpretación de «normas» y no sobre hechos, de ahí que no quepa entrar en la alegación y prueba de hechos individualizados que son propios del proceso individual, SSTS social, 7/5/1997, Ar. 4226; 19/5/1997, Ar. 4274. La diferencia entre el conflicto colectivo y el plural no está ni en el elemento cuantitativo (pluralidad) ni en la conexión (identidad del título o de la causa de pedir), pues ésta última es la que el art. 165 LPL exige para la acumulación de acciones de varios contra uno; sino que está en la forma como se delimita el objeto de la pretensión: no reivindicando las consecuencias particulares de la aplicación o de la interpretación de un precepto, sino fijando de forma genérica la aplicación o interpretación procedente que interesa establecer. Lo importante no es que el grupo sea genérico sino que actúe una «pretensión genérica», si bien no siempre resulta fácil de identificar ésta, DESDENTADO BONETE, A., «El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia. Una revisión crítica», en *Homenaje...*, *op. cit.*, págs. 717 y ss. La STS social, ud. 18/6/1992, Ar. 4595 afirma que para diferenciar entre conflicto colectivo y plural la identificación «no puede conceptuarse apelando exclusivamente al carácter general o individual del derecho ejercitado..., sino que es preciso también tener en cuenta el modo de hacerlo valer...», y por ello, en el conflicto colectivo el reconocimiento del derecho interesado debe ser «no para cada uno de los trabajadores individualmente considerados, sino para ellos en cuanto colectivo, y sean cualesquiera los trabajadores singulares comprendidos en él». Un ejemplo en el que el TS desestima la demanda por considerar que el procedimiento de conflicto colectivo no resulta ser el adecuado sino el ordinario, en un supuesto de acuerdo colectivo de subrogación empresarial en los contratos de trabajo del nuevo empresario que asume el servicio, dado que la validez de la cesión de los contratos de trabajo depende de que cada trabajador haya o no aceptado la novación del suyo, STS social, ud., 23/10/2001, Ar. 1507.

flicto colectivo, el art. 152 LPL limita ésta respecto a los conflictos de ámbito superior a la empresa, a los sindicatos y asociaciones empresariales, cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto; y en los supuestos de conflictos de empresa o de ámbito inferior a la misma, a las representaciones unitaria y sindical y a los empresarios<sup>78</sup>.

De otro lado, hemos de hacer referencia a las relaciones del proceso de conflicto colectivo con los conflictos individuales en torno a la misma materia que pudieran plantearse. Partiendo del art. 158.3 LPL<sup>79</sup> podemos afirmar que la resolución judicial del proceso colectivo produce una eficacia general sobre la cuestión planteada<sup>80</sup>, tanto respecto de los procesos que puedan plantearse con posterioridad como incluso respecto de los pendientes de resolución<sup>81</sup>. El proceso de conflicto colectivo, una vez que se interpone e inicia, produce también el efecto de suspender el trámite de los procesos individuales hasta que adquiera firmeza la sentencia que ponga fin a aquél<sup>82</sup>. Además, también supone que los procesos individuales que pudieran plantearse con posterioridad a la sentencia colectiva, no pueden desconocer lo resuelto en el proceso colectivo ni reproducir las cuestiones ya resueltas en el mismo, pues, éste goza de un carácter de «prejudicialidad nor-

<sup>78</sup> Esta materia también presenta importantes puntos de debate, uno de ellos es el relativo a si cabe de calificar de «interés colectivo» toda pretensión sindical, esto es, ¿es el sindicato un nuevo rey Midas que convierte todo lo que toca en colectivo?, sobre esta cuestión, STS social 21/10/1997, Ar. 9154, citada por, DESDENTADO BONETE, A., «El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia. Una revisión crítica», en *Homenaje...*, op. cit., pág. 721. Asimismo, en págs. 730 y 731 vuelve a incidir con una visión crítica de esta figura y los riesgos y desequilibrio que plantean una «legitimación incontrolada» con el efecto general de la sentencia normativa, no compatible con la configuración constitucional de la función jurisdiccional, que consiste en resolver litigios mediante la aplicación de normas, no en crear reglas generales vinculantes.

<sup>79</sup> Este precepto establece que: «la sentencia firme de conflicto colectivo producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto».

<sup>80</sup> BAYLOS GRAY, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup>F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, op. cit., págs. 252 y 253. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup>F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, op. cit., pág. 254; ALFONSO MELLADO, C.L., *El proceso de conflicto colectivo. Sistemas alternativos de solución y autonomía colectiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, págs. 289 y ss. Con menor rotundidad pero con resultados próximos, ROMÁN DE LA TORRE, M.<sup>a</sup> D., «La descentralización productiva: tratamiento procesal de un problema sustantivo complejo», op. cit., pág. 344.

<sup>81</sup> Art. 138.3 LPL. BAYLOS GRAY, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup>F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, op. cit., pág. 254; ALFONSO MELLADO, C.L., *El proceso de conflicto colectivo...* op. cit., pág. 291.

<sup>82</sup> STS social, ud., 30/6/1994, Ar. 5508. En el mismo sentido, DESDENTADO BONETE, A., «El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia. Una revisión crítica...», op. cit., pág. 727.



mativa»<sup>83</sup>; en cambio, sí podrá plantear el análisis de las circunstancias novedosas no solventadas por la sentencia colectiva<sup>84</sup>. No obstante, subsiste el respeto al derecho a ejercitar pretensiones individuales con idéntica cuestión, vía proceso ordinario<sup>85</sup>. Por ello, y por razones de seguridad jurídica, resulta obligado introducir algunas precisiones respecto a los efectos de cosa juzgada del proceso de conflicto colectivo respecto de los procesos individuales en función del *iter* temporal del planteamiento de la pretensión individual respecto de la colectiva<sup>86</sup>. Concretamente, las sentencias firmes dictadas en procesos individuales con anterioridad a la presentación de la demanda colectiva gozan de eficacia de cosa juzgada respecto de quienes formaron parte de dicha relación procesal, sin que les afecte el contenido de la sentencia colectiva posterior, aún cuando contengan pronunciamientos contradictorios; si bien, un pronunciamiento individual no impide el posterior planteamiento de un proceso de conflicto colectivo sobre idéntico objeto, que alcanzaría al resto de sujetos afectados por el objeto de enjuiciamiento pero que no hubieran planteado la pretensión a nivel individual.

#### 4. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Finalmente nos vamos a referir a uno de los problemas que pueden producirse en la fase de ejecución de la sentencia, si bien, igual que advertimos en relación a la constitución de la relación jurídico-procesal, no estamos ante un problema específico de las contratas sino que se puede plantear en general en cualquier tipo de procesos. Concretamente, nos referimos a los supuestos en que se pretende ampliar la condición de ejecutado respecto de quien no fue parte demandada y condenada en el proceso. Se trata de determinar si este trámite procesal es el adecuado para dilucidar el vínculo empresarial que genera la responsabilidad de otras empresas no demandadas, así como el alcance de dicha responsabilidad. La viabilidad de dilucidar estas cuestiones en este momento ha sido admitida por la juris-

<sup>83</sup> STS social, ud., 30/6/1994, Ar. 5508.

<sup>84</sup> BAYLOS GRAY, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>ª</sup>F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, op. cit., pág. 253.

<sup>85</sup> STS social 1/6/1992, Ar. 4503. Lo contrario, subordinar el ejercicio de una acción individual a otra colectiva, sería contrario al art. 24 CE y al art. 4.2 g) ET que reconoce el derecho al ejercicio individual de acciones derivadas del contrato de trabajo, DESDENTADO BONEITE, A., «El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia. Una revisión crítica»..., op. cit., pág. 726.

<sup>86</sup> A ellas se refieren, BAYLOS GRAY, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>ª</sup>F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, op. cit., pág. 253.

prudencia entendiendo que el trámite incidental previsto en el art. 236 LPL<sup>87</sup> es adecuado para debatir cuestiones, incluso declarativas, que se susciten en la ejecución<sup>88</sup>, pues, «sólo así... pueden obtener cumplida satisfacción los derechos de quienes han vencido en juicio sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos»<sup>89</sup>. Eso sí, siempre que el vínculo empresarial que lo justifica sea posterior al título ejecutivo, pues de lo contrario sería la fase declarativa la adecuada para traerlo a colación, a no ser que estemos ante la actitud fraudulenta de las empresas implicadas de permanecer deliberadamente ocultas con el objeto de impedir que los trabajadores demandasen a todos aquellos empresarios a quienes la ley le permite hacerlo<sup>90</sup>.

Sin duda, esta posibilidad de proceder contra quien no ha sido parte en el proceso, conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva que, como vemos, también despliega su ámbito de aplicación en la fase de ejecución de la sentencia. No obstante, hemos de tener en consideración los derechos procesales de quienes se ven afectados por la ejecución de un proceso en el que no han sido parte. Por ello, para evitar que se produzca indefensión, resultan aplicables también al procedimiento incidental los principios inspiradores del proceso declarativo ordinario y de las restantes modalidades procesales<sup>91</sup>, así como, las reglas reguladoras del proceso laboral y las garantías procesales a favor de quien se pretende extender la condición de ejecutado<sup>92</sup>. En esta línea, parece dirigirse el art. 189.2 LPL, al permitir que contra el auto que decide el recurso de reposición que pone fin al procedimiento incidental, quepa interponer recurso de suplicación<sup>93</sup>, cuando «re-

<sup>87</sup> «Las cuestiones incidentales que se promuevan en ejecución se sustanciarán citando de comparecencia, en plazo de cinco días, a las partes que podrán alegar y probar cuanto a su derecho convenga, concluyendo por auto que habrá de dictarse en el plazo de tres días».

<sup>88</sup> STS social, ud., 24/2/1997, Ar. 1887; 10/12/1997, Ar. 9046; 15/2/1999, Ar. 2595. Ello, sin perjuicio de que la norma procesal prevea otros trámites, como por ejemplo los arts. 277 y ss. para el supuesto de despido.

<sup>89</sup> STS social, ud., 24/2/1997, Ar. 1887.

<sup>90</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) 21/1/2000, Ar. 1111.

<sup>91</sup> Principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad.

<sup>92</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M.<sup>a</sup> D., «La descentralización productiva: tratamiento procesal de un problema sustantivo complejo»..., *op. cit.*, pág. 352, quien pone de manifiesto la complejidad que el trámite probatorio puede llegar a tener en esta fase ejecutiva, similar al que se puede abrir en un proceso declarativo donde se discuta el tipo de vínculo existente a los efectos de determinar las responsabilidades existentes, complejidad que puede exigir la ampliación de los cortos plazos del art. 236 LPL.

<sup>93</sup> Los motivos por los que cabrá interponer el recurso no se ciñen al título ejecutivo del que trae causa sino que se extienden a todos los previstos en el art. 191 LPL, dada la autonomía jurídica de la cuestión sustantiva debatida respecto de la ejecución. En este sentido, STS social, ud., 24/2/1997, Ar. 1887.

suelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado»<sup>94</sup>.

Finalmente, hemos de referirnos de nuevo a la Ley Concursal en la medida en que también ha incidido de manera importante en la ejecución respecto de tales supuestos de concurso. Concretamente, el art. 55 establece que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, contra el patrimonio del deudor<sup>95</sup>, y las que ya se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. Por su parte, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados quedan igualmente sometidas a lo establecido en la Ley Concursal<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> La jurisprudencia y doctrina judicial vienen intentando compatibilizar varias premisas, entre las que destacamos que, la regla general es que no hay recursos en materia de ejecución, sino que su apertura aparece como una excepción, sin embargo, entre otros supuestos, cabe suplicación si el juez ejecutor afronta y resuelve una cuestión nueva (no debatida ni decidida en el título), surgiendo un incidente con efectos prejudiciales, AAVV., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 579.

<sup>95</sup> «Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».

<sup>96</sup> Apartado 3 introducido en el art. 246 LPL en virtud de la disposición final decimoquinta de la Ley Concursal.



2

---

# Mercado de Trabajo







# UNA INSTANTÁNEA DE LA INSERCIÓN LABORAL DE LOS TITULADOS DE FORMACIÓN PROFESIONAL EN ANDALUCÍA \*

GÉRARD LASSIBILLE

Institut de Recherche sur l'Economie de l'Education  
Centre Nacional de la Recherche Scientifique

M<sup>a</sup> LUCÍA NAVARRO GÓMEZ

ANTONIO CAPARRÓS RUIZ

CAROLINA DE LA O SÁNCHEZ

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales  
Departamento de Estadística y Econometría  
Universidad de Málaga

## EXTRACTO

A partir de una muestra extraída de una encuesta de inserción profesional realizada por el Instituto de Estadística de Andalucía en 2001, analizamos la entrada en el mercado de trabajo de una cohorte de titulados de FP II desde una perspectiva longitudinal.

Los resultados muestran que la inserción laboral de los jóvenes es un proceso lento que se caracteriza por un alto nivel de precariedad, y que muchos de los titulados ocupan empleos que no se corresponden con la formación que han adquirido durante su paso por ese ciclo formativo.

Estos resultados cuestionan la eficacia externa de la formación profesional en Andalucía y, por aproximación en España, que constituye un problema recurrente en nuestro sistema educativo.

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto SEC2003-08855-C03-01 del Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento (DGICYT/ MCYT/FEDER) y se ha beneficiado asimismo del Convenio núm. 8.07/15.1406 del IEA.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA ENCUESTA
3. EL ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO
4. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PRIMER EMPLEO
5. LAS TRAYECTORIAS PROFESIONALES DE LOS JÓVENES
6. CONCLUSIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

El sistema educativo tiene entre otras finalidades la de proporcionar a los individuos los conocimientos útiles para el desarrollo de su actividad profesional. Analizar las señales que emite el mercado de trabajo al principio de la vida activa constituye una vía muy prometedora a la hora de valorar la eficacia externa del sistema de formación. En efecto, este análisis permite ver globalmente en qué medida este sistema responde a las exigencias del mercado de trabajo, al mismo tiempo que proporciona la posibilidad de identificar a los segmentos de la población que tienen más dificultades para insertarse en el mundo laboral.

Partiendo de esta evidencia, y como consecuencia del deterioro creciente del mercado de trabajo de los jóvenes en los últimos años, numerosas investigaciones empíricas en la literatura económica se han dedicado a estudiar el proceso de integración de los diplomados en el mercado laboral. Los objetivos de estos trabajos son múltiples, no solamente intentan resaltar las dificultades de inserción de los jóvenes bajo unas condiciones económicas que son particularmente difíciles, sino que tratan también de evaluar la eficacia de ciertas políticas públicas de empleo que han sido diseñadas para combatir el paro de los titulados (ver, por ejemplo, Aguilar Ramos, 2005; Andrews y Bradley, 1997; Atkinson y Micklewright, 1991; Lassibille, Navarro Gómez, Aguilar Ramos y de la O Sánchez, 2001; Franz, Inkmann, Pohlmeier y Zimmermann, 1997).

A pesar de que el paro de los jóvenes es particularmente elevado en Andalucía, no existe hasta hoy ningún estudio que analice la transición de los titulados de una cohorte de formación profesional en el mercado laboral. Este artículo busca rellenar este vacío, aportando evidencia empírica acerca del proceso de inserción laboral de los titulados de Formación Profesional de Segundo Grado (FP II) en Andalucía, a partir de una encuesta retrospectiva que diseñamos con este objetivo y que realizó el Instituto de Estadística de Andalucía en 2001. Esta encuesta permite seguir el proceso de transición de los jóvenes hacia el mercado de trabajo en un período de siete años consecutivos. En base a esta fuente de información, analizamos desde varias perspectivas complementarias la transición de la escuela hacia el mer-



cado de trabajo de una cohorte de titulados que abandonaron el sistema escolar al final de sus estudios de FPPII, haciendo hincapié en los fenómenos de paro, de precariedad y de sobreeducación que padecen los jóvenes al inicio de su vida profesional.

El artículo está organizado de la manera siguiente: el apartado 2 describe brevemente los datos que se utilizan, el apartado 3 analiza el proceso de entrada de los jóvenes en el mercado de trabajo, el apartado 4 aporta evidencia empírica acerca de las características de su primer empleo, mientras que el apartado 5 aborda las trayectorias profesionales que siguen los jóvenes en los primeros años de su vida laboral. Finalmente, se aportan las conclusiones más relevantes observadas en el trabajo.

## 2. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA ENCUESTA

La encuesta se diseñó para proporcionar información sobre el proceso de inserción de los jóvenes que se titularon en FPPII al final del curso 1993-94, observando, desde esta fecha y hasta el año 2001, la evolución de su situación respecto al sistema de formación y al mercado de trabajo. El cuestionario da información sobre las características personales y familiares de los titulados, y detalla de manera bastante completa su pasado escolar desde el comienzo de la EGB hasta los estudios de tipo reglado que eventualmente hicieron una vez concluidos los de FPPII, así como la formación no reglada que han podido seguir. En lo que se refiere al empleo, la encuesta describe el primer y último empleo ocupado por cada titulado. Por empleo, se entiende todo trabajo por cuenta ajena o propia de más de 3 meses que da lugar a una remuneración o a una ayuda familiar<sup>1</sup>. Para cada uno de estos dos empleos, la encuesta proporciona, entre otras, las informaciones siguientes: período de paro previo a la entrada en el empleo, fechas de inicio y de finalización del empleo, características de la empresa (ubicación, sector de actividad, tamaño del establecimiento), modos de obtención del empleo, ocupación, tipo de contrato, número de horas trabajadas, nivel de remuneración, cualificación del empleo respecto al nivel de formación, grado de satisfacción en el trabajo, motivos por los que cesó en la empresa. Además, la encuesta recopila información sobre los otros empleos que han podido ocupar los titulados en el período cubierto por aquella. La definición

<sup>1</sup> Un cambio de ocupación o de contrato en una misma empresa se considera como un empleo diferente; el empleo ocasional, realizado como ayuda a la renta personal, en períodos de tiempo complementarios a la jornada educativa, por ejemplo en períodos vacacionales y sin intención de que conlleve una salida del sistema educativo, no viene contemplado.



de estos empleos es similar a la del primero y último; para cada uno de ellos, la encuesta proporciona información de naturaleza idéntica, aunque algo menos detallada.

La encuesta toma como población de referencia a los individuos con residencia habitual en Andalucía que estando matriculados en un centro de FPPII de dicha Comunidad Autónoma, se graduaron en FPPII en 1994. El marco está definido por las unidades escolares que impartieron el último curso de FPPII en 1994, considerando las distintas especialidades en un mismo centro como distintas unidades. Las unidades escolares se agruparon por provincias, considerando dentro de cada una de ellas los tres niveles de estratificación siguientes: por titularidad del centro, por especialidad de FPPII, por el número de habitantes del municipio donde está localizado el centro escolar. La encuesta se hizo por correo, contactando previamente a los encuestados por teléfono para explicarles los objetivos de la misma. Se mandaron casi 4.000 cuestionarios; de este total se recibieron 1.137 cuestionarios debidamente cumplimentados, lo que corresponde a una tasa de respuesta del orden del 35% <sup>2</sup>.

### 3. EL ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO

El paso de la educación hacia el mercado laboral se puede contemplar desde perspectivas a la vez cuantitativas y cualitativas. La tabla 1 siguiente reproduce tres indicadores comúnmente utilizados en este sentido, o sea, la tasa de acceso al primer empleo de los titulados de FPPII, definida como el cociente entre los individuos que encontraron un trabajo en el período cubierto por la encuesta y el número total de individuos, su tiempo medio de acceso al primer empleo y la duración media del paro previo al primer empleo <sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Esta tasa de respuesta es similar a la obtenida en las encuestas de inserción realizadas de manera análoga en otros países (ver, por ejemplo, CEREQ, 1998).

<sup>3</sup> Se evalúa el tiempo de acceso al primer empleo, comparando la fecha de entrada en el empleo con la fecha de salida de la formación. Incluye los períodos de paro y de inactividad previos al primer empleo; este indicador se calcula sobre el conjunto de individuos que ocupan un primer empleo en el período comprendido entre la fecha de finalización de sus estudios de FPPII y la de realización de la encuesta.

TABLA 1  
EL ACCESO AL PRIMER EMPLEO SEGÚN SEXO Y RAMA DE ESTUDIOS

	Tasa de acceso al primer empleo	Tiempo de acceso al primer empleo (en meses)	Duración del paro previo al primer empleo (en meses)
Sexo			
Hombre	94,5	22,4	7,5
Mujer	79,0	26,1	12,3
Rama de estudios			
Secundario			
Electricidad y Electrónica	98,6	23,4	9,0
Otros	95,0	20,2	6,1
Total	97,0	22,0	7,7
Terciario			
Administrativo y Comercial	80,1	25,0	11,0
Informática	97,1	25,9	12,8
Sanitaria	64,4	25,9	8,2
Otros	81,0	25,9	11,5
Total	85,8	25,5	11,1
Total	85,8	24,3	10,0

Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta de inserción de los titulados de FPPII en Andalucía, realizada por el IEA en 2001.

Como se puede apreciar en la tabla, siete años después de su graduación, casi el 15% de los titulados de FPPII no accedieron al mercado de trabajo. Este porcentaje es aún más elevado en el caso de las mujeres ya que alcanza el 20%, y difiere substancialmente según las especialidades. Por lo general, los que han seguido una formación de tipo secundario tienen una tasa de acceso al empleo superior a la de los demás. Dentro de los que han realizado una formación de tipo terciario, los titulados en la especialidad Sanitaria tienen una tasa mucho más baja que sus homólogos, del 64%, lo que sin duda se puede explicar por la fuerte feminización de esta especialidad<sup>4</sup>.

Uno de los hechos más significativos, y ciertamente preocupante, del proceso de inserción profesional es la extrema lentitud del mismo, ya que el tiempo medio de acceso al primer empleo superó los dos años. Resultados no reproducidos aquí por falta de espacio, indican que la variabilidad

<sup>4</sup> El 85% de los titulados de la rama Sanitaria son mujeres.

entorno a esta norma media es muy importante: así, mientras que solamente el 20% de los titulados ocuparon su primer empleo el mismo año en que dejaron el sistema educativo, más del 30% se insertaron en la vida profesional al cabo de tres o más años.

El tiempo de acceso al primer empleo hace referencia a dos comportamientos bien distintos de los individuos frente al mercado de trabajo, ya que incluye un periodo de inactividad y una fase activa y declarada de búsqueda de empleo. La descomposición del tiempo de acceso al primer empleo entre estas dos componentes muestra que los dos tercios de este tiempo se corresponde con un tiempo de inactividad, recayendo el resto, o sea 10 meses, a un período declarado de paro previo a la entrada en el empleo. Este período de paro varía de manera notable según el género; así, si las mujeres buscan empleo durante 12 meses aproximadamente, los hombres se enfrentan a una duración del paro de 7,5 meses solamente, lo cual refleja una clara discriminación de las mujeres desde la primera etapa de su vida activa. Por último cabe señalar que al igual que el tiempo de acceso al empleo, el período de paro previo es sensiblemente mayor para los que tienen una formación del sector terciario, de 11 meses frente a los 7,7 meses para los que se graduaron en una especialidad del sector terciario.

Varios fenómenos explican estas variaciones. La literatura muestra, en efecto, que la duración del paro previo está íntimamente ligada a las condiciones socio-económicas de las familias a las que pertenecen los jóvenes (ver, por ejemplo, Rees y Gray 1982) y a las condiciones locales del mercado trabajo (ver, por ejemplo, Bradberg y Nielsen, 1998). Si bien es cierto que el análisis de las causas del paro juvenil sobrepasa el marco de este artículo, al menos dos evidencias merecen subrayarse. En primer lugar, la duración del paro previo al primer empleo es muy variable según la provincia de origen y, por consiguiente, según las características de los mercados locales de trabajo. Así, en términos medios la fase de búsqueda de empleo oscila entre los 12 meses en las provincias de Córdoba y Jaén, y sólo 6 meses para Almería. En segundo lugar, la rapidez con la que se produce la inserción laboral no es independiente de los contactos o de las influencias que pueden ejercer los padres en el mercado de trabajo. Tomando la categoría social del padre como proxy de estas influencias, se constata, en efecto, que cuanto mayor es la posición social de la familia a la que pertenece el joven menor es la duración del paro previo al primer empleo que experimenta. Las diferencias no son desdeñables, ya que dentro de los titulados que entraron en el mercado de trabajo en calidad de asalariados, la duración del paro previo es del orden de 8 meses para los hijos de empresarios, de directores y de cuadros medios, frente a 11 meses para los de obreros y de 14 meses para los de personal administrativo y de servicio.

#### 4. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PRIMER EMPLEO

Esta sección describe las condiciones en las que los titulados de FPII entran en el mercado de trabajo. Las preguntas planteadas aquí son las siguientes. ¿Qué tipo de empleo aceptan? ¿Optan por trabajar a tiempo parcial o completo? ¿Cuál es el grado de precariedad al que se enfrentan? ¿En qué medida su primer empleo se adecúa con la formación que recibieron? La tabla 2 siguiente aporta algunos elementos de respuesta, describiendo el tipo de empleo ocupado por primera vez por los titulados de formación profesional en el período cubierto por la encuesta.

TABLA 2  
SITUACIÓN EN EL PRIMER EMPLEO, TIPO Y DURACIÓN  
DEL CONTRATO DE TRABAJO

	Hombre	Mujer	Total
Emigraron (%) <sup>a</sup>	11,2	6,0	11,9
Situación profesional (%)			
Asalariado			
Del sector público	9,6	15,6	12,7
Del sector privado	79,1	72,4	75,7
Total	88,7	88,0	88,4
Empresario o trabajador independiente	3,2	7,0	5,2
Otro	8	5,0	6,5
Total	100	100	100
Tipo de contrato (%) <sup>b</sup>			
Contrato de duración indefinida	17,6	16	16,8
Contrato de duración determinada	77	80,6	78,8
Sin contrato	5,5	3,4	4,4
Total	100	100	100
Trabajo a tiempo parcial (%) <sup>b</sup>			
Contrato de duración indefinida	-	17,8	8,8
Contrato de duración determinada	19,6	28,3	24,3
Sin contrato	11,1	50,0	26,7
Total	15,8	27,4	21,8
Duración del contrato (%) <sup>c</sup>			
3 meses o menos	26,0	18,4	22,0
4-6 meses	37,0	33,3	35,1
7-9 meses	5,5	9,2	7,5
10-12 meses	15,0	17,0	16,0
13-18 meses	3,9	5,7	4,9

(Continuación Tabla 2)

más de 18 meses	12,6	16,3	14,6
Total	100	100	100
Duración media del contrato (meses)	9,6	11,3	10,5

a/ No encontraron su primer empleo en la provincia donde estudiaron.

b/ Solo asalariados

c/ Solo asalariados con contratos de duración determinada.

Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta de inserción de los titulados de FPPII en Andalucía, realizada por el IEA en 2001.

El paso de la educación al mercado laboral se caracteriza por una movilidad geográfica muy limitada. La gran mayoría de los titulados de FPPII ejercen su primera actividad en el mercado de trabajo local, aunque los hombres son algo más móviles que las mujeres. Más allá de esta observación, que es una característica muy común dentro de los colectivos con bajo nivel de calificación (ver, por ejemplo, Tremblay, 2001), sin duda uno de los hechos más llamativos es la extraordinaria precariedad en la que se encuentran los jóvenes a lo largo de su primera experiencia profesional. Así, el 83% de los que tienen un trabajo asalariado<sup>5</sup> está en una situación laboral muy inestable, o sea que trabaja sin tener ningún contrato laboral escrito (4%) o tiene un contrato de duración determinada (79%). Además, un poco más de la cuarta parte de ellos ejerce su primer empleo a tiempo parcial, cuando menos del 10% de los que tienen un contrato de duración definida eligen o aceptan trabajar bajo esta modalidad. Si la gran mayoría de los empleos ocupados son precarios, por lo general son también de muy corta duración. En términos medios, los contratos de duración determinada no van más allá de los 10 meses, y más de la mitad —el 57%— de los que ocupan un primer empleo bajo esta modalidad tiene un contrato de 6 meses o menos. Aunque sea siempre muy elevada, la tasa de precariedad en el primer empleo es muy distinta según la rama de estudios. En efecto, mientras que casi el 95% de los titulados de la rama Sanitaria tienen un contrato de duración definida o trabajan sin contrato escrito, esta proporción se reduce al 79% en el caso de los que se formaron en la especialidad de Informática, aunque estos últimos ocupen empleos de duración significativamente inferior a los demás (tabla 3).

<sup>5</sup> Casi el 90% de los jóvenes titulados tienen un empleo asalariado (ver tabla 2).

**TABLA 3**  
**TASA DE PRECARIEDAD EN EL PRIMER EMPLEO**  
**Y DURACIÓN DEL CONTRATO LABORAL SEGÚN LA RAMA DE ESTUDIOS**

	Tasa de precariedad <sup>a</sup>	Distribución según la duración del contrato laboral <sup>b</sup>							Duración media
		3 meses o menos	4 - 6 meses	7 - 9 meses	10-12 meses	13 -18 meses	Más de 18 meses	Total	
Secundario									
Electricidad y Electrónica	80,9	15,2	47,8	6,5	15,2	2,2	13,0	100,0	7,8
Otros	91,7	27,5	27,5	7,5	12,5	5,0	20,0	100,0	9,4
Total	85,6	20,9	38,4	7,0	14,0	3,5	16,3	100,0	8,4
Terciario									
Administrativa y Comercial	81,7	18,3	37,8	3,7	19,5	2,4	18,3	100,0	9,0
Informática	78,7	25,5	29,8	14,9	10,6	6,4	12,8	100,0	7,7
Sanitaria	93,9	27,6	24,1	10,3	20,7	6,9	10,3	100,0	9,3
Otros	78,1	25,0	37,5	4,2	16,7	12,5	4,2	100,0	6,6
Total	82,1	22,5	33,5	7,7	17,0	5,5	13,7	100,0	8,4

a/ Porcentaje de asalariados sin contrato o con contrato de duración determinada.

b/ Dentro de los asalariados con contrato de duración determinada.

Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta de inserción de los titulados de FP II en Andalucía, realizada por el IEA en 2001.

Otra manera complementaria de valorar la calidad de la inserción profesional de los titulados consiste en medir el grado de adecuación de su formación al contenido del primer empleo que ejercen. Bajo este enfoque, popularizado por Freeman (ver Freeman, 1976) y que ha dado lugar a numerosos trabajos empíricos (ver, por ejemplo, Alba, 1993; Beneito, Ferri, Moltó y Uriel, 1996; Groot y Massen van den Brink, 2000; Lassibille, Navarro Gómez, Aguilar Ramos y de la O Sánchez, 2001), se trata de medir la capacidad que tiene el sistema educativo de satisfacer las necesidades del mercado de trabajo. La literatura distingue tres tipos de medidas del desajuste educativo de los individuos: unas medidas objetivas, basadas en una descripción externa de la cualificaciones requeridas en los empleos que ellos ocupan (ver Rumberger, 1987); unas medidas subjetivas, que consisten en preguntar directamente a cada individuo el nivel de formación que según él requiere el empleo que ejerce; y unas medidas estadísticas, propuestas por primera vez por Verdugo y Verdugo (1989), que utilizan como criterio de clasificación de los individuos el nivel de formación medio que poseen los trabajadores que ejercen un mismo empleo.

La encuesta de inserción profesional que utilizamos aquí permite valorar el nivel de adecuación de los estudios de FP II al contenido del primer

empleo que ocupan los titulados, bajo el segundo de estos tres enfoques. En efecto, se pregunta directamente a cada individuo si considera que tiene un nivel de formación adecuado como para desempeñar correctamente su trabajo, o si por el contrario estima que tiene un nivel de formación por debajo del nivel de cualificación que requiere el puesto que ocupa, o si tiene demasiada cualificación teniendo en cuenta los requerimientos del puesto de trabajo que ejerce.

La tabla 4 siguiente reproduce, en base a estas definiciones, el grado de adecuación de los estudios de FPII en Andalucía. Los resultados muestran que globalmente una gran proporción de estos titulados desempeñan un trabajo que no se corresponden con sus cualificaciones. Así, sólo el 42% se considera adecuadamente formado como para desempeñar su primer empleo, mientras que el 50% declara tener demasiada formación y el 8% piensa que el puesto que ocupa requiere más formación de la que tiene.

TABLA 4  
**DISTRIBUCIÓN DE LOS TITULADOS SEGÚN EL GRADO DE ADECUACIÓN DE SU FORMACIÓN AL CONTENIDO DEL PRIMER EMPLEO (PORCENTAJES)**

	Sobreeducado	Adecuadamente educado	Infraeducado	Total
Sexo				
Hombre	43,1	47,9	9,0	100
Mujer	56,3	36,2	7,5	100
Situación profesional				
Asalariado				
Del sector público	63,3	30,6	6,1	100
Del sector privado	49,0	43,2	7,9	100
Total				
Empresario o trabajador independiente	50,0	35,0	15,0	100
Otro	36,0	52,0	12,0	100
Tipo de contrato				
Duración indefinida	40,4	54,4	5,3	100
Duración determinada	53,4	38,4	8,2	100
Sin contrato	46,7	46,7	6,7	100
Rama de estudios				
Secundario				
Electricidad y Electrónica	43,8	47,9	8,2	100
Otros	45,6	47,4	7,0	100
Total	44,6	47,7	7,7	100
Terciario				
Administrativa y Comercial	45,3	42,7	12,0	100
Informática	48,5	47,1	4,4	100

(Continuación Tabla 4)

Sanitaria	73,7	21,1	5,3	100
Otros	61,8	29,4	8,8	100
Total	52,5	38,9	8,6	100
Total	49,9	41,9	8,3	100

Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta de inserción de los titulados de FPPII en Andalucía, realizada por el IEA en 2001.

Estas cifras medias ocultan sin embargo grandes diferencias. En efecto, globalmente, las mujeres están con más frecuencia que los hombres en situación de sobreeducación, un 56,3% frente a un 43,1% solo para los últimos. Casi los dos tercios de los que ocupan su primer empleo en el sector público tienen un nivel de formación superior al nivel de cualificación que requiere el puesto que desempeñan. El desajuste es algo menor para los que trabajan en el sector privado, ya que el 49% y el 43,3% están sobreeducados y adecuadamente educados, respectivamente. El nivel de adecuación de la formación al empleo depende también en gran medida del tipo de contrato de trabajo. En este campo se observa que el desajuste educativo es bastante menor para los que poseen un contrato de duración indefinida; así, dentro de este grupo, el porcentaje de individuos sobreeducados es del 40,4% cuando alcanza el 53,3% dentro del colectivo de los que tienen un contrato de duración determinada. Sin embargo, es sobre todo entre las distintas especialidades de formación donde se observan las mayores diferencias. Así, el 73,7% de los titulados de la rama Sanitaria ocupan puestos de trabajo con un nivel de cualificación por debajo de sus niveles de conocimientos, mientras que este porcentaje es sólo del 43,8% y del 45,3%, respectivamente, para los que siguieron la formación de Electricidad y Electrónica y la especialidad Administrativa y Comercial.

## 5. LAS TRAYECTORIAS PROFESIONALES DE LOS JÓVENES

La inserción profesional es un fenómeno complejo que no se puede analizar únicamente de manera puntual. Limitarse a un examen, incluso lo más completo posible, de la primera experiencia profesional de los individuos para valorar los resultados del sistema de formación puede conducir a sesgar de manera importante la realidad, ya que al principio de la vida activa las trayectorias profesionales son todavía muy inestables. Por estas razones, el estudio de la calidad de la inserción y la influencia que en la misma tienen los conocimientos proporcionados por el sistema educativo requiere que



las primeras experiencias profesionales de los individuos sean observadas en un período suficientemente amplio de tiempo. La encuesta de inserción a la que nos referimos aquí está particularmente bien adaptada a este fin, puesto que permite seguir con bastante detalle la inserción profesional de los individuos que se titularon en FPII en el curso escolar 1993-94, y ver la evolución de su situación a lo largo de los siete años que transcurrieron desde la finalización de estos estudios. En base a esta información, se describen estas trayectorias profesionales desde varias perspectivas complementarias, analizando más concretamente el número de empleos que tuvieron desde su salida del sistema de formación, la duración de sus períodos de empleo y de paro a lo largo de los años 1994-2001, y la evolución de su situación laboral durante dicho período, apreciada desde la perspectiva de la precariedad de su situación en el mercado de trabajo y del grado de adecuación de sus estudios en los sucesivos empleos que tuvieron.

De este análisis se desprende, en primer lugar, que los primeros años de la vida profesional de los jóvenes se caracterizan por una extraordinaria movilidad en el mercado de trabajo. Así, en los siete años que transcurrieron desde su salida del sistema de formación, una cuarta parte de los titulados de formación profesional ejercieron tres empleos o más (tabla 5). En este campo, los hombres aparecen mucho más móviles que las mujeres y los que se graduaron en una especialidad de tipo secundario ocuparon en promedio más empleos que los demás.

TABLA 5  
DISTRIBUCIÓN DE LOS TITULADOS DE FPII  
SEGÚN EL NÚMERO DE EMPLEOS OCUPADOS (PORCENTAJES)

	1 empleo	2 empleos	3 empleos	4 empleos o más	Total	Media
Sexo						
Hombre	33,0	29,3	19,2	18,6	100	2,3
Mujer	43,2	38,2	9,6	9,0	100	1,9
Rama de estudios						
Secundario						
Electricidad y Electrónica	37,0	23,3	20,6	19,2	100	2,4
Otros	24,6	36,8	17,5	21,1	100	2,5
Total	31,5	29,2	19,2	20,0	100	2,4
Terciario						
Administrativa y Comercial	39,3	37,6	12,8	10,3	100	2
Informática	47,1	26,5	14,7	11,8	100	1,9
Sanitaria	47,4	39,5	5,3	7,9	100	1,8
Otros	32,4	47,1	8,8	11,8	100	2

(Continuación Tabla 5)

Total	41,6	36,2	11,7	10,5	100	2
Total	38,2	33,9	14,2	13,7	100	2,1

Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta de inserción de los titulados de FPII en Andalucía, realizada por el IEA en 2001.

Pero más allá de este hecho, hay que resaltar que la duración total de empleo, medida respecto al tiempo total que sucedió desde la fecha de titulación hasta la fecha de realización de la encuesta, es particularmente baja (tabla 6). En términos medios, los titulados de FPII estuvieron empleados durante el 60% del tiempo potencial, teniendo las mujeres un tiempo de ocupación significativamente menor que los hombres, con un período total de empleo del 58% frente al 65% para los hombres. Si esta observación muestra que las dificultades de inserción en el mercado no son pasajeras, algunos índices sugieren que algunos jóvenes consiguen una tasa de empleabilidad mayor que los demás. En particular, aparece de manera clara que los individuos más móviles disfrutaron de un período de empleo superior a los demás. En efecto, los que ocuparon un solo empleo estuvieron empleados el 55% del tiempo, mientras que los que ejercieron, por ejemplo, 4 empleos o más permanecieron ocupados el 61% de este tiempo. De manera que la movilidad en el mercado de trabajo, tanto voluntaria como involuntaria, está en cierta medida asociada con una mayor ocupación de los individuos, aunque, en este campo, se observan diferencias a veces notables según la rama de estudios.

TABLA 6  
TIEMPO DE PERMANENCIA EN EL EMPLEO  
(EN % DEL TIEMPO TOTAL DISPONIBLE) <sup>a</sup>

	1 empleo	2 empleos	3 empleos	4 empleos o más	Total
Sexo					
Hombre	58,9	68,5	66,7	65,2	64,6
Mujer	51,7	64,8	58,9	55,7	57,9
Rama de estudios					
Secundario					
Electricidad y Electrónica	52,3	63,0	61,6	68,8	60,5
Otros	65,7	66,2	79,3	57,5	66,5
Total	57,2	64,8	68,9	63,6	63,2
Terciario					
Administrativa y Comercial	54,6	70,7	59,4	63,5	62,3

(Continuación Tabla 6)

Informática	58,1	71,5	72,5	58,8	64,1
Sanitaria	47,5	48,0	45,7	31,7	46,3
Otros	47,5	69,6	30,5	75,7	59,5
Total	53,7	67,2	60,0	60,2	60,1
Total	54,6	66,4	64,0	62,0	61,1

a/ Descontados los periodos obligatorios de inactividad obligatoria, como el servicio militar.

Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta de inserción de los titulados de FPPII en Andalucía, realizada por el IEA en 2001.

En cuanto a las características de los sucesivos empleos ocupados por los jóvenes al principio de su vida laboral, uno de los hechos más destacables es sin duda alguna la extraordinaria variedad de situaciones en las que se encuentran los individuos, lo que demuestra a fin de cuentas que las trayectorias de inserción son en realidad muy personalizadas. En lo que sigue, destacamos unas tendencias que se pueden calificar de profundas. Se refieren al grado de precariedad de los jóvenes en los sucesivos empleos que tuvieron al principio de su vida activa y al grado de adecuación de su formación con el contenido de los trabajos que desempeñaron.

Tomando como referencia al colectivo de jóvenes que siempre ejerció un empleo de tipo asalariado, lo cual constituye casi el 90% de los titulados ocupados en el periodo de referencia, la tabla 7 reproduce la distribución de los titulados de FPPII según la precariedad en la que se encontraron en sus sucesivos empleos. Esta estadística muestra una realidad poco sospechada, y confirma que la precariedad en el empleo es un fenómeno duradero y generalizado dentro de los titulados andaluces. Así, a lo largo de sus primeros ocho años de vida laboral, el 58% de los titulados de FPPII siempre desempeñaron empleos con contratos de duración determinada o sin condiciones escritas. Las mujeres aparecen claramente en situaciones peores que los hombres, ya que el 61% de ellas siempre tuvieron contratos de duración determinada en sus sucesivos empleos, cuando el 55% de los hombres experimentaron tales situaciones. Solamente el 16% de los individuos ejercieron siempre su actividad asalariada con unos contratos de duración indefinida, mientras que el 22% empezaron su trayectoria laboral con unos contratos de duración determinada y evolucionaron luego hacia unos contratos de duración indefinida. Un hecho ciertamente llamativo es el tiempo que necesitaron estos individuos para estabilizarse en el mercado de trabajo. En efecto, se observa que tardaron más de dos años para conseguir un trabajo estable y que los hombres necesitaron más tiempo que las mujeres para encontrar la estabilidad laboral.

TABLA 7  
**DISTRIBUCIÓN DE LOS TITULADOS DE FPPII SEGÚN EL TIPO DE CONTRATO  
 DE TRABAJO EN LOS SUCESIVOS EMPLEOS<sup>a</sup> (PORCENTAJES)**

	Hombre	Mujer	Total
Empleados siempre con contratos precarios	54,7	61,3	58,2
Empleados siempre con contratos indefinidos	18,0	14,9	16,4
Situaciones mixtas	27,3	23,8	25,5
Empezando con contratos precarios y evolucionando hacia contratos indefinidos	22,8	20,6	21,7
Otros	4,7	3,0	3,8
Total	100,0	100,0	100,0
Tiempo para entrar en un empleo con contrato indefinido <sup>b</sup> (en meses)	55,5	48,5	52,1

a/ Calculado sobre el colectivo de individuos que ejercieron siempre empleos asalariados; o sea el 82% de los titulados ocupados en el periodo cubierto por la encuesta.

b/ Tiempo medio que transcurrió desde la finalización de los estudios hasta la consecución de un trabajo con contrato indeterminado; está calculado sobre el colectivo de los individuos que empezaron su vida profesional con un contrato de trabajo precario.

Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta de inserción de los titulados de FPPII en Andalucía, realizada por el IEA en 2001.

El panorama es igual de sombrío en lo que se refiere a la utilización de los conocimientos adquiridos por los titulados durante su paso por la Formación Profesional. Como muestra la tabla 8 siguiente, a lo largo de los siete años transcurridos desde la finalización de sus estudios, el 43% de los titulados ocuparon siempre empleos que necesitaban un nivel de conocimientos inferior al que tenían, sólo el 32% estuvieron siempre adecuadamente educados, el 5% ejercieron continuamente empleos que requerían mayores conocimientos que los adquiridos durante sus estudios, y el 20% tuvieron unas situaciones mixtas. En términos globales, el desajuste es mayor para las mujeres que para los hombres, ya que el 50% de ellas ocuparon siempre empleos que necesitaban menos cualificaciones que las que tenían, frente al 35% para los hombres. Hay que subrayar que el nivel de desajuste se reduce de manera significativa con el número de empleos desempeñados y, por consiguiente, con la movilidad en el mercado de trabajo. Por ejemplo, el 50% de los que tuvieron un sólo empleo están sobreeducados, cuando respectivamente el 45%, el 29% y el 30% de los que ocuparon dos empleos, tres empleos, o cuatro empleos o más están en tal situación. Tomando como punto de referencia a los que tuvieron dos empleos o más, a fin de tener una idea más precisa del impacto de la movilidad sobre el grado de adecua-

ción de los estudios, se observa que sólo el 16% de los que estaban sobreeducados en su primer empleo consiguieron reducir el grado inicial de inadecuación de sus estudios, evolucionando hacia un empleo en el cual estaban adecuadamente educados.

**TABLA 8**  
**DISTRIBUCIÓN DE LOS TITULADOS DE FPPII SEGÚN EL GRADO**  
**DE ADECUACIÓN DE SU FORMACIÓN EN SUS SUCESIVOS EMPLEOS**  
**(PORCENTAJES)**

	Siempre sobreeducados	Siempre adecuadamente educados	Siempre infraeducados	Otras situaciones	Total
<b>Sexo</b>					
Hombre	34,6	34,6	4,8	26,1	100,0
Mujer	50,5	29,6	5,5	14,6	100,0
Total	42,6	32,0	5,2	20,2	100,0
<b>N.º de empleos</b>					
1 empleo	50,0	41,2	8,1	0,7	100,0
2 empleos	45,0	30,5	3,8	20,6	100,0
3 empleos	29,1	23,6	5,5	41,8	100,0
4 empleos o más	30,2	18,9	0,0	50,9	100,0
Total	42,6	32,0	5,2	20,2	100,0
<b>Total</b>	<b>42,6</b>	<b>32,0</b>	<b>5,2</b>	<b>20,2</b>	<b>100</b>

Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta de inserción de los titulados de FPPII en Andalucía, realizada por el IEA en 2001

## 6. CONCLUSIÓN

Si bien el 80% de los titulados de FPPII que abandonaron definitivamente el sistema de enseñanza reglado al final de dicho ciclo de estudios han ejercido un trabajo siete años después de su graduación, para la mayoría de ellos la inserción en el mercado laboral es sinónima de paro, precariedad y desajuste educativo. Así, aunque muy variable, el tiempo de acceso al primer empleo supera en términos medios los dos años; dependiendo de la rama de estudios elegida, la duración del paro previo al primer empleo varía entre ocho y once meses. Más de las tres cuartas partes de los que desempeñan un trabajo asalariado tienen un contrato de duración determinada, y para más de la mitad de ellos este contrato es de una duración inferior a los seis meses. A estas observaciones se suma el hecho de que alrededor del 25% de los que están en las situaciones más precarias ejercen un trabajo a tiempo



parcial. Por último, la mitad de los titulados no ha encontrado en el momento de su inserción profesional el empleo que se corresponde con sus cualificaciones y ocupa puestos para los que tiene demasiadas cualificaciones.

Aunque es cierto que la inserción profesional es un proceso lento, para la gran mayoría de individuos no converge hacia la estabilidad laboral. En primer lugar, el principio de la vida activa de muchos de los titulados de FPPI se caracteriza por el paso por un número importante de empleos. Así, más de la cuarta parte ejercieron tres empleos o más en los siete años transcurridos desde su salida del sistema de enseñanza, y en este mismo plazo de tiempo se quedaron alrededor de 14 meses en paro, pudiendo superar este período los dos años para cerca del 15% de individuos. Casi el 60% de los titulados siempre desempeñaron trabajos precarios y menos de una cuarta parte encontraron la estabilidad contractual en su relación laboral. Si bien el desajuste educativo de los titulados se reduce a medida que se afirma el proceso de entrada en la vida activa, un poco más del 40% de ellos ocuparon siempre empleos que requerían un nivel de conocimientos inferior al que poseían y menos del 20% tuvieron la oportunidad de evolucionar hacia un empleo en el cual su formación se ajustaba al contenido de su trabajo.

No cabe duda que este conjunto de observaciones acerca de la inserción profesional de los titulados de FPPI cuestiona la eficacia externa del sistema de Formación Profesional en Andalucía, y por aproximación en España, como varios estudios lo han demostrado (ver por ejemplo, Marcenaro Gutiérrez y Navarro Gómez, 2005). Ello revela en cierta medida la incapacidad del sistema de formación para satisfacer las exigencias del mercado de trabajo, problema que padece el sistema de enseñanza profesional desde hace años y que estudios futuros deberían plantearse para ver en que dirección la situación descrita anteriormente se ha modificado.

## REFERENCIAS

- AGUILAR RAMOS, M.<sup>a</sup> I. (2005). *La inserción laboral de los jóvenes en España. Un enfoque microeconómico*. Civitas. Colección Economía.
- ALBA, R. (1993). «Mismatch in the Spanish labor market: Overeducation?» *The Journal of Human Resources* 28, 259-278.
- ANDREWS, M. & BRADLEY, S., (1997). «Modeling the transition from school and the demand for training in the United Kingdom». *Economica* 64, 387-413.
- ATKINSON, AB., y MICKLEWRIGHT, J. (1991). «Unemployment Compensation and Labor Market Transitions: A Critical Review». *Journal of Economic Literature* 29(4), págs. 1679-1727
- BENEITO, P., FERRI, J., MOLTÓ, M.L. & URIEL E., (1996). «Desajuste educativo y formación laboral especializada».

- da: efectos sobre los rendimientos salariales». *Working Paper* 9611. Valencia: Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas.
- BRATBERG, E. y NILSEN A. (1998). «Transitions from school to work: Search time and job duration». *Discussion Paper* 27. IZA. Bonn.
- CÉREQ (1998). «Parcours de formation et insertion professionnelle des étudiants». *Sources et méthodes. Document n.º 134. Série Observatoire*. Marseille
- FRANZ, W., INKMANN, J., POHLMEIER, W. & ZIMMERMANN V., (1997). «Young and out in Germany: On the youth's chances of labor market entrance in Germany». *Working Paper* 6212. Cambridge: National Bureau of Economic Research.
- FREEMAN, R. (1976). *The Overeducated American*. New York: Academic Press.
- GROOT, W. & MASSEN VAN DEN BRINK, H. (2000). «Overeducation in the labor market: a meta-analysis». *Economics of Education Review* 19, nº2.
- LASSIBILLE, G., NAVARRO GÓMEZ, M.<sup>a</sup>L., AGUILAR RAMOS, M.<sup>a</sup>I. Y DE LA O SÁNCHEZ, C. (2001). «Youth Transition from School to Work in Spain». *Economics of Education Review* 20 (2), págs. 139-149.
- MARCENARO GUTIÉRREZ, O. y NAVARRO GÓMEZ, M.<sup>a</sup>L. (2005). «Nueva evidencia sobre el rendimiento del capital humano en España». *Revista de Economía Aplicada*, núm. 37, vol. XIII, págs. 69-88.
- REES, A. & GRAY, W., (1982). «Family effects in youth employment». In Freeman, R. B. & Wise, D.A. (Eds.), *The Youth Labor Market Problem: Its Nature, Causes and Consequences*. Chicago: University of Chicago Press.
- RUMBERGER, R.W. (1987). «The Impact of Surplus Schooling on Productivity and Earnings». *The Journal of Human Resources* 22 1, págs. 24-50.
- TREMBLAY, J. (2001). «Rural youth migration between 1971 and 1996». *Statistics Canada Agricultural Division Working Paper* 44. Ottawa: Statistics Canada.
- VERDUGO, R. y VERDUGO, N. (1989). «The Impact of Surplus Schooling on Earnings: Some Additional Findings». *The Journal of Human Resources* 24 (4), págs. 629-643.



## LOS SALARIOS PIERDEN PESO EN LA RENTA NACIONAL

INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO  
EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (CUARTO TRIMESTRE DE 2006) \*

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

*Investigador del Colegio de México*

### EXTRACTO

La evolución de la economía española en el cuarto trimestre de 2006 ha seguido la tendencia de los últimos años, alcanzando tasas de crecimiento muy elevadas en el contexto europeo. El crecimiento económico se sigue traduciendo en un buen comportamiento de las variables laborales, fundamentalmente las relativas a la ocupación y al desempleo. Las cifras de ocupados alcanzadas en este trimestre para el conjunto de la economía española son cifras record. Lo mismo ocurre con las tasas de desempleo, que se acercan a las medias europeas y alcanzan cifras que no se presentaban desde hace casi treinta años. La evolución es paralela en lo que se refiere a las variables laborales andaluzas, aunque con un diferencial que se mantiene aunque se va reduciendo poco a poco. Esta buena evolución de las variables laborales debe matizarse si prestamos atención a otras también importantes como son las relativas a los salarios y a los costes laborales. Si bien los salarios suben, pierden peso en lo que respecta a la renta nacional y apuntan hacia la necesidad de reflexionar sobre las causas últimas de la señalada pérdida de competitividad de la economía española.

\* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles en abril de 2007.



## INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. CUARTO TRIMESTRE 2006

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA <sup>(*)</sup>	VB <sup>(*)</sup>	Dato	VA <sup>(*)</sup>	VB <sup>(*)</sup>
<b>I. MERCADO DE TRABAJO</b>								
Población activa	Miles	4.º Trim. 06	21.812,4	0,7	3,1	3.590,2	0,8	2,3
Tasa de actividad	Porcentaje	4.º Trim. 06	58,58	0,2	1,5	55,38	0,2	0,4
Hombres	..	..	69,00	-0,7	0,1	68,18	-0,5	2,1
Mujeres	..	..	48,56	1,5	3,4	43,21	1,1	2,5
16-19 años	..	..	28,50	-12,2	2,8	31,82	-2,3	12,3
20-24 años	..	..	67,59	-2,3	0,7	66,17	-2,6	-2,4
25-54 años	..	..	82,54	0,8	1,5	76,55	0,5	0,6
Más de 55 años	..	..	19,68	0,9	0,9	16,35	2,7	-2,9
Ocupados	Miles	4.º Trim. 06	20.001,8	0,5	3,6	3.151,7	1,1	4,2
Agricultura	..	..	921,8	0,9	-8,4	244,3	6,7	-13,8
Industria	..	..	3.319,8	1,0	1,0	320,2	1,5	-6,7
Construcción	..	..	2.623,2	1,3	8,3	498,8	4,9	9,6
Servicios	..	..	13.137,0	0,2	4,3	2.088,3	-0,4	7,5
Asalariados del sector público	..	4.º Trim. 06	2.908,0	0,2	1,4	519,2	1,0	2,9
Asalariados temporales	..	4.º Trim. 06	5.568,7	-1,6	4,1	1.196,7	-0,3	5,8
Parados encuestados	..	4.º Trim. 06	1.810,6	2,6	-1,7	438,6	-1,7	-9,6
Hombres	..	..	763,8	0,5	-7,0	188,7	-3,6	-13,6
Mujeres	..	..	1.046,9	4,2	2,6	249,9	-0,2	-6,4
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	4.º Trim. 06	8,30	1,8	-4,6	12,22	-2,4	-11,6
Hombres	..	..	6,06	0,7	-8,6	8,71	-3,8	-14,6
Mujeres	..	..	11,36	2,2	-2,2	17,54	-1,8	-10,1
16-19 años	..	..	31,13	25,2	12,4	31,63	18,9	2,0
20-24 años	..	..	14,19	-2,1	-12,2	17,18	-15,3	-22,1
25-54 años	..	..	7,35	1,8	-4,2	10,95	-1,2	-11,2
Más de 55 años	..	..	5,34	2,5	-3,6	9,88	0,5	-5,1
Parados de larga duración	Porcentaje	4.º Trim. 06	24,96	-2,1	-13,1	26,68	-5,4	-18,6
Parados registrados	Miles	4.º Trim. 06	2.013,0	2,3	-3,4	485,2	3,3	-0,9
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	1.º Trim. 06	76,00	1,8	8,7	..	..	..
<b>II. CONDICIONES DE TRABAJO</b>								
Salario mínimo	€/mes	4.º Trim. 06	541,0	0,0	5,4	541,0	0,0	5,4
Coste laboral por trabajador	€/mes	4.º Trim. 06	2.311	9,4	3,4	2.094	7,7	4,1
Industria	..	..	2.671	9,7	3,4	2.353	7,1	5,1
Construcción	..	..	2.277	9,7	3,7	2.147	2,5	-1,1
Servicios	..	..	2.220	9,2	3,7	2.029	9,3	5,6
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	4.º Trim. 06	134,0	4,8	-1,3	134,4	2,3	-1,0
Accidentes mortales de trabajo	Total	4.º Trim. 06	301	-18,2	..	44	-2,2	..
<b>III. REGULACIÓN DE EMPLEO</b>								
Expedientes	Total	4.º Trim. 06	984	30,0	-42,3	..	..	..
Trabajadores Extinción de empleo	..	..	6.295	-10,7	-8,1	..	..	..
Suspensión de empleo	..	..	13.787	683,8	141,7	..	..	..
Reducción de jornada	..	..	58	93,3	141,7	..	..	..
<b>IV. CONFLICTOS LABORALES</b>								
Huelgas	Total	4.º Trim. 06	203	-18,8	31,0	..	..	..
Participantes	Miles	..	43,15	-77,8	-77,6	0,70	-36,4	-98,1
Jornadas no trabajadas	..	..	100,67	-58,1	-76,4	2,00	42,9	-95,1
<b>V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS</b>								
Crecimiento económico	Porcentaje	4.º Trim. 06	4,0	3,8	3,6	..	..	..
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	4.º Trim. 06	-16,4	-10,8	-14,6	..	..	..
Inflación	Porcentaje	4.º Trim. 06	2,6	3,5	3,5	2,8	3,6	3,4
Déficit público (operaciones no financieras)	Millardos €	4.º Trim. 06	4,6	5,8	2,4	..	..	..
Tipo de interés (Euribor 12) meses	Porcentaje	4.º Trim. 06	3,9	3,6	2,6	..	..	..

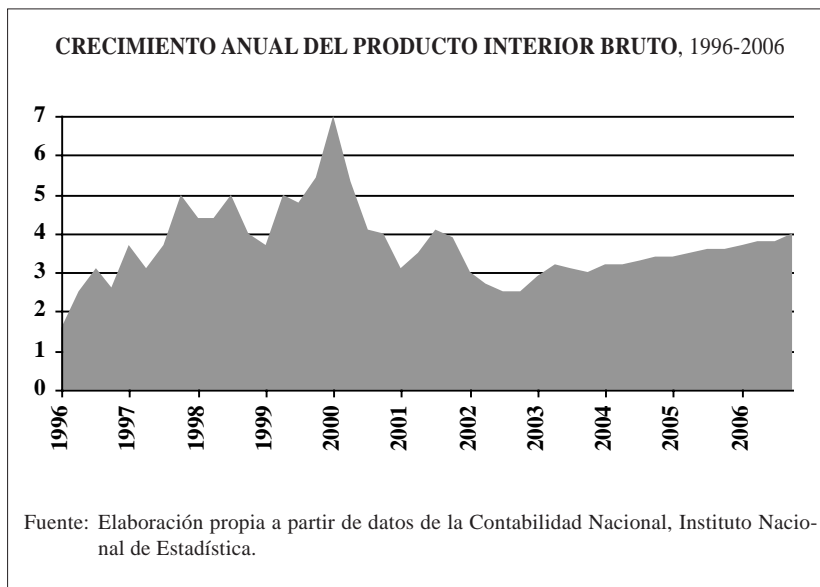
(\*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.

**ÍNDICE**

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. EL DESEMPLEO
5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

**1. LA COYUNTURA ECONÓMICA**

Cuando se pensaba que esta segunda ola del presente ciclo económico positivo que ya dura justo una década había tocado techo, aún dio el último trimestre de 2006 la oportunidad de dar un último estirón. Y ello poniendo en la picota a las estimaciones de organismos públicos y privados que consideraban que la pendiente descendente ya estaba aquí. De hecho, se dio un salto sobresaliente en comparación con los tres últimos años, el periodo que casi se corresponde con la legislatura de José Luis Rodríguez Zapatero. En este trienio, el ritmo del crecimiento económico avanzó, pasito a pasito, muy lentamente, desde el tres por ciento al 3,8 por ciento. Las dos décimas adicionales que añadió el último trimestre de 2006 suponen casi un salto de acróbata con respecto al pasado más reciente. Si se acabaron los dientes de sierra, el avance del último trimestre es lo más parecido a un salto, aunque sea con dos escasas décimas de crecimiento añadidas al total, hasta llegar al cuatro por ciento de crecimiento.



Ese volumen de crecimiento es notable, muy apreciable, con esa constancia casi desconocida en la historia reciente de España. Pero cuando se mira alrededor del mundo, esa benevolencia queda un poco más en entredicho. El planeta se encuentra en tasas de crecimiento por encima del cinco por ciento. Y lo que es más relevante para los agoreros del «los ricos cada vez más ricos y los pobres cada vez más pobres», el crecimiento está sesgado hacia los países con menores niveles de desarrollo, con la excepción de África, que sigue con su propio ritmo casi eterno de estancamiento. Además, ese crecimiento mundial no se restringe regionalmente. Entre los países que más crecen en el actual momento económico, se encuentran países europeos, americanos y asiáticos. Letonia lidera momentáneamente esta peculiar batalla con tasas de crecimiento cercanas al doce por ciento. Su vecino báltico, Estonia, también se encuentra en esas posiciones de avanzada, junto con otra pléyade de países de reciente incorporación a la Unión Europea, además de Rusia. Dentro del triunvirato que lidera el crecimiento mundial están también Venezuela, donde el auge del precio del petróleo sólo es parte de la explicación, y China, cuyo modelo de desarrollo basado en el impulso de las exportaciones parece no tocar techo. El gigante indio está en tasas de crecimiento por encima del ocho por ciento, unos niveles en los que se sitúan países que sólo suelen aparecer en los grandes medios de comunicación en razón de sus crisis, ya sean Rusia, Colombia, Perú o Argentina.

Frente a tales tasas de crecimiento económico, las de España palidecen. Si la comparación se realiza con el ámbito de la zona euro, la perspectiva cambia. España continúa siendo, de entre las grandes economías de la Unión Europea, la que más crece. Pero la distancia es cada vez más corta con respecto a sus perseguidores. El último dato del crecimiento del cuatro por ciento se sitúa sólo seis décimas por encima del registrado en el mismo periodo tanto en el conjunto de la Unión Europea de veintisiete estados miembros como en la zona euro. El reciente repunte de la economía alemana ha situado su crecimiento sólo tres décimas por debajo de la española. E incluso las alicaídas economías de Francia e Italia, presas de un pesimismo duradero, ya están en tasas de crecimiento entre el 2,5 y el tres por ciento. Cada vez, la economía española está más cerca de ser la norma que la excepción en la zona euro. No porque España se haya unido al clima plano del área, sino porque la expansión económica parece hacerse más numerosa en su interior. No obstante, a la cola del crecimiento en el mundo se encuentran los vecinos de la Península Ibérica, Portugal, con un 1,7 por ciento. En ese hoyo también comparten espacio con economías muy alejadas territorialmente e incluso sectorialmente, ya sean la suiza, la canadiense, la islandesa o la japonesa.



(Continuación)

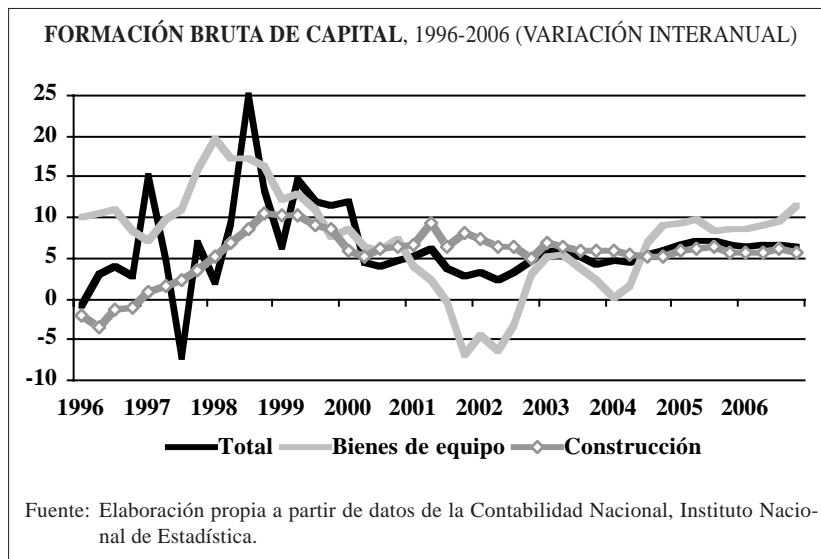
<b>España</b>	<b>4,0</b>	▶▶▶▶▶▶▶▶
Taiwán	4,0	▶▶▶▶▶▶▶▶
Brasil	3,8	▶▶▶▶▶▶▶▶
Alemania	3,7	▶▶▶▶▶▶▶▶
Israel	3,7	▶▶▶▶▶▶▶▶
Austria	3,3	▶▶▶▶▶▶▶▶
<b>Zona euro</b>	<b>3,3</b>	▶▶▶▶▶▶▶▶
Hungría	3,2	▶▶▶▶▶▶▶▶
Estados Unidos	3,1	▶▶▶▶▶▶▶▶
Dinamarca	2,9	▶▶▶▶▶▶▶▶
Nueva Zelanda	2,9	▶▶▶▶▶▶▶▶
Australia	2,8	▶▶▶▶▶▶▶▶
Bélgica	2,8	▶▶▶▶▶▶▶▶
Italia	2,8	▶▶▶▶▶▶▶▶
Reino Unido	2,8	▶▶▶▶▶▶▶▶
Noruega	2,7	▶▶▶▶▶▶▶▶
Países Bajos	2,7	▶▶▶▶▶▶▶▶
Francia	2,5	▶▶▶▶▶▶▶▶
Islandia	2,5	▶▶▶▶▶▶▶▶
Japón	2,3	▶▶▶▶▶▶▶▶
Canadá	2,3	▶▶▶▶▶▶▶▶
Suiza	2,2	▶▶▶▶▶▶▶▶
Portugal	1,7	▶▶▶▶▶▶▶▶

Fuente: *The Economist*, 28 de abril de 2007.

El cuatro por ciento de crecimiento en el último trimestre de 2006 lo rescata la economía española porque, a puntos iguales, la demanda interna y la externa han tenido un comportamiento positivo. En conjunto, la demanda interna contribuyó al crecimiento en un 4,9 por ciento, una décima más que lo que se había movido a lo largo del año. El consumo de los hogares parece estabilizado en cotas por debajo del cuatro por ciento, mientras que el consumo de las administraciones públicas dio un salto considerable hasta situarse en el 4,9 por ciento. Aunque sería un recurso fácil acudir al periodo preelectoral de comicios municipales y autonómicos como justificación de este súbito incremento, la realidad es que incluso en esos niveles se mantiene por debajo de los registrados en 2004 y 2005. Mientras tanto, la deman-

da externa aporta la otra décima nueva de crecimiento por la vía inversa. Su aportación negativa al crecimiento económico es del 0,9 puntos porcentuales, una décima menos de lo que lo hizo en el trimestre anterior.

El comportamiento más destacado del último trimestre lo refleja la formación bruta de capital fijo, es decir, la inversión. En conjunto, se eleva a ritmos reales por encima del seis por ciento, lo cual es la reiteración de un comportamiento sostenido de los últimos tres años. Otro patrón continuado de este crecimiento es el aumento de la inversión en bienes de equipo, donde se alcanzaron tasas de crecimiento interanuales por encima del once por ciento. A lo largo del último año, la inversión en productos metálicos y maquinaria creció en un once por ciento, el mayor esplendor alcanzado desde 1999. Superior fue la tasa de crecimiento de la inversión en equipo de transporte, que se situó por encima del doce por ciento. Las fuertes tasas de crecimiento en inversión en bienes de equipo que se han producido en los dos últimos años no parecen hacer mella en la productividad del factor trabajo, que crece por debajo del uno por ciento interanual. Mientras tanto, la inversión en bienes de construcción reduce ligeramente su ritmo de crecimiento dentro de una norma casi constante durante los últimos cuatro años de mantener en tasas de variación dentro de la franja de entre el cinco y el siete por ciento.



La demanda externa de la economía mejoró en el último trimestre de 2006 en una décima su contribución negativa al crecimiento. Tanto las importaciones como las exportaciones registraron un nuevo impulso, pero a

diferencia de etapas anteriores, fueron las exportaciones las que mejoraron de manera más sustancial. Las exportaciones de bienes y servicios aumentaron su tasa de crecimiento desde el 3,4% en el tercer trimestre de 2006 al 7,3% en el cuarto. No obstante, esta evolución puede lo mismo ser el resultado del repunte económico en los principales socios comerciales de España en la Unión Europea como estar distorsionada por la incorporación de las nuevas estimaciones del gasto de no residentes en el territorio económico, del turismo en definitiva, proporcionados por el nuevo procedimiento de cálculo. También las importaciones de bienes y servicios aceleraron su tasa de crecimiento, desde el seis al 8,8 por ciento en el cuarto trimestre de 2006. Este crecimiento fue mucho más acusado entre las importaciones de servicios.

El déficit comercial español alcanzó en 2006 la cifra histórica de 89.687 millones de euros. Por cada dos euros que exporta la economía española, importa tres, una tasa de cobertura tan paupérrima que no se alcanzaba desde tiempos de la autarquía. España tiene un déficit comercial superior a los mil millones de euros con veinticinco países y superávit comercial por una décima de esa cantidad con diecisiete países. Entre los principales acreedores de la economía española está prácticamente todo el globo que cuenta algo en las relaciones económicas internacionales con la excepción de Estados Unidos: todas las grandes economías europeas salvo el Reino Unido, todas las grandes economías asiáticas y buena parte de los grandes países exportadores de petróleo. China se ha alzado al cuarto puesto de los países de los que España importa bienes para generar el segundo déficit comercial. Alemania e Italia redondean el podio de los países a los que España debe más por concepto de comercio exterior. En el apartado contrario, sólo el Reino Unido y Portugal están entre los países con tradición comercial con los que España puede presentar un superávit en razón de la importación y exportación de productos.

#### LOS 20 PAÍSES CON LOS QUE ESPAÑA MANTIENE UN MAYOR SUPERÁVIT O DÉFICIT COMERCIAL, 2006 (MILLONES DE EUROS)

País	Exportaciones		Importaciones		Saldo	Tasa cobertura
Alemania	18.486	2	36.929	1	-18.442	50,1
China	1.671	15	14.302	4	-12.631	11,7
Italia	14.484	4	21.206	3	-6.722	68,3
Rusia	1.510	17	7.343	10	-5.833	20,6
Países Bajos	5.546	7	10.355	6	-4.809	53,6
Japón	1.347	20	5.841	6	-4.808	23,1
Nigeria	191	68	3.788	15	-3.788	5,0

(Continuación)

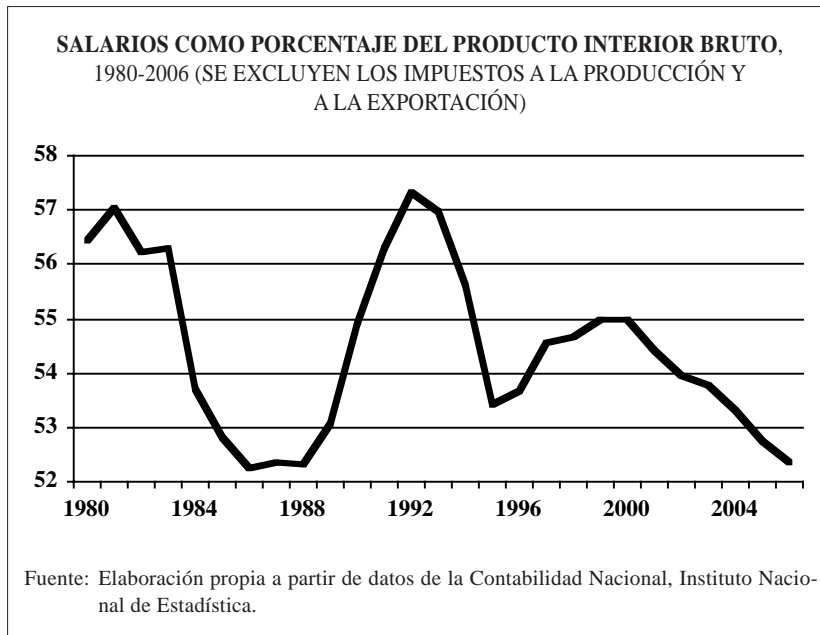
Argelia	1.061	26	4.591	12	-3.429	23,6
Corea del Sur	502	51	3.863	14	-3.361	13,0
Irlanda	1.042	27	3.880	13	-2.838	26,9
Bélgica	4.958	8	7.550	9	-2.563	65,7
Libia	84	92	2.647	21	-2.417	3,2
Arabia Saudí	685	40	3.102	19	-1.766	22,1
Suecia	1.626	16	3.393	17	-1.514	47,9
Irán	344	57	1.999	27	-1.409	17,2
Indonesia	164	74	1.679	32	-1.306	9,8
Francia	31.754	1	33.163	2	-1.297	95,8
India	540	47	1.846	28	-1.306	29,3
Venezuela	521	48	1.817	29	-1.297	28,6
Iraq	21	125	1.281	39	-1.260	1,6
<b>Total</b>	<b>169.872</b>	<b>..</b>	<b>259.559</b>	<b>..</b>	<b>-89.687</b>	<b>65,4</b>
Malta	90	87	22	129	69	415,8
Antillas Holanda	98	85	11	139	87	873,0
Kuwait	145	76	54	105	90	267,1
Bahamas	540	46	424	65	116	127,4
Líbano	138	77	11	140	127	1.271,1
Rumania	753	36	625	57	128	120,4
Marruecos	2.562	12	2.432	22	130	105,4
Rep. Dominicana	233	65	70	99	162	331,5
Chipre	187	70	21	132	166	903,1
Croacia	255	62	63	103	191	402,9
Eslovenia	461	52	248	70	213	185,8
Bermudas	448	53	231	72	216	193,5
México	3.074	9	2.819	20	255	109,0
Cuba	629	41	139	82	490	452,7
Reino Unido	13.415	5	12.754	5	661	105,2
Emiratos Árabes	819	33	85	96	734	957,5
Andorra	929	29	84	97	846	1.112,6
Gibraltar	949	28	52	108	898	1.842,2
Grecia	1.899	13	655	53	1.244	290,1
Portugal	14.972	3	8.730	7	6.242	171,5

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Instituto de Comercio Exterior, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.



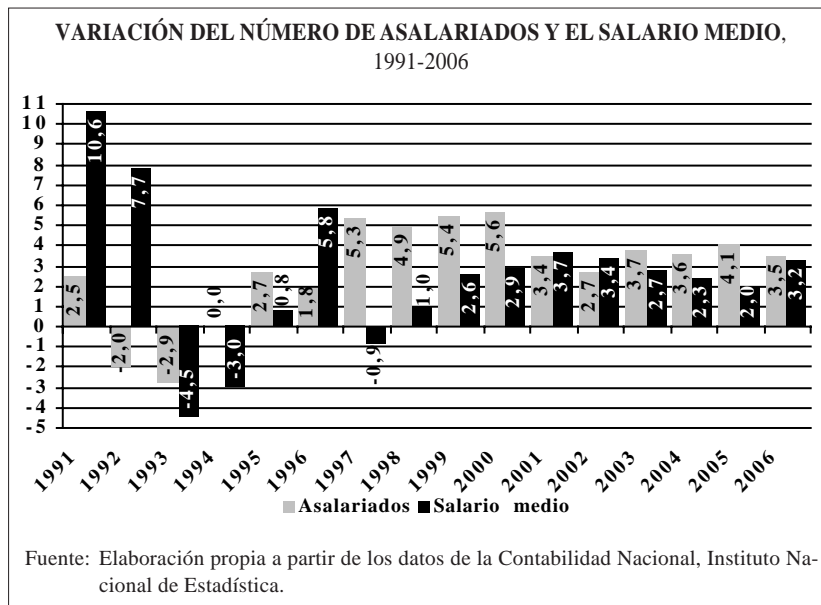
Por ramas de actividad, el crecimiento en el último trimestre de 2006 tuvo unas características inesperadas. La agricultura registra una elevación de su producción del cuatro por ciento tras décadas de casi continuado declive en términos absolutos. La industria también se sitúa en tasas de crecimiento cercanas a la media, lo cual no se observaba desde hace casi una década. Se atenúa el ritmo de crecimiento en la construcción, aunque aún está por encima del cinco por ciento interanual, y los servicios se mantienen ligeramente por debajo de la media de crecimiento.

Uno de los elementos que más han llamado la atención durante los últimos años y que se ha profundizado en la última época es la tendencia a que los salarios pierdan peso en la renta nacional. Entre 1992 y 2006 el trozo de pastel que se llevan la remuneración total de los asalariados de la renta nacional, excluyendo los impuestos sobre la producción y las importaciones, disminuyó en cinco puntos porcentuales hasta alcanzar un mínimo casi histórico del 52,4 por ciento. El resto de la tarta corresponde al excedente bruto de explotación y las rentas mixtas, que representan los beneficios de los empresarios y los ingresos netos de los trabajadores autónomos.



Una parte de esta evolución se explica por el mismo proceso del ciclo económico. Al fin y al cabo, la propia evolución económica en el corto plazo depende de los beneficios empresariales los que dirigen el propio ciclo.

Cuando la economía va bien es porque los beneficios están en boga y, cuando el ciclo se cierra, en la contabilidad de las empresas aparecen los números rojos. Los salarios, por el contrario, son más rígidos con respecto a la evolución del ciclo económico, aunque el nivel de empleo puede oscilar, pero también con elasticidades menores dadas las reticencias habituales de los empresarios tanto al despido como a la contratación. En estas coordenadas, han sido los periodos de crisis en los que la remuneración total de los trabajadores ha tenido el mayor porcentaje de la renta nacional. Tanto a principios de los ochenta como a principios de los noventa, los asalariados acumulaban más del cincuenta y seis por ciento del Producto Interior Bruto. Por el contrario, las bonanzas económicas han sido equivalentes de un deterioro de la posición relativa de los salarios puesto que su parte del pastel se ha reducido por debajo del cincuenta y tres por ciento del total. Desde 1998 hasta 2006, tanto las retribuciones totales de los asalariados como los beneficios empresariales se han movido casi en los mismos parámetros, entre el seis y el diez por ciento en términos nominales, aunque los últimos han superado de manera permanente a los primeros. El resultado ha sido un deterioro continuado de los salarios con respecto a los beneficios empresariales.



La retribución total de los asalariados, además, no va de manera directa a engrosar las nóminas de los trabajadores ya existentes. El número de asalariados es dinámico, varía a lo largo del tiempo, con lo cual el creci-



miento de esa masa salarial total debe descomponerse en dos elementos complementarios: el crecimiento del salario medio y la variación del número total de asalariados. Así, durante el presente ciclo económico, la gran mayoría de ese crecimiento de la retribución total se debe a que ha aumentado el número de personas con un empleo por cuenta ajena. Durante el periodo de crisis de los años noventa, los salarios en principio resistieron el tirón de la crisis mientras se procedía a la destrucción de empleo. Cuando se profundizó en la crisis, ambas variables tomaron signo negativo. En un primer momento, el salario medio fue el que recibió los beneficios de la recuperación. Pero pronto fue la descomunal creación de empleo, por encima del tres por ciento anual, la que consiguió la delantera con respecto al crecimiento de los salarios. A partir del 2001, ese crecimiento de las rentas del trabajo se ha dividido casi a partes iguales entre un crecimiento moderado de los salarios medios, acorde con la inflación, con lo cual el aumento del poder adquisitivo de los trabajadores ha sido mínimo, y de los niveles de empleo.

Ese escaso avance del salario medio no es en exclusiva el resultado de la moderación salarial derivado de la negociación colectiva, que es el medio masivo para la fijación del salario de buen número de trabajadores. Sólo en 2000 y 2002, los crecimientos medios de los salarios pactados en convenio han estado por debajo de la inflación, implicando una reducción del poder adquisitivo de los trabajadores. Los altos niveles de creación de empleo también se han dejado sentir sobre la estructura salarial. El setenta por ciento del empleo neto creado acaeció en sectores de bajos salarios, lo cual ha arrastrado hacia abajo el salario medio. La construcción, la hostelería y el comercio al por menor por sí solos han generado más de un tercio del total de nuevos empleos y todos son ramas de actividad con salarios sensiblemente por debajo de la media. Incluso los mayores crecimientos relativos de los niveles de empleo, en las actividades inmobiliarias y en el sector del reciclaje, donde se ha triplicado el nivel de empleo en los últimos diez años, los salarios recibidos son sensiblemente menores a la media. En el extremo contrario, sólo las ramas de la educación y la sanidad, ambas ligadas de manera masiva y con retribuciones por encima de la media, han creado cantidades importantes de empleo en los últimos diez años: por encima de los trescientos mil nuevos asalariados en cada uno de los casos.

**CRECIMIENTO DEL EMPLEO SEGÚN SECTOR DE ACTIVIDAD  
Y COSTE SALARIAL POR HORA TRABAJADA, 1996-2006**

	Salario medio por hora	Crecimiento del empleo	
		Miles de personas	Porcentaje
Extracción de petróleo y gas natural	34,9	3,5	45,5
Coquerías, refino de petróleo y tratamiento de combustibles nucleares	28,5	4,1	38,7
Producción y distribución de energía eléctrica, gas, vapor y agua caliente	27,3	8,0	12,2
Intermediación financiera, excepto seguros y planes de pensiones	25,8	59,8	25,2
Industria del tabaco	23,0	4,1	52,6
Extracción y aglomeración de antracita, hulla, lignito y turba	21,5	-27,5	-72,6
Transporte marítimo, de cabotaje y por vías de navegación interiores	19,3	2,4	15,5
Transporte aéreo y espacial	19,3	25,4	86,1
Seguros y planes de pensiones, excepto seguridad social obligatoria	18,9	13,1	16,2
Industria química	18,7	44,3	33,9
Metalurgia	17,4	40,5	49,5
Extracción de minerales metálicos	17,2	-1,3	-48,1
Actividades auxiliares a la intermediación financiera	17,2	19,8	192,2
Investigación y desarrollo	16,7	22,1	147,3
Fabricación de otro material de transporte	16,7	14,1	25,8
Correos y telecomunicaciones	16,3	109,7	67,7
Fabricación de material electrónico y equipo de radio y comunicaciones	16,3	3,3	13,3
Fabricación de vehículos de motor, remolques y semirremolques	16,2	54	32,6
Educación	15,9	335,9	46,3
Actividades informáticas	15,8	103,4	197,0
Actividades sanitarias y veterinarias, servicios sociales	15,3	432,2	67,0
Captación, depuración y distribución de agua	14,9	11,0	37,9
Fabricación de maquinaria y material eléctrico	14,4	19,2	31,0
Industria del papel	14,2	15,4	47,0
Fabricación de equipo médico-quirúrgico, de precisión, óptica y relojería	14,0	10,0	47,2
Edición, artes gráficas y reproducción de soportes grabados	13,9	48,2	41,0
Fabricación de productos de caucho y materias plásticas	13,7	15,7	19,6
Industria de la construcción de maquinaria y equipo mecánico	13,5	63	44,0
Actividades anexas a los transportes y actividades de agencias de viajes	12,9	82,3	92,0
Fabricación de máquinas de oficina y equipos informáticos	12,6	2,8	19,9

(Continuación)

Actividades recreativas, culturales y deportivas	12,4	136,7	76,2
Fabricación de otros productos minerales no metálicos	12,3	48,6	35,4
<b>Total</b>	<b>11,9</b>	<b>6.511,7</b>	<b>67,8</b>
Comercio al por mayor e intermediarios del comercio	11,9	198,4	50,7
Extracción de minerales no metálicos ni energéticos	11,8	14,6	52,1
Actividades asociativas	11,6	29,3	63,7
Fabricación de productos metálicos, excepto maquinaria y equipo	11,5	155,5	96,2
Actividades de saneamiento público	11,4	29,9	61,9
Transporte terrestre y transporte por tubería	11,2	122,8	46,7
Industria de productos alimenticios y bebidas	11,2	106,5	33,4
Actividades inmobiliarias	11,0	90,3	315,7
Otras actividades empresariales	11,0	741	157,3
Reciclaje	10,4	14,5	381,6
Venta, mantenimiento y reparación de vehículos de motor	10,4	111,8	51,6
Alquiler de maquinaria, de efectos personales y enseres domésticos	10,1	23,5	156,7
Construcción	10,1	1.102,4	122,0
Industria textil	10,1	13	14,9
Fabricación de muebles y otras industrias manufactureras	9,7	23,3	17,8
Industria de la madera y del corcho, excepto muebles	9,1	36	62,4
Comercio al por menor, excepto de vehículos de motor	8,6	517,8	74,4
Industria de la confección y de la peletería	8,2	-31,8	-28,9
Hostelería	8,0	628,7	133,4
Industria del cuero y zapatería	7,9	-18,1	-23,9
Actividades diversas de servicios personales	6,9	101,3	161,0

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta Trimestral de Coyuntura Laboral y de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Esta evolución de la masa salarial en el conjunto de la renta nacional no es exclusiva de España. En muchos otros países se ha visto reflejada la misma tendencia a la reducción de la cuota de los salarios en el Producto Interior Bruto. En el conjunto de la zona euro, la disminución ha sido de 2,2 puntos porcentuales en la última década, bastante por encima del descenso de 1,1 puntos porcentuales registrados en España. El caso paradigmático es el de Alemania, donde los beneficios empresariales han ganado 3,9 puntos porcentuales de la tarta de la renta nacional, lo mismo que por razones obvias ha perdido la masa salarial. En Irlanda, Polonia o Noruega,



tres países que han registrado fuertes cotas de crecimiento en los últimos años, la decadencia de los salarios ha sido aún mayor. Las excepciones a esta pauta casi común de reducción de la participación de los salarios en la renta nacional son países de pasado agrícola y con movimientos hacia mayores grados de asalarización, como Turquía o Grecia, o en procesos de recesión bastante profundos, como Portugal, Francia o Italia. Otros países donde los salarios también registran ganancias relativas, aunque no pueden adscribirse a ninguno de esos patrones son Suiza, Reino Unido y Dinamarca.

Entre las explicaciones más al uso sobre esta evolución decreciente de la participación de los salarios en la renta nacional asoman dos, principalmente: el progreso tecnológico y la mundialización económica. Ambas variables han transformado de manera gradual las relaciones laborales hasta sesgarlas a favor de los empresarios. En primer lugar, una buena parte de los trabajadores mejor pagados de las grandes empresas, donde además se produce un crecimiento de la desigualdad salarial interna, se convierten en empresas de menor tamaño que surten de servicios a las grandes empresas. Las familias de asalariados tienden a convertirse, como efecto de los procesos de externalización productiva y de un sistema fiscal donde la mayor parte de la carga la soportan los asalariados, en empresas de servicios de menor tamaño.

En segundo lugar, la demografía del capitalismo se ha sesgado a favor de los empresarios y en contra de los trabajadores. Veinte años atrás, el sistema capitalista mundial contaba con cien millones de empresarios y mil quinientos millones de asalariados. La incorporación a ese capitalismo mundial de otros mil quinientos millones de trabajadores procedentes, sobre todo, de China, India y los antiguos países de la órbita soviética ha hecho mucho más escaso el factor capital y más abundante el factor trabajo. Un factor trabajo que, frente a las tendencias previas de la industrialización sindicalizada, ya no está unido para cartelizarse y confrontar el proceso de la mundialización solicitando un crecimiento de las rentas salariales. Bien al contrario, las empresas pueden comprar más barato en el mundo la misma cantidad de trabajo que necesitaban o, mediante la utilización creíble de la deslocalización productiva como técnica de negociación colectiva, conseguir reducciones salariales o aumentos moderados de los mismos entre su actual plantilla.

## 2. LA OFERTA DE TRABAJO

En el último trimestre de 2006, el número total de activos alcanzó la cifra de 21.812.400 personas. Es el resultado de un crecimiento con respecto al trimestre anterior de ciento cincuenta mil personas en la actividad o,

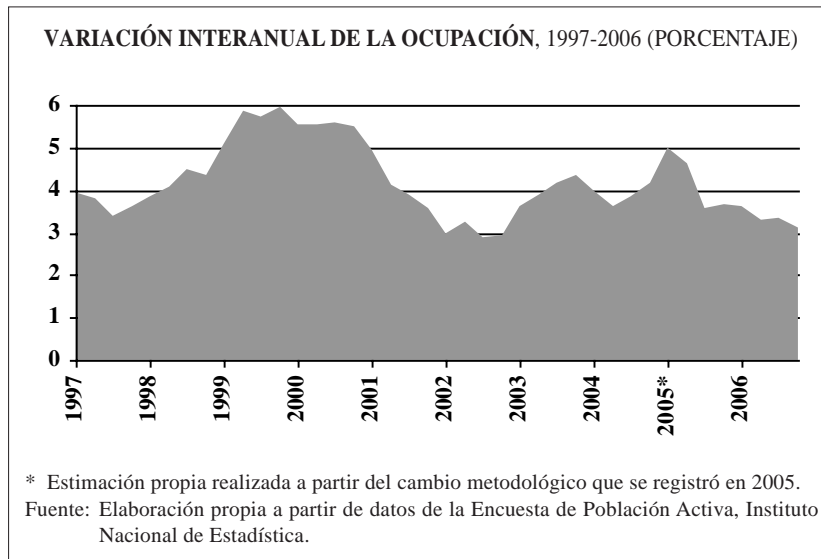


en términos relativos, del 0,1 por ciento. Lo que es realmente novedoso de la situación es que no sólo sean las mujeres las que acuden más solícitas a la llamada del mercado de trabajo. Es que la actividad aumentó exclusivamente entre las mujeres, ya que el mercado de trabajo perdió casi veinticinco mil varones durante el último trimestre de 2006. En conjunto, la tasa de actividad creció en 14 centésimas hasta situarse en el 58,6 por ciento. Aunque decreciente, las diferencias en tasas de actividad por género se mantienen: del 48,6 por ciento para las mujeres y del sesenta y nueve por ciento para los hombres. En términos agregados, a lo largo del año 2006 el número de activos aumentó en seiscientos cincuenta y siete mil personas, de los que dos terceras partes fueron mujeres.

Como también son responsables del crecimiento de población general en España, la gran mayoría de los nuevos activos son extranjeros. Apenas uno de cada diez individuos que se incorporaron al mercado de trabajo en España durante el último trimestre de 2006 tenía la nacionalidad española. Esta evolución estadística puede tener dos orígenes distintos. La primera es que sea cierta. La segunda es que esté sobrestimándose la incorporación de inmigrantes al territorio español en general y al mercado de trabajo en particular. Durante años el Instituto Nacional de Estadística minusvaloró esa presencia. En la actualidad puede que se esté dando el movimiento contrario y que en la realidad las oscilaciones alcistas del número de extranjeros en España estén estimándose muy por encima de la realidad. Es una posibilidad.

### **3. LA DEMANDA DE TRABAJO**

No todos los periodos de análisis de la democracia podrán presumir, como el último trimestre de 2006, de haber alcanzado un momento histórico. Así fue, aunque sólo lo fuese en números. Por primera vez en la historia existen veinte millones de personas trabajando en España. El salto de ciento seis mil personas con respecto al trimestre anterior lleva a que se supere por casi dos mil individuos la mítica franja de los veinte millones de ocupados. El ritmo de crecimiento interanual de la ocupación es del 3,6 por ciento, lo que implica una ligera disminución con respecto al trimestre anterior, que viene a registrar las pautas declinantes de la creación de empleo en España. Cada vez se crea menos empleo. Para el conjunto del año, el crecimiento es de casi setecientos mil personas, lo que supone un retroceso en el ritmo de aumento sobre lo que se viene registrando casi sin solución de continuidad desde finales del pasado siglo. Habría que remontarse a algunos periodos de 2002 y, con anterioridad, a 1996 para encontrar tasas tan bajas de crecimiento en la ocupación.

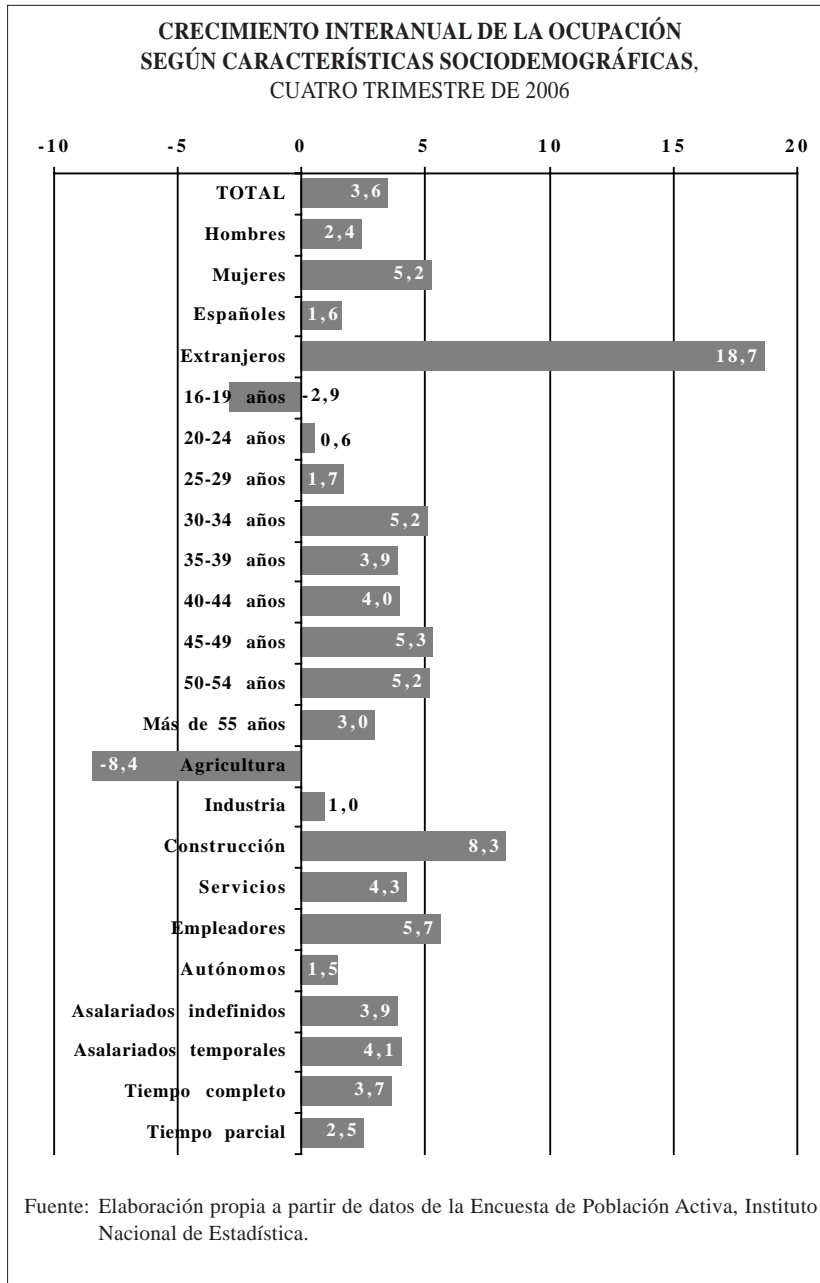


Como ocurre con la actividad, y casi en los mismos patrones numéricos, la positiva evolución de la ocupación durante el último trimestre tiene una única causa: las mujeres. El número de trabajadores varones disminuyó en casi treinta mil, mientras que la creación de empleo entre las mujeres creció holgadamente por encima de los ciento treinta mil. En términos interanuales, la evolución es menos favorable para las mujeres, aunque son las grandes beneficiadas de la reciente creación de empleo. De los casi seiscientos mil empleos netos que se crearon en el último año, el sesenta por ciento correspondieron a mujeres.

Pero lo que más determina las características de los nuevos ocupados, como el resto de las oscilaciones en las variables del mercado de trabajo, mucho más que el género, es la nacionalidad de los individuos. Durante el último trimestre, el ochenta y cinco por ciento del crecimiento poblacional se debió a los inmigrantes y casi el noventa por ciento del aumento en el número de activos tuvo el mismo origen. En el mismo periodo, cuatro de cada cinco nuevos ocupados fue inmigrante. Frente a los veintidós mil nuevos empleados de nacionalidad española, los extranjeros con un nuevo empleo fueron ochenta y cuatro mil. Para el conjunto del año, la proporción se reduce, pero dos de cada tres empleos generados correspondió a un individuo de nacionalidad distinta de la española, lo cual supone un espectacular crecimiento del veinte por ciento en los niveles de empleo entre el colectivo inmigrante. La tasa de ocupación entre los inmigrantes es del sesenta y ocho por ciento, muy superior, en buena medida por ser un colectivo mu-



cho menos envejecido, al cincuenta y dos por ciento de tasa de ocupación que se encuentra entre los españoles.

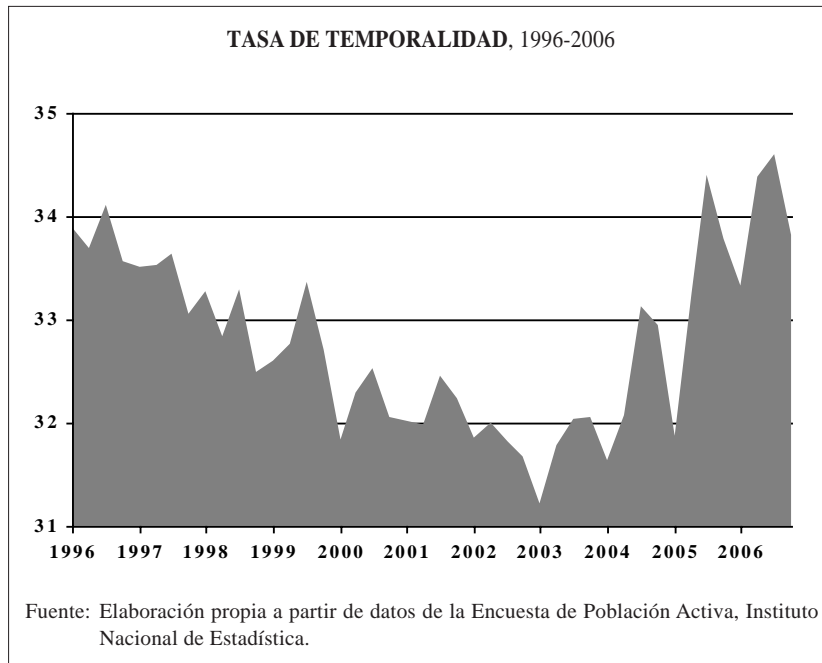




El incremento de la ocupación se produce sobre todo entre quienes su edad empieza por el dígito tres. De hecho, la creación de empleo entre los treintañeros explica el conjunto del crecimiento del empleo en el último trimestre de 2006. Más de ciento diez mil nuevos ocupados aparecieron en ese tramo de edad. El resto son compensaciones entre distintos segmentos de población según edad. Se produce una fuerte disminución del empleo entre los más jóvenes, producto de la conclusión de empleos temporales propios de la temporada estival. Durante el invierno estos jóvenes vuelven a sus cuarteles más permanentes, ya sea el estudio o la desocupación. En conjunto, más de cien mil jóvenes perdieron su empleo durante el último trimestre de 2006. Esta proporción la compensan los mayores de cuarenta años, un segmento en el que la ocupación crece a ritmos interanuales superiores al cinco por ciento.

Por sectores, todos los sectores vieron aumentar su empleo durante el último trimestre de 2006 en el entorno del uno por ciento con la excepción del sector servicios, donde ese aumento de la ocupación fue de tan sólo el 0,25 por ciento. En cuanto a la evolución interanual, el ritmo de avance en los servicios desciende hasta el 4,3 por ciento, mientras que en la construcción se registra un repunte y su crecimiento de la ocupación sube hasta el 8,3 por ciento. Frente a estos crecimientos, España mantuvo en 2006 su proceso de desindustrialización y de desagriculturación. El sector primario perdió casi cien mil ocupados en el último año, lo cual supone casi el diez por ciento de su población activa. En la industria, un crecimiento del uno por ciento en el empleo supone que el porcentaje de ocupados en dicho sector se reduzca hasta un mínimo histórico del 16,6 por ciento.

Un elemento importante en el desarrollo del mercado de trabajo en España en el último trimestre de 2006 fue la variación de la tasa de temporalidad. Aunque por lo general, la última parte del año tiene tendencia a mostrar reducciones en el porcentaje de asalariados con contratos de duración determinada como consecuencia del cierre de los empleos propios de la temporada estival, la reducción es sensiblemente superior a la registrada en el mismo periodo en años anteriores. En este punto pueden estar entrando en juego los incentivos fiscales otorgados por el reciente acuerdo para la calidad en el empleo firmado tanto por empresarios como por sindicatos y puesto en marcha por el gobierno. Así, a pesar de una reducción de casi siete décimas en el último trimestre, la tasa de temporalidad se sitúa en el 33,8 por ciento del total de los asalariados, la cual sigue estando en máximos históricos.

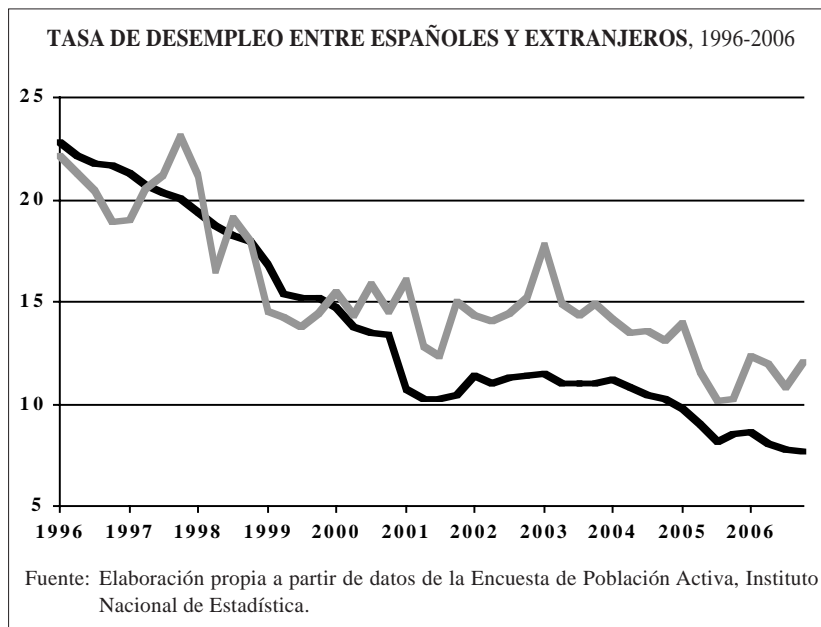


#### 4. EL DESEMPLEO

En el cuarto trimestre de 2006 el número de desempleados creció en más de cuarenta y cinco mil personas. Es éste un movimiento alcista típico, el del aumento del desempleo en el tramo final del año, que parecía olvidado en el país en un contexto de fuerte crecimiento del empleo, pero que se ha recuperado recientemente. De nuevo, la variable inmigrante explica en su totalidad esta movilización. Cincuenta mil extranjeros perdieron su empleo al final del año, más que el aumento total del paro. Por el contrario, se redujo el número de españoles que, queriendo trabajar, no tenía un empleo. Mínimamente, eso sí, pero se redujo.

En conjunto, la tasa de desempleo se situó entre los extranjeros un cincuenta por ciento por encima de la de los españoles. Del 7,7 por ciento para estos últimos para el doce por ciento de los extranjeros. La evolución de la tasa de desempleo de ambos grupos fue bastante similar hasta 2000. A partir de entonces, la tasa de paro entre los extranjeros se ha situado sensiblemente por encima de la de los españoles. De hecho, el último aumento de la brecha no implica que se hayan alcanzado las mayores distancias entre ambos grupos, que se dieron en 2002 y 2003. A partir de entonces se produjo un paulatino acercamiento de las tasas de desempleo hasta situarse en dos

puntos porcentuales a favor de los españoles que concluyó en 2006 con un repunte de la tasa de desempleo entre los extranjeros. Ambos movimientos, tanto el de acercamiento como el de alejamiento, pueden explicarse en términos de la última regularización de extranjeros en situación de ilegalidad y las condiciones exigidas.



Con independencia de quien haya soportado la carga del reciente aumento, la tasa de paro se situó en el 8,3 por ciento en el último trimestre de 2006, dos puntos por debajo del trimestre anterior. En el conjunto del año la disminución del número de desempleados fue nimia: de treinta mil personas para un total de más de un millón ochocientos mil desempleados. Por tanto, la disminución de la tasa de paro no se produjo por la salida de los desempleados hacia la ocupación o hacia la inactividad sino por un movimiento distinto: el de la mera creación de empleo que aumenta el denominador que soporta la tasa de paro.

El incremento del paro en ese trimestre, lo mismo que sobre los inmigrantes, se concentra prácticamente en las mujeres. El número de paradas subió en cuarenta y dos mil personas, frente a un ligero aumento de tres mil entre los hombres. La tasa de paro de los hombres es del seis por ciento, casi la misma que la del trimestre anterior. Mientras tanto, la de las mujeres sube en dos décimas hasta superar con holgura el 11,4 por ciento.

En cuanto a la edad, el paro sólo baja entre los más jóvenes. En los demás grupos de edad se observan incrementos, especialmente entre las mujeres de veinticinco a cincuenta y cuatro años. La totalidad del aumento del paro tiene su alcance en el sector servicios, lo cual puede ser el movimiento propio del final de los contratos de la temporada estival, masivamente relacionados con dicho sector.

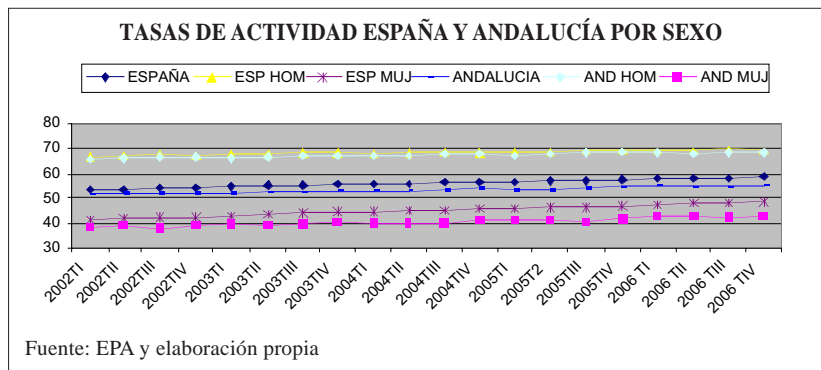
## 5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

La evolución de las variables laborales en Andalucía en el cuarto trimestre de 2006 está enmarcada en un entorno que recoge un sostenido crecimiento económico medido por las altas tasas de variación interanual del PIB en torno al 4%. La evolución del PIB regional andaluz sigue las pautas del crecimiento a nivel nacional y permite una positiva evolución de la ocupación y una reducción del número de desempleados en Andalucía según los datos proporcionados por la EPA. La favorable evolución de las variables laborales en lo relativo a las cantidades de empleo y paro ha llamado fundamentalmente la atención oscureciendo en parte la atención a la evolución de las variables salariales. Por ello en este epígrafe, vamos a hacer una referencia a la reciente evolución del empleo fundamentalmente asalariado en relación a los salarios medios en sectores económicos de Andalucía en comparación con lo que ha ocurrido en el conjunto nacional. De todas formas seguiremos la estructura de análisis tradicional empezando por la evolución de la oferta de trabajo, luego de la demanda y por último del paro.

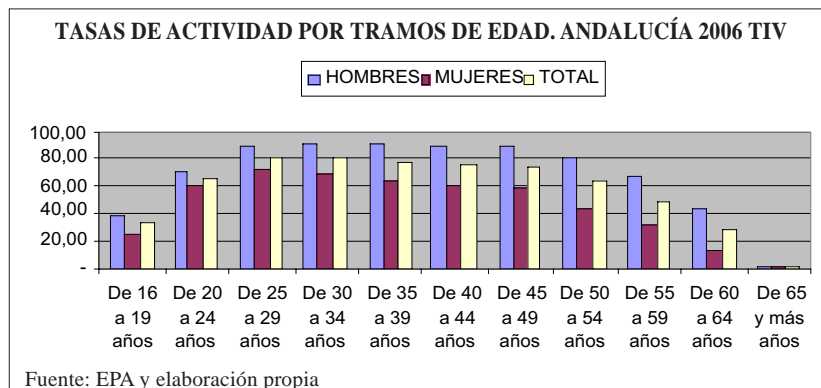
El número total de personas laboralmente activas se situó en el cuarto trimestre de 2006 en Andalucía en 3.590.200 personas, lo que supone un aumento de 27.700 personas respecto al trimestre anterior. El incremento de población activa en este trimestre se distribuyó en un aumento de 5.300 hombres y de 22.400 mujeres. La tendencia creciente de la población activa en los últimos trimestres se mantiene, situándose en este trimestre con respecto al mismo trimestre del año 2005 en 79.700 personas activas más, lo que representa un aumento del 2,27% frente al 3.11% acaecido a nivel nacional. En términos relativos, la población andaluza mayor de 16 años representa el 17,41% del total español mientras que la población activa andaluza representa el 16,46% del total nacional. Como consecuencia de estos datos, las tasas de actividad andaluzas y españolas siguen su tendencia al acercamiento.

La tasa de actividad de Andalucía se ha situado en el último trimestre del año 2006 en el 55,38%, permaneciendo casi inalterada con respecto al trimestre anterior y aumentando 0,27 puntos respecto al mismo trimestre del año anterior. La diferencia con la tasa media de actividad nacional (58,58%) se ha situado en 2,20 puntos porcentuales.

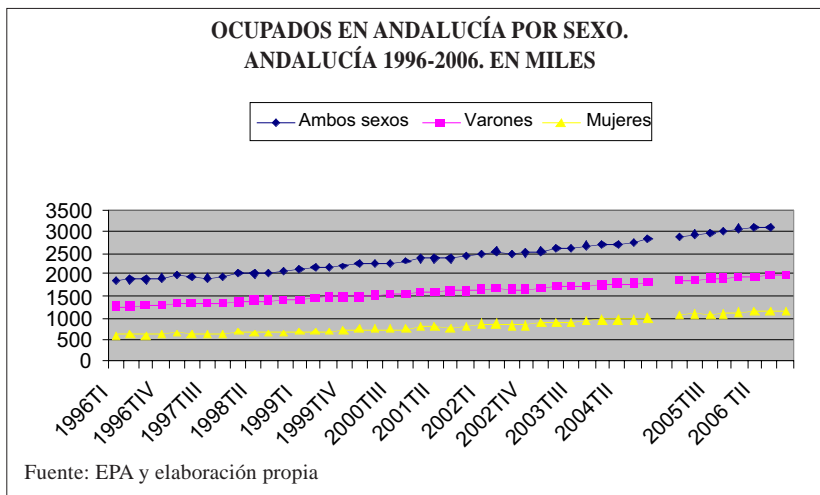
La tasa de actividad masculina ha descendido este trimestre, alcanzando la cifra de 67,96% acercándose a la media nacional (69,0 %), por el contrario, la femenina ha subido casi medio punto, compensando la bajada del tercer trimestre de 2006, quedando en el 43,22%, siendo el valor nacional 48,56%. La convergencia en la tasa de actividad masculina es prácticamente total entre Andalucía y España, mientras que se sigue reduciendo la diferencia entre las tasas de actividad femeninas nacional y regional. Como ya se ha señalado, la diferencia entre la tasa andaluza y nacional se explica fundamentalmente por el colectivo femenino.



Como ya se ha puesto de manifiesto en informes precedentes, la participación en el mercado laboral tiene condicionantes sociales muy significativos que se pueden poner de manifiesto si se segmenta la población por sexo y tramos de edad. Las tasas de actividad femenina son más cercanas a las masculinas en los primeros tramos de edad pero a partir de los tramos de edad superiores a los treinta años, la diferencia entre ambas tasas de actividad se pone de manifiesto de forma significativa.



Con respecto a la evolución del empleo en Andalucía en el cuarto trimestre de 2006, la cifra total de ocupados alcanzó las 3.151.700 personas, lo que representa un 15,75% del total de la ocupación en España. Se mantiene la tendencia al crecimiento de la ocupación en Andalucía que en este cuarto trimestre de 2006 ha aumentado en 35.300 personas, (22.900 mujeres y 12.400 hombres). Si se compara con las cifras de ocupación del mismo trimestre del año anterior se observa que el aumento ha sido de 126.500 personas, lo que significa un aumento de la ocupación en Andalucía de un 4,18% mientras que en el conjunto de España, la tasa de aumento de la ocupación fue del 3,56%.

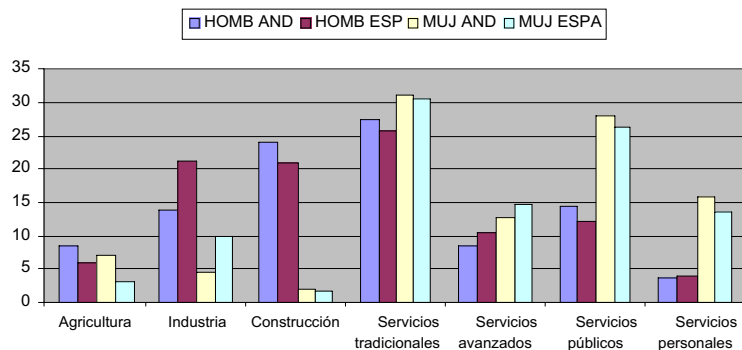


Como se observa en el gráfico, la evolución de la ocupación en Andalucía muestra una tendencia positiva sostenida en los últimos diez años. En el periodo considerado, la ocupación total en Andalucía ha crecido en 1.309.500 personas lo que significa un aumento del 71,08%. Este importante aumento de la ocupación ha sido especialmente destacado en el caso de las mujeres, ya que el aumento de la ocupación femenina en estos diez años ha sido de 586.000 personas, o sea, se ha duplicado la ocupación de este grupo de la población en estos últimos años. Por su parte, la ocupación masculina ha crecido en este mismo periodo en 723.400 personas (un aumento del 57,72%).

En cuanto a los sectores de actividad económica, el empleo ha crecido en el último año de forma sustancial en los servicios (145.200 personas) seguido de la construcción (43.500), la industria y la agricultura han perdido empleo (23.000 y 39.100 respectivamente). En términos absolutos, la ocupación está especialmente concentrada en el sector servicios que ocupa en

el tercer trimestre de 2006 a más de dos millones de andaluces (2.088.300). Diferenciando cuatro grupos de servicios, el que ocupa mayor número de personas (906.800) es el de los Servicios Tradicionales, el cuál engloba al comercio, la hostelería, transporte, correos y telecomunicaciones, seguido por el subsector de los Servicios Públicos (610.600 personas), los Servicios Avanzados, que comprenden la intermediación financiera, las actividades inmobiliarias y los servicios empresariales, (318.700 personas) y, por último, los Servicios Personales (252.300 personas), que incorpora a las actividades deportivas, culturales, recreativas, hogares que emplean personal doméstico, etc. El sector de la construcción ocupó en el periodo de referencia a 498.800 personas, la industria a 320.200 personas y la agricultura a 244.300 personas. La tendencia en los últimos años es a un mayor peso del sector servicios, así como del empleo en la construcción, mientras que el empleo en la industria parece estabilizado y la ocupación en el sector agrícola pierde peso aunque con un fuerte componente estacional. Con respecto al total nacional, Andalucía representa un porcentaje del 26,5% del total de ocupados en el sector de la Agricultura, un 19,01% del total de la construcción, el 15,89% del total de la ocupación nacional en Servicios y el 9,64% del total de la ocupación en la industria.

**ESTRUCTURA DE LA OCUPACIÓN POR SECTORES ECONÓMICOS.  
ESPAÑA Y ANDALUCÍA 2006 TIV.  
EN PORCENTAJE RESPECTO AL TOTAL DE CADA GRUPO DE POBLACIÓN**

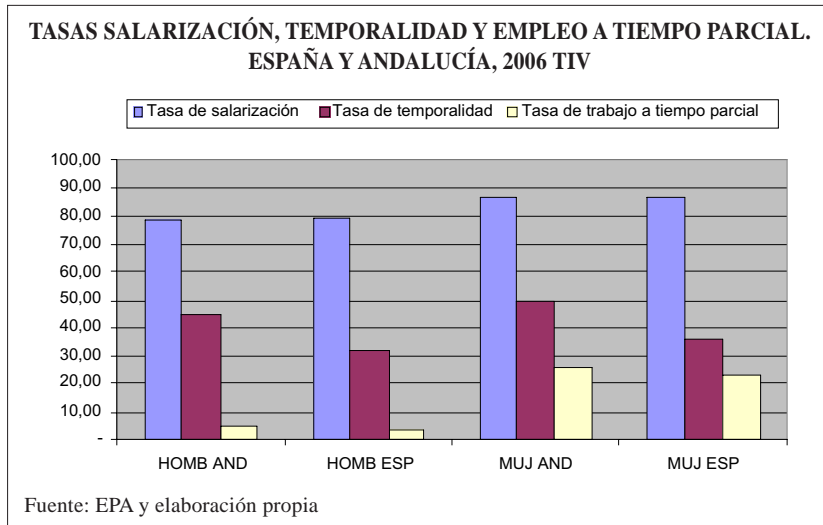


Fuente: EPA y elaboración propia

La estructura de la ocupación muestra diferencias en la presencia de hombres y mujeres con ciertas pautas que se repiten a nivel español y andaluz. Como se pone de manifiesto en el gráfico, la presencia de mujeres en la construcción es casi testimonial respecto al total de mujeres ocupadas. Por el contrario en la concentración de la ocupación femenina es clara en el



sector servicios y especialmente en el sector de los Servicios Públicos y en el de Servicios Personales. Se trata de una pauta de comportamiento acentuada en los últimos años y que tiene complejas razones cuyo análisis va más allá de los límites de este trabajo.



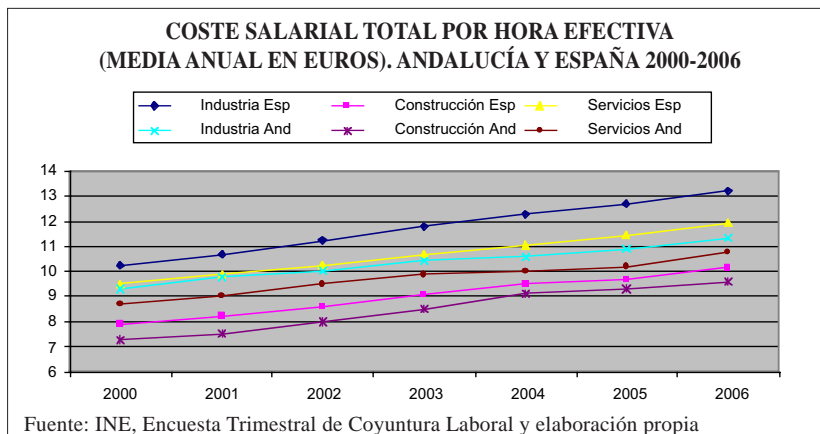
Con respecto al tipo de relación laboral, se puede caracterizar el empleo atendiendo a tres tasas significativas. La tasa de salarización que calcula el porcentaje de los asalariados respecto a los ocupados. En este caso las tasas son mayores para el colectivo femenino y ligeramente mayor para ambos grupos en Andalucía. La tasa de temporalidad mide el porcentaje de asalariados con contrato temporal respecto al total de asalariados. En este caso el valor de la tasa es muy superior para los grupos de Andalucía que para la media nacional. Por último, la tasa de trabajo a tiempo parcial mide el porcentaje de asalariados a tiempo parcial sobre el total de asalariados. En este caso, la variable más significativa es el sexo, siendo el trabajo a tiempo parcial más intensivo entre las mujeres. Es de destacar también que el 21,48% del total de asalariados con contrato temporal en España se encuentran en Andalucía.

La evolución de la ocupación como hemos señalado ha sido muy positiva en lo que se refiere al periodo de la última década, y en esta onda se inscribe la evolución de los asalariados cuyo número ha crecido significativamente en estos años. En términos absolutos, en Andalucía el total de asalariados ha crecido de forma extraordinaria en el sector servicios aunque en términos relativos ha sido en el sector de la construcción el que ha presentado tasas de crecimiento interanuales más elevadas, que alcanzaron en 1999

el un incremento del 24% respecto al total de asalariados en el año anterior en Andalucía. Esta presión de la demanda sobre el sector es uno de los factores que puede explicar la menor diferencia de costes salariales a nivel nacional y regional que hemos señalado anteriormente.

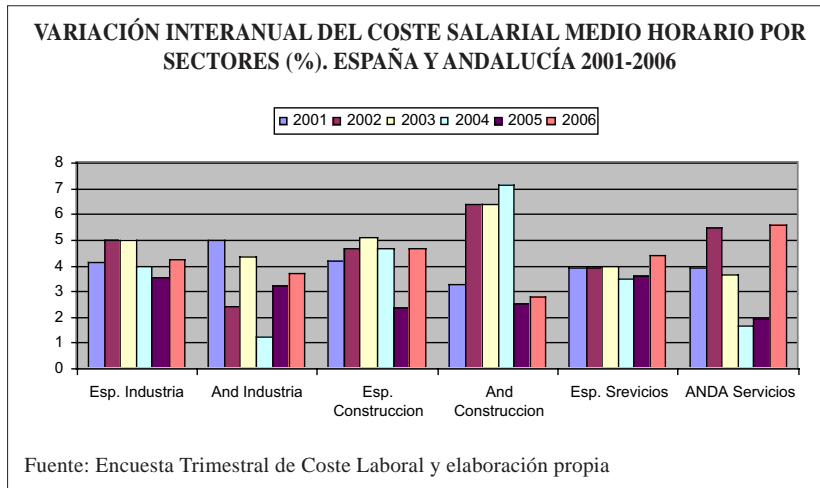


La estructura de la ocupación que hemos recogido, tiene influencia en las variables de retribución del factor trabajo como ya se ha señalado anteriormente. Por ello, y de forma paralela a lo que se ha realizado a nivel nacional, vamos a detenernos a considerar aunque sea brevemente, algunos rasgos que consideramos significativos de la evolución de los salarios en Andalucía a partir de los datos que pone a nuestra disposición la *Encuesta*



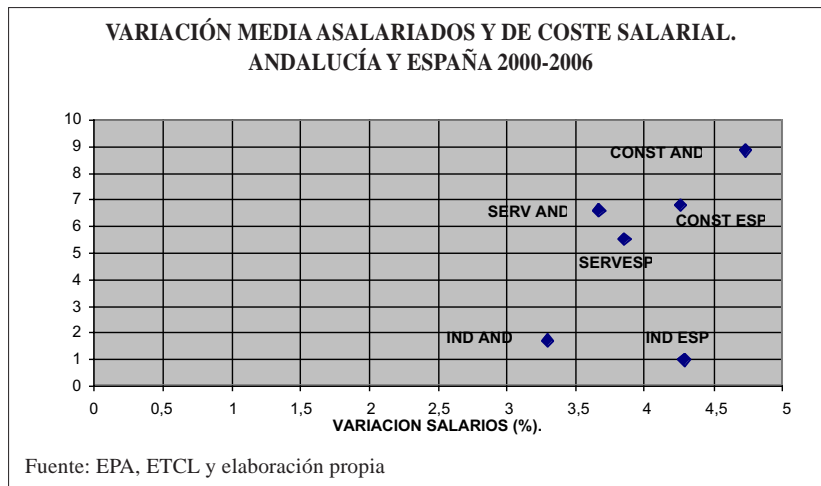
*Trimestral de Coste Laboral* que publica el INE. La evolución de los salarios en los últimos años (2000-2006) ha sido creciente en términos nominales. Los costes salariales por hora de trabajo efectiva son mayores en términos relativos a nivel nacional que en Andalucía para todos los sectores considerados. En 2006, el coste salarial medio por hora era de 11,89 euros en España y de 10,59 en Andalucía (lo que representa un 89,10% del total nacional). La diferencia de costes salarial más alta se encuentra en el sector de la industria (85,68%) y la más reducida en el de la construcción (94,45%), situándose el sector de los servicios en un término medio (90,32%).

Las razones de esta diferencia son múltiples entre las que podríamos señalar el menor peso del sector industrial en Andalucía respecto al nivel nacional o componentes derivados de estructura de la negociación colectiva o incluso de los distintos niveles de precios y rentas a nivel nacional y andaluz. La evolución de los salarios medios por sectores en los últimos años presenta una bastante variabilidad según años, destacando por lo elevado el del sector industrial en Andalucía (desde 2000 hasta 2004) y la moderación en los siguientes años.

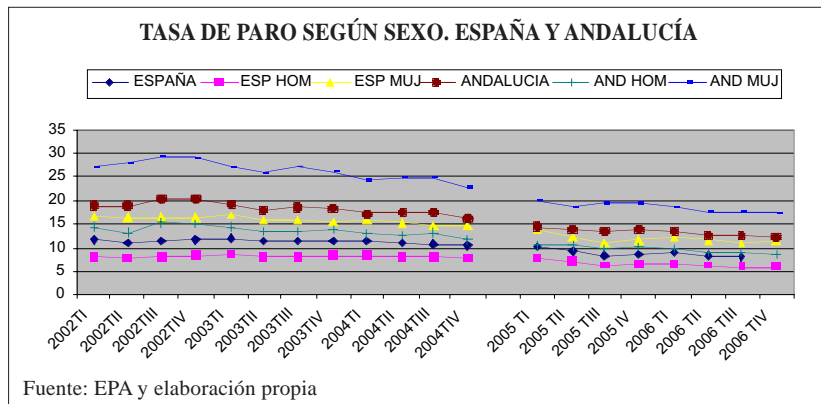


Esta breve caracterización de la evolución de los salarios y del número de asalariados se puede concluir con un gráfico resumen que muestre la evolución de las dos variables y que pueda servir para resumir lo ocurrido desde principios de la década. Comparar media el crecimiento medio del número de asalariados y el crecimiento medio del coste salarial horario por sector económico y área geográfica. Se observa que en los años considerados, la media del crecimiento interanual del número de asalariados ha sido muy cambiante entre el sector que más ha crecido que ha resultado el de la

construcción en Andalucía (8,86%) y el que menos (la industria a nivel nacional 0,94%). Por su parte, la media de crecimiento de los salarios ha sido más homogénea, situándose entre el 3,2% de crecimiento medio en la Industria a nivel andaluz y el 4,73% que presenta el sector de la construcción también en Andalucía. Por último, se puede apreciar a simple vista una relación positiva entre ambas variables variación de los costes salariales horarios y variación del número de asalariados que se puede explicar por el tirón de la demanda en el periodo de años considerados.



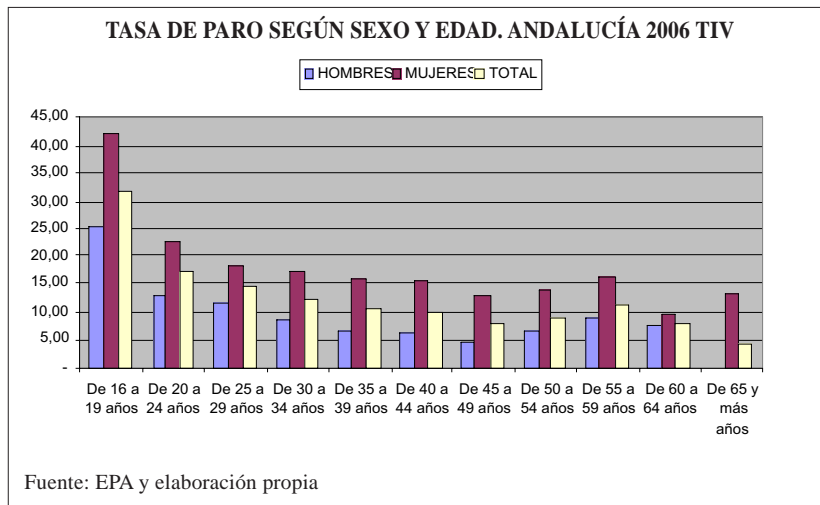
Este breve análisis de lo más significativo ocurrido en el mercado de trabajo andaluz en el último trimestre de 2006 se debe completar señalando brevemente las notas más importantes de la evolución del desempleo. Según los datos de la EPA referidos a Andalucía, el número de desempleados



se situó en el cuarto trimestre de 2006 en 438.600 personas, lo que supone una reducción de 7.100 personas con respecto al trimestre anterior, y 46.800 personas menos en este trimestre respecto al mismo periodo de 2005. Ello significa una reducción del paro del 9,64%. Esta evolución, situó la tasa de paro andaluza en este trimestre en el 12,22% una cifra realmente baja en la historia del paro en Andalucía.

La reducción del desempleo en este trimestre respecto al mismo trimestre del año anterior ha afectado a las mujeres (17.000 mujeres menos) y fundamentalmente a los hombres (29.800). Estas variaciones suponen una reducción del 5,22% para los hombres y del 3,29% para las mujeres. A pesar de la tendencia positiva que hemos señalado, el problema del desempleo sigue siendo importante pues el desempleo en Andalucía representa el 24,22% del total del desempleo nacional.

Podemos afinar algo más la situación del desempleo en Andalucía si combinamos la tasa de paro por sexo y los tramos de edad de los trabajadores. En este caso se observa que se mantiene el diferencial para el colectivo femenino, aunque las tasas de paro entre hombres y mujeres se acercan a medida que aumenta el tramo de edad considerado. Como consecuencia de ello, la tasa de empleo por tramos de edad presenta una evolución diferente entre hombres y mujeres de Andalucía.





3

---

# Psicología del Trabajo







# LA ENSEÑANZA DE LA NEGOCIACIÓN

FRANCISCO J. MEDINA

LOURDES MUNDUATE

ROBERTO MARTÍNEZ-PECINO

*Departamento de Psicología Social*

Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

La formación y práctica de la negociación es un campo multidisciplinar donde han confluído diferentes áreas de conocimiento: el derecho, la gestión de empresas, la psicología social, la sociología, la política o la antropología social y cultural (v.g. Honeyman y Schneider, 2006). El objetivo del profesorado que imparte docencia en esta materia intenta proporcionar al alumnado el conjunto de herramientas que necesitarán en sus carreras profesionales, en definitiva, pretenden conseguir expertos en negociación. La clave esencial que trataremos en este artículo es cómo enseñar a los alumnos para que sean expertos en negociación. Para conseguir esta finalidad discutiremos tres aspectos: (a) qué ventajas tiene la experiencia y la formación en la negociación, (b) qué metodología/s se emplean en la formación de negociadores en los principales centros del mundo, y (c) cómo debe realizarse la formación para que se transfieran los conocimientos al ámbito laboral.



## ÍNDICE

1. ¿QUÉ VENTAJAS TIENE LA EXPERIENCIA Y LA FORMACIÓN EN NEGOCIACIÓN?
2. METODOLOGÍA EN LA ENSEÑANZA DE LA NEGOCIACIÓN
  - 2.1. Conclusiones pedagógicas sobre la enseñanza en estas facultades
3. LA TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTOS. DEL AULA AL TRABAJO

### 1. ¿QUÉ VENTAJAS TIENE LA EXPERIENCIA Y LA FORMACIÓN EN NEGOCIACIÓN?

La formación en negociación tiene una trascendencia muy importante para las organizaciones actuales, dado que muchas de las estrategias que éstas utilizan en sus planes de personal están encaminadas a la selección y formación de los mejores negociadores y mediadores posibles. Sin embargo el estudio de cómo debe hacerse este proceso ha sido y es aún muy escaso (Serrano y Rodríguez, 1993; Wheeler, 2006). Un examen de cómo se consigue ser un experto en diferentes campos, como las matemáticas, o algunos deportes como el tenis o la natación, nos permite aventurar algunas consecuencias para la formación en negociación. Algunos autores han estimado la duración de la formación para llegar a ser un experto en aproximadamente diez años (Simonton, 1997), otros hablan de miles de horas de práctica programada para llegar a tener un elevado dominio sobre un tema (Ericsson, Krampe y Tesch-Roemer, 1993), sin embargo, ni en las facultades, ni en las escuelas de negocio se dispone de ese tiempo para formar a los futuros expertos en negociación, por lo cual lo único que se puede ofrecer al alumnado son sistemas formativos que hagan más rápido ese proceso o por lo menos pongan las bases necesarias para que el aprendizaje se vaya sustentando a medida que avanza la experiencia laboral de los actuales discentes.

Los humanos venimos negociando desde hace miles de años, sin embargo, la formación sistemática en este tema en las universidades se viene produciendo desde finales de la década de los sesenta del siglo pasado. Todos conocemos excelentes negociadores cuya única formación ha sido sus experiencias de éxito y fracaso en su actividad profesional. Si estos profesionales han conseguido adquirir las habilidades necesarias para negociar sin formación sistemática ¿qué ventajas tiene entonces tener una formación sistemática en negociación?

Existe una creencia social dominante acerca de los beneficios de la formación y la experiencia en la consecución de resultados negociadores (Thompson, 1991). Sin embargo, los hallazgos de la investigación realizada acerca del papel que juega la experiencia negociadora en el proceso y los resultados de la negociación no son concluyentes. Además, existen argumentos consistentes en contra del hecho de que la experiencia natural conduzca automáticamente a una mayor efectividad negociadora (Munduate y Medina,



2005). En primer lugar, en ausencia de retroalimentación es imposible mejorar el desarrollo de la labor negociadora, y la experiencia natural no suele ir acompañada de la misma. En segundo lugar, nuestras memorias tienden a ser selectivas, indicando que las personas tendemos a recordar los éxitos y a olvidar los fallos cometidos. Y, finalmente, la experiencia mejora nuestra confianza, pero no necesariamente nuestra precisión. Las personas con más experiencia tienden a desarrollar una mayor confianza en si mismas, pero la exactitud de los juicios y la efectividad de sus conductas no se ve incrementada en la misma medida. Esta sobreconfianza sobrevenida puede ser peligrosa dado que puede conducir a las personas a tomar riesgos innecesarios (Thompson, 2001). Del mismo modo, los negociadores experimentados son menos sensibles al feedback negativo que los noveles, por lo que la probabilidad de que aprendan de los errores es bastante menor (Novick, 1988).

Para comprender qué ventajas tiene poseer experiencia en negociación analizaremos en primer lugar aquellos estudios donde se han comparado expertos y noveles en tareas de negociación, y en segundo lugar los procesos cognitivos y conductuales que negociadores expertos y noveles utilizan al enfrentarse a dichas tareas, a partir de lo cual podremos llegar a algunas conclusiones.

El equipo de investigación de la Kellogg en la Northwestern University ha realizado varios estudios comparando negociadores expertos y noveles. En uno de los estudios participaron 100 estudiantes de psicología (Thompson, 1990). La diferencia en la experiencia se manipuló a partir del nivel de experiencia relativa con respecto a la pareja con la que se negociaba. Los resultados de este trabajo mostraron que existían diferencias entre personas experimentadas y no experimentadas en el proceso y los resultados de la negociación. Así, los negociadores con experiencia negociaban con mayor dureza que los noveles, efectuaban demandas más elevadas a la otra parte, dando menos concesiones a su oponente, y las concesiones que daban los negociadores con experiencia eran de poco valor para la otra parte.

En otro estudio Murningham, Babcock, Thompson y Pillutla (1999) utilizaron negociadores de cursos MBA de negociación. Cada pareja se enfrentó durante 20 minutos, durante el que debían llegar a un acuerdo. Los resultados de este trabajo demostraron que las personas con mayor experiencia obtuvieron mejores resultados que aquellas sin experiencia, especialmente en negociaciones distributivas. Por otro lado, también se observó que los negociadores con experiencia compartieron poca información sobre sus propias preferencias con sus contrincantes, incluso cuando fueron informados sobre las preferencias del negociador menos experimentado.

Uno de los estudios realizados sobre el rol de la experiencia en la negociación utilizando una muestra de profesionales fue diseñado por Neale y

Northcraft (1986), donde participaron dos grupos diferenciados: 80 negociadores profesionales y 178 estudiantes. Los autores de este estudio llegaron a las siguientes conclusiones: en primer lugar, los negociadores expertos adoptan normas de carácter general cuando afrontan retos que son nuevos para ellos; en segundo lugar, los negociadores menos experimentados son capaces de aprender a negociar integrativamente más rápidamente que los negociadores más experimentados, debido en parte a que éstos suelen percibir a la negociación como muy distributiva. En definitiva, y según este trabajo, el negociador novel puede conseguir mejores resultados —donde ambas partes ganen— que el negociador experto, dado que es capaz de aprender a negociar integrativamente más rápidamente que los negociadores expertos, los cuales cometen determinados sesgos cognitivos, como el considerar la negociación como un reparto o una situación de confrontación exclusivamente distributiva.

En resumen, los estudios, tanto los realizados con estudiantes como con profesionales, no aportan resultados consistentes sobre las ventajas de la experiencia en la negociación. Mientras algunos estudios demuestran que los negociadores noveles obtienen mejores resultados, otros encuentran que son los negociadores expertos los que consiguen mejores acuerdos. Una línea de trabajo más prometedora que la anterior es comparar cómo los negociadores noveles y expertos entienden la negociación. En el ámbito de la negociación se ha estudiado qué teorías ingenuas poseen los negociadores noveles en detrimento de las de los expertos (v.g. Loewenstein y Thompson, 2000). Probablemente la teoría ingenua más conocida acerca de la negociación es el «*modelo de pastel fijo*». Esta consiste en la creencia de que en la negociación se reparte una cantidad fija de valor y de que el propósito de la negociación es dividir dicha cantidad entre las partes. Una implicación directa de esta teoría ingenua es la asunción de que las ganancias de una parte se consiguen a expensas de la otra (Bazerman, Maglioli y Neale, 1985). La consecuencia es que los negociadores noveles no son capaces de descubrir el potencial integrativo de la situación, utilizando comportamientos muy competitivos y obteniendo resultados de peor calidad.

Del mismo modo, incluso la concepción de lo que es negociar es diferente en expertos y noveles. O'Connor y Adams (1999) analizaron los *guiones* que negociadores expertos e inexpertos tenían sobre la negociación, demostrando que los negociadores noveles poseen una serie de guiones cognitivos acerca del proceso y de los resultados de la negociación. Así, y en cuanto al proceso: (a) los negociadores noveles tienden a asumir que los intereses de ambas partes son incompatibles, es decir, perciben a la negociación como una situación de interdependencia negativa o de competición; (b) en segundo lugar, consideran que la negociación está caracterizada por una serie de acuerdos producidos de forma secuencial, es decir, se negocia



elemento a elemento y no en bloque, produciendo una serie de acuerdos puntuales sobre los mismos. (c) Por último, los negociadores noveles creen que la negociación es una actividad muy competitiva, donde la utilización de la confrontación y la agresividad es algo corriente e inexorable. Por último, los negociadores noveles y expertos valoran los resultados alcanzados de forma diferente. Así, los negociadores noveles consideran como un éxito de la negociación el no llegar a un acuerdo y la intervención de una tercera persona en el proceso. Sin embargo, el no llegar a acuerdos es un mal resultado de la negociación, ya que tiene consecuencias muy adversas sobre la confianza de las partes y la probabilidad de que en el futuro se obtengan buenos resultados (O' Connor y Arnold, 2001; Carnevale y Pruitt, 1993).

En resumen, los estudios analizados nos permiten afirmar que la experiencia es una ventaja para obtener éxito en la negociación, ya que permite un análisis más preciso y menos sesgado de la situación y del comportamiento del adversario y utilizar estrategias y comportamientos más apropiados a la situación. Sin embargo, para que la experiencia genere una aptitud suficiente para analizar críticamente la situación en la que uno se encuentra y tomar decisiones pertinentes, es necesario transformar la experiencia adquirida en una destreza real, comprendiendo lo que se ha experimentado, distinguiendo lo que caracteriza a las experiencias fructíferas y las diferencias respecto a las frustradas y desarrollando la comprensión conceptual del proceso (Pruitt y Rubin, 1986). Así, si comprendemos los factores que llevan al éxito, podemos adaptar nuestra experiencia a las situaciones nuevas y transferir a situaciones similares y a otras personas nuestro conocimiento sobre lo que es de utilidad para obtener un buen resultado.

Además, si bien la mayoría de los negociadores experimentados son eficaces en situaciones muy específicas, cuando el contexto cambia, su experiencia puede convertirse en un obstáculo. Como hemos visto anteriormente, el sesgo más frecuente de los negociadores expertos es considerar la negociación como una confrontación dura entre las partes, lo cual es nefasto cuando la negociación posee potencial integrativo (Thompson, 1990, 1991). La pericia del negociador es la capacidad para adaptar el propio conocimiento a una amplia variedad de situaciones de negociación. Los verdaderos expertos deben desenvolverse mejor y ser capaces de adaptar sus estrategias a cada situación porque comprenden las razones de la eficacia de ciertas estrategias. Así, deben tener estrategias suficientemente abstractas o generales como para poder transferirlas a las diferentes situaciones y a los distintos escenarios.

Del mismo modo, esta evidencia presenta a los formadores un gran dilema. Si el análisis que los negociadores —tanto noveles como expertos— hacen de la situación a la que se enfrentan está sesgado, *la formación en negociación no debería consistir sólo en aprender nuevas ideas, sino que*

*debería basarse en un salto de paradigma, suplantando antiguas teorías por otras nuevas que permitan un análisis más adecuado de la realidad.*

## 2. METODOLOGÍA EN LA ENSEÑANZA DE LA NEGOCIACIÓN

El segundo paso para comprender cómo los formadores se enfrentan al proceso de enseñanza de la negociación es analizar las metodologías que se emplean en los diferentes programas formativos. Para describir qué metodologías y técnicas se utilizan en la enseñanza de la negociación en las principales universidades del mundo, revisaremos las conclusiones de dos simposiums realizados sobre este tema en los últimos años. El primero fue realizado en la Harvard University del 9 al 12 de marzo de 2000, denominado «*Hewlett Conference 2000: Focus on Negotiation Pedagogy*». Esta conferencia permitió reunir a más de cien profesores de negociación de las universidades norteamericanas, los cuales trabajaban en diferentes campos y enseñaban en distintas disciplinas. Para enriquecer este simposium se realizó un estudio previo mediante entrevistas, acerca de los métodos y técnicas utilizados en la enseñanza de la negociación en los Estados Unidos. Los resultados de dicho estudio están disponibles en la página web del Programa de Negociación de la Harvard Law School ([www.pon.harvard.edu](http://www.pon.harvard.edu)), y las principales conclusiones de este simposium aparecen en el monográfico editado por Sara Cobb en la revista *Negotiation Journal* en Octubre de 2000. El segundo simposium se realizó el 14 de noviembre de 2005 en el PON-IRENE de Cercy en París, denominado «*New Trends in Negotiation Teaching: Toward a Transatlantic Network*». Las conclusiones de dicho simposium han ido apareciendo en los artículos que la revista *Negotiation Journal* dedica a la enseñanza de la negociación en alguno de sus números. Además, revisaremos las diferentes ediciones del *Annual Conference of the International Association for Conflict Management (IACM)*, donde han ido apareciendo algunos trabajos acerca de la enseñanza de la negociación, se han propuesto casos prácticos o plataformas y recursos on-line para la formación en este tema. El estudio sistemático realizado por la Harvard University en el año 2000 nos permitirá extraer las principales conclusiones, las cuales matizaremos a partir de los diferentes trabajos presentados posteriormente.

El punto de partida del simposium de Harvard fue el análisis de la enseñanza de la negociación en las cuatro instituciones esenciales donde se produce: las facultades de derecho (*school of laws*), las escuelas de negocios (*business schools*), las facultades de política pública y planificación (*public policy and planning*), y las escuelas de relaciones internacionales (*international relations*).

La primera conclusión del simposium es la existencia de diferencias y congruencias en la formación ofrecida por dichas instituciones. En concreto, existe una gran *diferencia* entre los centros en función de dónde se posicionen en uno de estos aspectos:

- 1) Formación en habilidades vs. competencias analíticas. Mientras algunas facultades potenciaban la adquisición de competencias y habilidades negociadoras, otras buscaban la comprensión y el análisis preciso de la realidad.
- 2) Enseñanza eminentemente práctica vs. razonamiento analítico. Algunos métodos docentes eran totalmente prácticos, fundamentados esencialmente en simulaciones, mientras que otros buscaban la reflexión y la discusión.
- 3) Análisis estructural y estratégico vs. gestión de procesos relacionales. Entender el conflicto y la negociación como un aspecto estratégico o bien como un proceso de solución de problemas y de relaciones entre personas.
- 4) Uso de Simulaciones vs. estudio de casos.
- 5) Múltiples marcos de análisis vs. único marco de análisis.
- 6) Negociaciones entre dos partes vs. negociaciones multipartitas. Algunos centros extienden la negociación a situaciones complejas: multipartitas, con representantes, etc.
- 7) Estudio del género vs. desconsideración del género.
- 8) Cursos que analizan el rol de los agentes (abogados o representantes legales) versus cursos que no.
- 9) Cursos que consideran la emoción y la identidad como procesos, versus cursos que los consideran como barreras.

Del mismo modo, existen redundancias y similitudes en la formación proporcionada en dichas instituciones:

- 1) Generalizado uso de simulaciones.
- 2) Un vocabulario común.
- 3) Amplio énfasis en la ética en la negociación, así como en la enseñanza de la negociación integrativa.
- 4) Amplio énfasis en la reflexión. Por ejemplo, todos los profesores piden a los alumnos que lean artículos científicos.

En líneas generales, la formación proporcionada en todas las instituciones dan un gran valor a:

1. *Una fuerte Base Conceptual.* Ofreciendo a los estudiantes un marco de trabajo para el estudio y análisis de la negociación. Proporcionando a los estudiantes los elementos básicos para negociar: por ejemplo, distinguir intereses de posiciones, BATNA, analizar los inputs esenciales de la negociación: técnicos, legales, económicos, y enfatizar los aspectos estructurales, contextuales e individuales implicados en el proceso negociador...

2. *Simulaciones y «Debriefings»*. En todas las instituciones se utilizan diferentes modalidades de aprendizaje experiencial, donde los estudiantes pueden experimentar estrategias y tácticas negociadoras, reflexionar sobre los resultados alcanzados y comparar los mismos con el curso de acción desarrollado por otros compañeros que hayan alcanzado resultados completamente diferentes.
3. *Reflexión*. Creando oportunidades para que los estudiantes generalicen a partir de la simulación y los ejercicios realizados.
4. *Auto-análisis y evaluación*. En todas las instituciones se da oportunidad a los estudiantes a analizar sus fortalezas y debilidades como negociadores, mediante el uso de instrumentos de diagnóstico, facilitando el feedback entre compañeros y escribiendo informes descriptivos y analíticos.

Cada uno de los campos tiene particularidades que las distinguen del resto, por lo cual es interesante analizarlos por separado. Para ello seguiremos el informe elaborado por el Program of Negotiation (PON) denominado *Negotiation Pedagogy: A Research Survey of Four Disciplines* (2000) y el trabajo de Fortrang (2000).

En las Facultades de Derecho, el interés por el desarrollo de habilidades de negociación ha ido creciendo en los últimos años. La formación en todas las instituciones coincide en considerar al letrado más como un «solucionador de problemas» que como un abogado «aplicador de leyes». Aunque tradicionalmente el campo de trabajo estrella para estas facultades era la negociación colectiva, actualmente se tiende a proporcionar al alumnado un marco de trabajo más general sobre la negociación que pueda ser utilizado por el alumnado de forma prescriptiva y descriptiva en diferentes campos de trabajo, no sólo en la negociación colectiva. Del mismo modo, se intenta abrir el campo de estudio a nuevos fenómenos como las relaciones internacionales. Una particularidad de estas instituciones es abordar con detalle las relaciones entre clientes y profesionales, en concreto cómo detectar necesidades de los clientes, entrevistarlos y aconsejarlos, así como las tensiones y problemas existentes entre los representantes y representados.

En las Escuelas de Negocio, al igual que en las facultades de derecho, existe un gran énfasis en la formación en habilidades prácticas, más que en el análisis teórico y comprensivo de la realidad. Dada la internacionalización de la economía y los cambios que ello supone en el mundo empresarial, la negociación ha pasado a ser un componente esencial del currículo en estos centros. Todos los programas utilizan modelos multidisciplinares de negociación. Tomando como fundamento las negociaciones entre dos partes se analizan negociaciones complejas con múltiples partes y en diferentes momentos. La formación proporcionada se fundamenta en la psicología social y la psicología cognitiva (sesgos cognitivos, aspectos motivacionales, prin-



cipios de justicia, aspectos emocionales, encuadre...), así como complejidades estructurales (papel de los agentes, mediación, negociación intra e interorganizacional. Muchos currícula han hecho énfasis en el estudio de situaciones diarias (negociaciones con clientes, negociaciones y resolución de disputas internas, negociaciones internacionales, negociaciones entre inversores y gestores...). Existe una orientación marcadamente conductual en el proceso formativo, proporcionando una gran atención a los procesos ocurridos en la mesa de negociación: la preparación de la misma, las tácticas y estrategias, el análisis y procesamiento de la información... Actualmente hay un énfasis enorme en las negociaciones interculturales, sobre todo teniendo en cuenta que entre el 25 y el 50% de los estudiantes de las escuelas de negocios son extranjeros.

La mayoría de los programas utilizan un amplio abanico de técnicas pedagógicas. La herramienta estrella es la simulación (cara a cara, on-line). Además se utiliza el análisis de casos, videos de negociaciones reales, profesionales invitados, viñetas, micro-ejercicios, discusiones y lecturas.

Las Escuelas de Política Pública y Planificación (*Planning*) estadounidenses originalmente eran centros de formación de arquitectos e ingenieros, aunque a finales de la década de los sesenta se abrieron a otras disciplinas como el derecho, y muy recientemente a mediadores y facilitadores sociales. La escala y la complejidad de los problemas que deben abordar estos profesionales, así como las instituciones implicadas en la resolución de los mismos hacen a estas escuelas diferentes a las de derecho o a las que operan en el sector privado. La gestión de capital público así como los temas y agentes sociales implicados en estos procesos, hacen que estos profesionales deban tratar y trabajar con multitud de departamentos, figuras políticas, organizaciones no gubernamentales, personas claves de la sociedad civil y tribunales de justicia. El éxito en el trabajo supone implicar a todas estas personas en una solución colectiva. En este contexto, la negociación es una forma diferente y alternativa de hacer política (Susskind y Cruickshank, 1987). Por este motivo, las facultades deben equipar a los estudiantes con habilidades para conseguir resultados cooperativos, promocionar la participación pública o gestionar la multiculturalidad.

Los profesores deben abordar esta complejidad estudiando la comunidad como un todo, la propia organización y la propia actividad profesional. Entre las particularidades de la formación en estas instituciones se encuentra que el vínculo entre la negociación y la mediación es mucho más estrecho que el que perciben los estudiantes de las dos instituciones antes mencionadas. Se identifican tres herramientas esenciales en la formación en estos centros: el análisis de casos, las demostraciones y los role-plays y simulaciones. El estudio de casos proporciona ejemplos de soluciones a problemas reales, así como medios en los cuales aplicar los marcos teóricos apren-



didos en clase. Las demostraciones presentan a los estudiantes oportunidades para observar las consecuencias de diferentes acciones en negociaciones reales o simuladas. Finalmente los instructores utilizan simulaciones para proporcionar a los estudiantes experiencia de primera mano. Las simulaciones son menos importantes en estos centros porque existe el potencial por parte de los participantes de exagerar los atributos negativos de los adversarios, y de crear tensión en clase (Glavovic, Dukes y Lynott, 1997).

Las escuelas de relaciones internacionales son muy diferentes entre sí. No existe ningún consenso sobre qué currículum deben seguir los alumnos, de forma que cada facultad ofrece un programa formativo diferente al resto. Esta diversidad aparece también en la enseñanza de la negociación. La primera particularidad es el abanico pedagógico más amplio que el ofrecido por el resto de instituciones, la explicación reside en que su formación se nutre de muchas disciplinas: psicología, económicas, sociología, ciencias políticas, políticas públicas y comunicación. Esta diversidad trae como consecuencia que cada formador aplica su propia disciplina en su formación, por ejemplo, los psicólogos sociales enseñan de forma diferente a los científicos de la política, centrándose en diferentes aspectos teóricos y prácticos.

La formación en estas instituciones enfatiza los aspectos contextuales, es decir, la comprensión e identificación de la esencia del conflicto, las circunstancias económicas y políticas donde aparece el mismo, la valoración de las partes y sus historias personales. Los profesores intentan ayudar a los alumnos a que identifiquen y seleccionen el nivel de análisis más apropiado a cada situación analizada.

Todos los profesores utilizan simulaciones pero con un carácter muy diferente al de las escuelas de negocio, en primer lugar las simulaciones no consisten en juegos de negociación, sino más bien juego de roles sobre disputas reales. En segundo lugar, las simulaciones no buscan el desarrollo de habilidades, sino la comprensión del caso. Prácticamente la totalidad de profesores entrevistados en el estudio consideraron que la formación que proporcionan no está orientada al desarrollo de habilidades. La formación no está pensada para entrenar ni para que los alumnos experimenten situaciones, sino para proporcionar un análisis conceptual de la situación.

## 2.1. Conclusiones pedagógicas sobre la enseñanza en estas facultades

Una vez analizadas con cierto detalle cada una de dichas instituciones, podemos revisar las *metodologías* utilizadas por las mismas para la enseñanza, en concreto si existen consistencias e inconsistencias sustantivas en cada una de dichas instituciones. La Tabla 1 sirve como ejemplo. Como po-

demos observar *las simulaciones* son ampliamente utilizadas en todas las instituciones, seguidas de las lecturas de revistas científicas. El *análisis de casos* es propio de las facultades de Políticas y de las escuelas de Relaciones Internacionales, siendo su uso minoritario en las Escuelas de Negocio o de Derecho. Las *herramientas de autodiagnóstico* son propias de las escuelas de negocio y de las facultades de derecho. No se usan en Políticas y de forma muy marginal en las Escuelas de Relaciones Internacionales. Como podemos ver las lecturas prácticas y teóricas son igualmente empleadas en las diferentes instituciones. La principal conclusión es que *los formadores confían en las simulaciones como la herramienta esencial para la formación de los negociadores*.

TABLA 1  
TIPO DE TÉCNICAS UTILIZADAS EN LOS CENTROS FORMATIVOS  
SOBRE NEGOCIACIÓN

Tipo de Aprendizaje	Experiencial		Autoreflexivo		Analítico-conceptual		
	Prácticas en Empresas	Simulaciones	Revistas	Auto-diagnóstico	Análisis de casos	Lecturas prácticas	Lecturas teóricas
Derecho	1	4	4	2	1	2	2
Esc. Negocios	1	4	3	2	2	2	1
Políticas		4	4		4	2	2
Relaciones Internacion.		4	2	1	3	1	2

Nota: El nivel de uso está marcado de 1 a 4 siendo cuatro el máximo nivel de utilización de la técnica. Adaptado de Fortgang (2000)

En las Universidades Europeas con programas específicos sobre Resolución de Conflictos y Negociación, la situación es prácticamente similar a la ofrecida por las universidades norteamericanas. Por ejemplo en el *Institute for Research and Education on Negotiation in Europe* (IRENE), perteneciente a la ESSEC BUSINESS SCHOOL en París, la dinámica en la enseñanza de la negociación sigue tres principios «decir, mostrar y hacer» (Lempereur, 1998). Los profesores exponen a los estudiantes las teorías más relevantes para mejorar el conocimiento y las habilidades analíticas sobre la negociación, tratan de modelar dichas conductas en clase con su propio comportamiento como profesores, de forma que los estudiantes los vean en práctica, y por último solicitan a los estudiantes que se impliquen en simulaciones, y reflexionen sobre su comportamiento en las mismas. El propósi-

to de esta formación en tres pasos es romper el puente entre las teorías acerca de la negociación y la práctica.

Al igual que en la mayoría de las escuelas de negocio norteamericanas el proceso formativo es inductivo, es decir, se suele comenzar con simulaciones para que los estudiantes experimenten libremente las situaciones a las que se enfrentan de forma lo más real posible. Los resultados de la simulación permiten compararlos con los de los compañeros y analizar con detenimiento los comportamientos y estrategias utilizadas para alcanzarlos. Por último, el profesor proporciona información teórica acerca de los modelos y variables implicadas en las simulaciones (Lempereur, 2001).

Las Universidades de Sevilla (2003) y Huelva (2006) han desarrollado postgrados sobre *Negociación Colectiva y Resolución de Conflictos Laborales* en colaboración con el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Ambos postgrados estaban destinados a la formación de mediadores profesionales del *Servicio Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía* (SERCLA) y a negociadores de los dos sindicatos mayoritarios (UGT-A y CCOO-A). La formación en dichos postgrados se ha centrado en la negociación colectiva y ha versado sobre tres pilares: la economía, el derecho del trabajo y la psicología social. Cada una de estas disciplinas ha seguido un planteamiento pedagógico diferenciado. Mientras que los profesores de derecho, y en menor grado, de economía, han utilizado lecturas y estudios de caso, buscando esencialmente la comprensión y el análisis de la realidad, los profesores de psicología social han utilizado simulaciones y micro-casos, para formar en competencias y habilidades negociadoras.

Las mejores escuelas de negocio europeas (Instituto de Empresa, ESADE, ESIC, LSE...) siguen planteamientos pedagógicos similares a las Business School americanas, con las que incluso algunas de ellas tienen convenios en vigor o importan profesorado.

Como se desprende si analizamos entre líneas el currículum formativo sobre la negociación en las diferentes instituciones, todos los centros se han enfrentado a los mismos dilemas. El primero es si *desarrollar habilidades prácticas en los negociadores o bien proporcionar al alumnado un marco intelectual más analítico*, y el segundo si *la formación proporcionada debe estar basada en principios éticos o bien ser más instrumental*. Como hemos observado, las facultades de derecho y las escuelas de negocio han optado por el desarrollo de habilidades mientras que las escuelas de política pública y relaciones internacionales han preferido proporcionar a los alumnos competencias más analíticas. En cuanto al segundo dilema, en todos los centros se extrae que la formación está basada en los principios éticos que subyacen a la negociación integrativa: comprender las necesidades del adversario, buscar acuerdos donde todos ganen, ayudarle a defender los acuerdos ante los representados... Incluso, el énfasis en los aspectos éticos apa-

rece de una u otra forma en todos los manuales actuales, de forma más explícita y recurrente, como en los textos de Roy Lewicky (2003) o inserta en otros temas más amplios como en el texto de Leigh Thompson (2006).

Como hemos visto, todos los docentes están de acuerdo que el aprendizaje experiencial y reflexivo, principalmente mediante role-plays, es la herramienta clave y esencial de un programa efectivo sobre negociación (Fortgang, Subramanian, y Wheeler, 2000). El aprendizaje experiencial es definido como un aprendizaje en el cual «*la experiencia es seguida de la reflexión, conduciendo a una visión alterada de dicha experiencia*» (Susskind y Coburn 2000, p. 308). Para Susskind y Coburn (2000), las simulaciones utilizadas en la enseñanza de la negociación se fundamentan en dicho aprendizaje experiencial. Para tratar de ayudar a los estudiantes a adquirir las competencias necesarias para la negociación, muchos profesores recomiendan a los estudiantes reflexionar sobre sus propias experiencias de negociación y a convertir dichas experiencias en objeto de análisis (Lewicki, Saunders y Minton, 1999). Los estudiantes deben, por ejemplo, analizar su papel en las simulaciones realizadas durante el proceso formativo, identificar las estrategias negociadoras utilizadas por un modelo en una sesión de video, o reflexionar sobre sus propias negociaciones en la vida diaria. El fundamento de este tipo de prácticas es ayudar a los alumnos a que adquieran un pensamiento simbólico sobre el propio proceso negociador, el cual es necesario para adquirir las competencias necesarias para el ejercicio profesional.

Mediante el aprendizaje experiencial es posible *superar los sesgos iniciales de los negociadores*, convertir la experiencia en negociación en destrezas concretas y adquirir confianza. Loewenstein y Thompson (2000) resumen en tres los pasos que da el profesorado para enseñar mediante simulaciones, de forma que superen los sesgos iniciales que poseen como negociadores noveles:

1. Enseñar haciendo. Proporcionar al alumnado una actividad real, que permita confrontar a los negociadores noveles con sus teorías ingenuas sobre la negociación
2. Proporcionar feedback. Informar a los estudiantes acerca de cómo han realizado su trabajo en la simulación, especialmente ayudándolos a identificar cuáles son los sesgos y errores que han cometido relacionados con sus ideas de partida acerca de la negociación.
3. Ofrecer explicaciones sobre los modelos que subyacen a los resultados alcanzados, e interpretaciones alternativas y cursos de acción a tener en cuenta para obtener mejores resultados.

Mediante el aprendizaje experiencial, además, es posible *adiestrar en competencias muy complejas* como la gestión de las emociones. Por ejemplo, Shapiro (2006) sugiere diferentes estrategias para integrar la gestión de las emociones en los programas de enseñanza de la negociación

- La primera estrategia es **analizar las claves emocionales en sus propias vidas**. En su programa de negociación en Harvard pide a los estudiantes que *observen* los elementos emocionales en sus vidas fuera de la clase.
- La segunda estrategia es el *análisis de vídeos*. La utilización de vídeos es una de las formas más efectivas de enseñar a los estudiantes la importancia de las emociones. El profesor puede seleccionar vídeos donde aparezcan las emociones que se deseen estudiar y reflexionar sobre las emociones que aparezcan en el mismo. Cómo aparecen, por qué, qué recomendaciones podemos hacer para incentivar las emociones positivas, y para reducir las negativas.
- La tercera estrategia es utilizar una simulación. Una vez que los estudiantes comprenden los elementos clave, pueden utilizarlos mientras negocian en una situación controlada. En esta situación los alumnos deben reflexionar acerca de los asuntos sustantivos del conflicto, así como de los aspectos relacionales y emocionales. Si el negociador es un duro oponente, las emociones aparecen de forma ineludible.

Este aprendizaje también se emplea para *formar en cursos avanzados sobre negociación multipartita*. Susskind, Mnookin, Rozdeiczer y Fuller (2005) proponen un proceso formativo en tres partes. La primera parte consiste en recordar los elementos esenciales de la negociación entre dos partes, la segunda parte consiste en desarrollar un marco teórico analítico acerca de cómo preparar y conducir negociaciones multipartitas, profundizando en los elementos más relevantes de la negociación. En la tercera parte del curso, los estudiantes deberán analizar y revisar las propuestas teóricas estudiadas y aplicar dicho marco a la complejidad de situaciones de la vida real, utilizando una mezcla de casos prácticos y simulaciones.

### 3. LA TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTOS. DEL AULA AL TRABAJO

La clave de la formación es preparar a los estudiantes para resolver problemas reales. Dado que el contexto laboral al que se enfrentarán los alumnos es sustancialmente diferente al que se encuentran en las aulas, es asumido de forma explícita que el alumnado será capaz de transferir los conocimientos alcanzados en el aula al futuro contexto laboral. Sin embargo, tanto nuestra experiencia práctica como docente, así como la investigación realizada al respecto, confirman que esta transferencia no se suele producir, y que las diferencias entre el contexto de aprendizaje y el contexto donde se debe aplicar el mismo disminuyen la probabilidad de transferencia de los

conocimientos (Gentner, Rattermann y Forbus, 1993). Para profundizar en cómo romper esa barrera, el equipo de investigación dirigido por Leight Thompson en la Kellogg Business School de Chicago, ha realizado diferentes estudios sobre este tema (Gillespie, Loewenstein, Thompson, y Gentner, 1999; Loewenstein, Thompson, y Gentner, 1999; Thompson, Gentner y Loewenstein 2000). Revisaremos esta investigación a partir de la que se pueden extraer algunas conclusiones generales.

La transferencia es la habilidad de aplicar un concepto o una estrategia concreta —los cuales se han aprendido en una situación determinada—, para resolver un problema en una situación diferente. Gillespie et al. (1999) distinguen entre transferencia superficial y transferencia profunda, la primera ocurre cuando se transfiere el conocimiento a una situación superficialmente similar, la transferencia profunda ocurre cuando el alumnado transfiere el conocimiento a una situación que tiene características coincidentes con la del contexto de aprendizaje, aunque superficialmente no se parezcan en nada. En muchas situaciones (como la negociación), es deseable para los discentes aplicar soluciones a contextos que tienen similitudes, aunque no sean superficialmente idénticos. Por ejemplo, las bases para conseguir una negociación integrativa: cómo detectar las necesidades del adversario, cómo incrementar «el pastel», es decir el conjunto de recursos disponibles para el reparto, puede ser aplicable a una transacción entre clientes y proveedores, a una disputa, a una negociación internacional, o a un problema intercultural, aunque las situaciones sean superficialmente diferentes.

Desgraciadamente, el proceso de transferencia profunda es mucho más complejo. La resolución de un problema complejo raramente mejora la probabilidad de que se resuelva un segundo problema en un contexto diferente. La razón es que las personas no reconocemos las similitudes entre ambos problemas (Reeves y Weisberg, 1994). Los resultados de diferentes investigaciones muestran una clara disociación entre lo que es más accesible a nuestra memoria (la similitud entre contextos) y lo útil para el razonamiento (los principios subyacentes). Fallamos en recordar lo que es verdaderamente útil para resolver los nuevos problemas (Forbus, Gentner y Law, 1995). La cuestión clave es cómo conseguir la transferencia profunda, es decir la aplicación de los principios subyacentes a una determinada situación de aprendizaje, a un contexto totalmente nuevo. Thompson y colaboradoras han demostrado que el *razonamiento analógico* es la mejor estrategia para conseguir este proceso.

La clave del razonamiento analógico es la *de-construcción del conocimiento*, es decir crear un esquema de solución de problemas, totalmente libre de características contextuales, de forma que sea más transportable y aplicable a nuevas situaciones. El razonamiento analógico es un eficiente mecanismo para conseguir la de-construcción. Se refiere esencialmente a

obtener la abstracción basándose en los rasgos comunes mediante la comparación de dos o más ejemplos (Loewenstein, Thompson y Gentner, 2000). Comparando diferentes ejemplos, es posible descubrir los elementos clave y abstraer los principios básicos (Gentner y Markman, 1997). Simplemente analizando los elementos que comparten varias situaciones que tienen características superficiales totalmente distintas, los discentes pueden abstraer su estructura relacional libre de información contextual irrelevante. Las comparaciones permiten que los discentes distingan la información irrelevante de la relevante.

La validez de este principio fue puesta a prueba en diferentes estudios. Thompson, Loewenstein y Gentner (2000) encontraron que el estudio mediante comparaciones permitía abstraer los principios básicos de la negociación, en mayor medida que los consejos, explicaciones o los estudios caso a caso, y aplicarlos de forma más efectiva cuando ha transcurrido un tiempo desde el entrenamiento.

En resumen, el uso de las simulaciones en diferentes contextos, y la reflexión sobre los mismos, permite que el alumnado adquiera los principios básicos de la negociación que posteriormente sean aplicables a las situaciones reales a las que tengan que enfrentarse.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAZERMAN, M.H., MAGLIOZZI, T., y NEALE, M.A. (1985) «Integrative Bargaining in a Competitive Market». *Organization Behavior and Human Performance*, 34, 294-313.
- CARNEVALE, P. J. y PRUITT, D. G. (1992). «Negotiation and mediation». *Annual Review of Psychology*, 43, 531-582
- ERICSSON, K.A. KRAMPE, R.T. y TESCH-ROEMER, C. (1993). «The role of deliberate practice in the acquisition of expert performance». *Psychological Review*, 100, 363-406.
- FORBUS, K. D. GENTNER, D. y LAW, K. (1995). MAC/FAC: «A Model of Similarity-Based Retrieval». *Cognitive Science*, 19, 141-205
- FORTGANG, R. S., SUBRAMANIAN, G., y WHEELER, M. (2000). «Analysis of negotiation programs at schools of business and management». En Sara Cobb (Ed.), *Negotiation pedagogy: A research survey of four disciplines* (pp. 63-84). Cambridge, MA: Program on Negotiation at Harvard Law School.
- FORTRANG, R. S. (2000). «Taking Stock: An Analysis of Negotiation Pedagogy across Four Professional Fields». *Negotiation Journal*, 16, 325-338.
- GENTNER, D., RATTERMANN, M. J. y FORBUS, K. D. (1993). «The Roles of Similarity in Transfer: Separating retrievability from Inferential Soundness». *Cognitive Science*, 19, 141-205
- GENTNER, D., y MARKMAN, A. B. (1997). «Structure mapping in analogy and similarity». *American Psychologist*, 52, 45-56.
- GILLESPIE, J. J. LOEWENSTEIN, J. THOMPSON, L. y L. GENTNER, D. (1999).

- «Lessons from Analogical Reasoning in the Teaching of Negotiation», *Negotiation Journal*, 15, 363-371
- GLAVOVIC, B. DUKES, J. y LYNOTT, J. (1997). «Training and Educating Environmental Mediators: Lessons from Experience in the United States». *Mediation Quarterly*, 21, 7-21.
- HONEYMAN R. y SCHNEIDER, B. (2006). *The negotiator's fieldbook*. (Washington, DC: American Bar Association, en prensa).
- LEMPEREUR, A. (1998). «Negotiation and Mediation in France. The Challenge of Skill-Based Learning and Interdisciplinary Research». *Harvard Negotiation Law Review*, 3, 151-174.
- LEWICKI, R. (1997). «Teaching negotiation and dispute resolution in colleges of business: The state of the practice». *Negotiation Journal*, 13, 253-269.
- LEWICKI, R. J., SAUNDERS, D. M., y MINTON, J. W. (1999). *Negotiation: Cases, readings and exercises* (3rd ed.). New York: McGraw-Hill.
- LOEWENSTEIN, J. THOMPSON, L. y GENTNER, D. (1999). «Analogical encoding facilitates transfer in negotiation». *Psychonomic Bulletin and Review*, 6, 586-597.
- LOEWENSTEIN, J. y THOMPSON, L. (2006). «Learning to negotiate: Novice and experienced negotiators». In L. Thompson (ed). *Negotiation Theory and Research* (págs. 77-97). Psychology Press.
- LOEWENSTEIN, J. y THOMPSON, L. L. (2000). «The challenge of learning». *Negotiation Journal*, 16, 399-408.
- MUNDUATE, L. y MEDINA, F. J. (2005). *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*. Madrid: Pirámide.
- MURNIGHAN, K., BABCOCK, L., THOMPSON, L. y PILLUTLA, M. (1999). «The information dilemma in negotiations: Effects of experience, incentives, and integrative potential». *International Journal of Conflict Management*, 10, 313-339.
- NEALE, M. A. y NORTHCRAFT, G. B. (1986). «Experts, amateurs, and refrigerators: comparing expert and amateur negotiators in a novel task». *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 38, 305-317.
- O'CONNOR K. M. y ARNOLD J. A. (2001). «Distributive Spirals: Negotiation Impasses and the Moderating Role of Disputant Self-Efficacy». *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 84, 148-176
- O'CONNOR, K. M., y ADAMS, A. A. (1999). «What novices think about negotiation: A content analysis of scripts», *Negotiation Journal*, 15, 135-147.
- PRUITT, D. G. y RUBIN, J. Z. (1986), *Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement*, NY: Random House.
- REEVES, L. M. y WEISBERG, R. W. (1994). «The role of content and abstract information in analogical transfer». *Psychological Bulletin*, 115, 381-400.
- SERRANO, G. y RODRÍGUEZ, D. (1993). *Negociación en las Organizaciones*. Madrid: Eudema.
- SHAPIRO, D. L. (2006). «Teaching Students How to Use Emotions as They Negotiate». *Negotiation Journal*, 22, 105-109.
- SIMONTON, D. K. (1997). *Genius and Creativity: Selected Papers*. California: Ablex Publishing
- SUSSKIND, L., MNOOKIN, R., ROZDEICZER, L. y FULLER, B. (2005). «What We Have Learned About Teaching Multiparty Negotiation». *Negotiation Journal*, 21, 395-408
- SUSSKIND, L., y CRUISKSHANK, J. (1987). *Breaking the impasse: Consensual*



- approaches to resolving public disputes*. Basic Books, New York.
- SUSSKIND, L. E. y CORBURN, J. (2000). «Using simulations to teach negotiation: Pedagogical theory and practice». *PON Working Paper* 99-1. Cambridge, MA: Program on Negotiation at Harvard Law School.
- THOMPSON, L. L. (2001). *The mind and heart of negotiator*. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall
- THOMPSON, L. (1991). «Information exchange in negotiation». *Journal of Experimental Social Psychology*, 27, 61-179.
- THOMPSON, L. (2006). *Negotiation theory and research*. Series editors: A. W. Kruglanski y J. P. Forgas, *Frontiers of Social Psychology*. New York: Psychology Press.
- THOMPSON, L. L. (1990). «Negotiation behaviour and outcomes: Empirical evidence and theoretical issues». *Psychological Bulletin*, 108, 515-532.
- THOMPSON, L., GENTNER, D. y LOEWENSTEIN, J. (2000). «Avoiding missed opportunities in managerial life: Analogical training more powerful than case-based training». *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 82, 60-75.
- THOMPSON, L., J. LOEWENSTEIN, y D. GENTNER. (2000). «Avoiding missed opportunities in managerial life: Analogical training more powerful than case-based training». *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 82, 60-75.
- WHEELER, M. (2006). «Is Teaching Negotiation Too Easy, Too Hard, or Both?» *Negotiation Journal*, 22, 187-197.



4

---

# Comentarios de Jurisprudencia







## NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

# LA LEGITIMACIÓN EMPRESARIAL EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS SECTORIALES

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2006*

MARÍA DEL MAR RUÍZ CASTILLO <sup>1</sup>

**SUPUESTO DE HECHO:** La STS de 20 de junio de 2006<sup>2</sup> tiene su origen en la impugnación del Primer Acuerdo Laboral Estatal del Sector de Supermercados, Superservicios, y Distribuidores mayoristas de alimentación, rubricado, según el Acta final, el 23 de marzo de 2003 y con Resolución de la Dirección General de Trabajo de 4 de julio de 2003, ordenando la inscripción y publicación del Acuerdo Laboral. Finalmente publicado en BOE de 11 de julio de 2003.

La Asociación de Cadenas Españolas de Supermercados (ACES) y la Federación Nacional de Asociaciones Detallistas de Alimentación (FENEDA), presentan sendas demandas de impugnación de convenio colectivo, solicitando la nulidad del citado acuerdo sectorial, por estimar que lesiona la legalidad vigente y el interés de tercero, en este caso de las citadas asociaciones patronales demandantes. En la parte demandada, los firmantes del convenio nacional: la Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO., la Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-turismo y Juego de UGT y la Asociación Española de Distribuidores, Autoservicios y Supermercados (ASEDAS) y el Ministerio Fiscal.

<sup>1</sup> Profesora T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

<sup>2</sup> Rec. Núm. 189/2004; RJ 2006\3428. Ponente: de Castro Fernández, L.F.

La relación de hechos probados nos describe una concurrencia de iniciativas negociadoras (en la que no entran las decisiones judiciales) que termina con la publicación del primer convenio colectivo suscrito, que es el que se impugna por insuficiencia de representatividad de las organizaciones patronales firmantes. La validez del Acuerdo laboral revisada a la luz de las reglas legales sobre legitimación negocial se convierte en el objeto único del litigio<sup>3</sup>.

La Audiencia Nacional, en sentencia de 5 de octubre de 2004<sup>4</sup>, declara que el citado convenio carece de valor estatutario y restringe su eficacia obligacional a los firmantes. Contra la citada SAN se interpone recurso de casación, que viene a resolver la sentencia que aquí comentamos.

**RESUMEN:** El TS vuelve una vez más sobre el tema de la controvertida acreditación y prueba de la representatividad empresarial, como presupuesto de la legitimación negociadora, en los convenios de ámbito superior a la empresa. El TS confirma en esta sentencia su doctrina anterior. La indisponibilidad es absoluta cuando se trata de las reglas legales sobre la legitimación empresarial en el ámbito de la negociación colectiva; también existe pronunciamiento en este fallo para afirmar la naturaleza, igualmente indisponible, de las normas procedimentales de la negociación estatutaria; se reafirma la tesis, de elaboración jurisprudencial, sobre la presunción *iuris tantum* de legitimación y los términos de la carga de la prueba en contrario; y el Tribunal termina por reconducir el litigio a una cuestión meramente probatoria que ya había resuelto la Audiencia Nacional. Lo que concluye con una confirmación de los términos de la sentencia impugnada, de nulidad del convenio estatutario suscrito y publicado, al no haberse respetado «el principio de correspondencia entre representatividad empresarial y ámbito de negociación».

<sup>3</sup> Según la AN, la decisión sobre esta cuestión planteada hace que huelgue toda consideración en torno a la ineficacia de preceptos concretos; la delimitación «ad hoc» artificiosa del ámbito de negociación; la alteración, una vez iniciada la negociación, del ámbito de aplicación (lo que podría alterar, a su vez, la legitimación inicial de los interlocutores sociales); la mutación de un convenio colectivo por un acuerdo marco laboral, con expresa prohibición de concurrencia de otras unidades negociales (Fund. Der. Cuarto, SAN de 5 de octubre de 2004). La solución negativa del debate sobre la validez del acuerdo suscrito se convierte en un trámite previo que igualmente hace innecesario pronunciarse sobre la concurrencia negociadora y otras cuestiones, como la libertad de elección de las unidades de negociación, el derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical.

<sup>4</sup> Procedimientos acumulados 74 y 11/2004. AS 2004\3428. Ponente: Alonso-Misol, E.

**ÍNDICE**

1. ALGUNAS CONTRADICCIONES DEL MODELO NORMATIVIZADO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. LOS CRITERIOS LEGALES SOBRE LA LEGITIMACIÓN EMPRESARIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SUPRAEMPRESARIAL
3. LA INDEFINICIÓN DE HECHO DE LA LEGITIMACIÓN EMPRESARIAL: UNA DEFICIENCIA HISTÓRICA
4. LA AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE EL CONVENIO

**1. ALGUNAS CONTRADICCIONES DEL MODELO NORMATIVIZADO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

Desde la inauguración del modelo constitucional de relaciones laborales la doctrina laboralista coincide a la hora de criticar la decisiva intervención legislativa, de un protagonismo abusivo, en la configuración heterónoma del modelo de negociación colectiva. Bien sea para propiciar el proceso de flexibilización del Derecho del Trabajo, haciendo llegar la norma convencional a donde aún no alcanza la desregulación legislativa; bien sea para intentar frenar las nuevas funciones de gestión empresarial del convenio, la crítica culpabiliza la intervención heterónoma como factor de desequilibrio e incompatible en un campo en el que la autonomía colectiva es el principio informador. El origen de esta tradición legal probablemente no sea único, pero es seguro que contribuye la herencia de un pasado caracterizado por la «administrativización» de un derecho del trabajo amputado de su parcela sindical o colectiva y un poder político democrático invariablemente decidido a institucionalizar lo sindical y a convertir el convenio en un instrumento «cuasi legal» que amplía las herramientas de intervención del ejecutivo en el terreno de la desregulación de las relaciones laborales sin coste político alguno y con una tremenda garantía de paz social.

El precio es bien conocido y por todos asumido. El contenido esencial de los derechos constitucionales de índole colectiva funciona, más que de ningún otro modo, como garantía de la intervención legislativa, discrecional y diversificadora, a la que no se oponen más límites que los derivados de ese estricto contenido esencial. La faz actual del derecho de libertad sindical, toda la estable teorización sobre su contenido esencial y el contenido adicional<sup>5</sup>, nos muestra una situación legal completamente alejada del pluralismo sindical (como podría esperarse de la formulación constitucional) y

<sup>5</sup> Que, por cierto, utiliza mal la STS, de 20 de junio de 2006 que aquí comentamos, al referirse al derecho a la negociación colectiva como parte del «contenido adicional del derecho de libertad sindical». Fund. Der. 2, 2.º párr.

sólidamente asentada sobre la representatividad como criterio de discriminación aceptado y aceptable en todo lo relativo a la libertad sindical <sup>6</sup>.

En lo que se refiere al derecho a la negociación colectiva, aún hemos llegado más lejos. El incisivo protagonismo legislativo a la hora de atribuir el derecho (eligiendo con precisión a los sujetos), de configurar el proceso de negociación, de definir la naturaleza y efectos del convenio, sin freno por parte del TC (que invariablemente ha fallado sobre la constitucionalidad de las distintas opciones legislativas), ha desembocado en el vaciamiento del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva. Desde hace años todos hemos convenido en sustituir el derecho constitucional a la negociación colectiva, por una «garantía institucional de la negociación colectiva» <sup>7</sup>; que es algo así, en la práctica, como desconstitucionalizar el derecho; o dicho en otros términos, admitir que sea el legislador el que en cada momento defina el contenido esencial de ese derecho. Habiendo teniendo cabida en la fórmula constitucional todas las opciones elegidas hasta ahora por el legislador ordinario.

En este proceso se ha hecho necesario salvar algunos escollos importantes. Básicamente, cómo fundamentar y justificar el tratamiento en condiciones de igualdad que deriva de las formulaciones constitucionales en materia de libertad sindical y de derecho a la negociación colectiva, con la opción legislativa de institucionalizar (privilegiar) la actuación sindical y negociadora de sólo determinados sujetos sindicales. En ambos casos, la vía elegida ha sido la de desdoblar el modelo constitucional. Manteniendo, por una parte, un modelo general, aplicable en términos de igualdad y relegado a la condición de mera libertad (libertad de sindicación y libertad de negociación); y, por otra parte, admitiendo la constitucionalidad de un modelo legal basado en la promoción de sólo determinados sujetos sindicales (los más representativos) y de sólo un modelo de negociación y convenio (los llamados estatutarios). Siendo ésta una opción discutible, el verdadero problema está, sin embargo, en que la promoción en el modelo legal (sólo de algunos sujetos sindicales y sólo de determinado modelo de negociación y convenio) va más allá de atribuir un mero plus de actividad o de derechos a los elegidos y se concreta en una reserva de competencias ampliadas (si nos referimos a los sujetos) o de jerarquía (si nos referimos al convenio) que no encuentra refrendo en el texto constitucional y que termina por desdibujar,

<sup>6</sup> Sobre los beneficios de la evolución del modelo sindical hacia una progresiva y actualmente consolidada institucionalización: CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español». *RL*, 2005, T I, espec. págs. 160 y ss.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional». *RL*, 1992, T. I. STC. 208/1993, de 28 de junio.

o simplemente limitar, el contenido esencial de uno de los modelos constitucionales (El del art. 37.1 CE) con respecto al otro (el desarrollado por el legislador). La mayor representatividad de las organizaciones sindicales y la eficacia general del convenio (su valor «cuasi legal») son las fórmulas mágicas para solventar cualquier duda de constitucionalidad y legitimar el modelo de derecho sindical actualmente vigente.

En este panorama se inscribe la decisión del TS que aquí comentamos. ¿Qué sujetos del lado empresarial están legitimados para negociar convenios colectivos estatutarios? y ¿qué efectos provoca sobre la negociación y el convenio la ausencia de legitimación? Un tema sabido y en el que la línea jurisprudencial aparece consolidada. Lo más relevante de este fallo sea quizás los efectos que despliega la incertidumbre real sobre la prueba y acreditación de la representatividad del lado empresarial en los convenios sectoriales. Un tema histórico, el flanco más débil del modelo legal de negociación<sup>8</sup>, que el legislador aún no ha decidido solventar y que queda en manos de una jurisprudencia vacilante que ha terminado por modificar algunas de las pautas legales. No en todos los temas, por consiguiente, se demuestra el mismo interés legal por garantizar las exigencias formales y materiales que supone la configuración del convenio colectivo como un instrumento normativo de eficacia general. Precisamente la razón que ampara, teóricamente, una intervención legislativa tan decisoria en un ámbito reservado a la autonomía colectiva.

## 2. LOS CRITERIOS LEGALES SOBRE LA LEGITIMACIÓN EMPRESARIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SUPRAEMPRESARIAL

Es sabido que, al igual que en la tramitación y aprobación de los textos legales se requiere acreditación de la representación que se ostenta, el convenio colectivo al que se dota al igual que a aquéllos de naturaleza normativa y, por consiguiente, de eficacia general, precisa una mínima correspondencia entre la representatividad que se ostenta y el ámbito al que se va a aplicar el convenio, lo que el legislador garantiza a través de la definición de la legitimación (arts. 87, 88 y 89 ET). El modelo legal está basado en tres principios de ordenación: de representatividad, de mayorías, de proporcionalidad<sup>9</sup>. Recuerda el TS, en esta sentencia de 20 de junio de 2006, que

<sup>8</sup> Denunciado por numerosas sentencias. SOLANS LATRE, M.A., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*. Ed. MTAS. Madrid, 2004, pág. 175.

<sup>9</sup> MERINO SEGOVIA, A., *La Legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia general*. Ed. Bomarzo. Albacete, 2005, pág. 10.



es criterio de la Sala de lo Social, afirmar que la «legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios y la representatividad justificativa de tal regulación vienen reguladas en el ET y en la LOLS en forma de derecho necesario, de forma que ni tan siquiera cabría su regulación en el propio convenio colectivo, que en su caso habría de calificarse de nula si contraria a aquellos preceptos o inútil si los reitera»<sup>10</sup>.

Y conocemos también que el legislador ordinario ha decidido no utilizar criterios idénticos para medir la representatividad sindical y empresarial<sup>11</sup>, o para definir los grados de la representatividad, como tampoco lo ha hecho para precisar las legitimaciones respectivas (basadas en la representatividad) en el ámbito de la negociación estatutaria. Ni la fórmula constitucional ni la interpretación que se ha hecho de la misma, con algunas vacilaciones, han identificado el asociacionismo empresarial y la libertad sindical<sup>12</sup>, por lo que quedan plenamente justificadas las diferencias de tratamiento entre organizaciones patronales y sindicatos y la posible utilización de criterios diferentes para medir o calificar una y otra representatividad.

Sin embargo, no es nuevo en nuestra doctrina ni en nuestra jurisprudencia el asentimiento unánime al relevante papel que el texto constitucional otorga a las asociaciones empresariales, si quiera sea como interlocutoras de las organizaciones sindicales. El fundamental art. 7, pero también el art.

<sup>10</sup> Fund. Der. 1er. párr.

<sup>11</sup> La crítica doctrinal frecuente apunta al abandono de la institución de la mayor representatividad empresarial por parte del legislador, frente a la articulación de un régimen jurídico completo de la mayor representatividad sindical, que define la posición jurídica del sindicato. El legislador, en el primer caso, se ha limitado a cubrir algunos aspectos de la representación empresarial mediante preceptos dispersos y aislados, como son la Disp. Adic. 6.ª y los preceptos reguladores de la legitimación empresarial para la negociación. Una crítica completa: CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad y la mayor representatividad de las Asociaciones Empresariales». *REDT*, 2003, núm. 18, págs. 589 y ss.

<sup>12</sup> Hay que esperar a la STC 52/1992, de 8 de abril, para que el TC resuelva el margen de incertidumbre en el que permanecía el derecho de asociación empresarial, entendido en ocasiones como manifestación de la libertad de sindicación (que es lo que sucede en los convenios internacionales que tenemos suscritos, en la referencia legislativa de la Disp. Derog. de la LOLS y en algunos fallos anteriores del propio TC). A partir de la STC 52/1992, aunque el planteamiento ya se había realizado con anterioridad en el auto 113/1984, de 22 de febrero, el TC insiste en que el de libertad sindical es un derecho predicable en exclusiva de los trabajadores y sus organizaciones, sin que pueda incluirse en el mismo el asociacionismo empresarial, que es una manifestación más del genérico derecho de asociación del art. 22 CE. En fallos posteriores se atenúan las consecuencias de esta tajante diferenciación cuando se admite que el legislador establezca un tratamiento simétrico. CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales, su exclusión del derecho de libertad sindical y su representatividad. Los diferentes sistemas de medición de la representatividad empresarial y sindical». *REDT*, 1993, núm. 58, págs. 237-242.

37 y el propio art. 28 CE son el soporte de ese protagonismo empresarial en el ámbito de las relaciones laborales<sup>13</sup>. No podía ser de otra manera, desde el primer momento, por tanto, nuestro TC avaló la homologación de la actuación de asociaciones empresariales y sindicales, tal como vienen estableciéndolo las sucesivas intervenciones legales. Así sucedió con la revisión de constitucionalidad de la Disposición Adicional 6.<sup>a</sup> ET<sup>14</sup>, tras la reforma de 1984. La regulación de dicha Disposición venía a «homologar» (que no a identificar los criterios) «la representación de las asociaciones empresariales a los sindicatos, confiriendo a aquéllas algunas de las facultades de acción de éstos precisas para la configuración y el desarrollo del sistema de relaciones laborales según la lógica de la contraposición de intereses y de su defensa a través de medios de negociación y confrontación o conflicto entre los grupos antagónicos»<sup>15</sup>. Las decisiones sobre la constitucionalidad de la mayor representatividad y la capacidad ampliada, aunque referidas en su inmensa mayoría a las organizaciones sindicales, donde la competencia (y por tanto la litigiosidad) es mayor<sup>16</sup>, han terminado desplegando sus efectos sobre las asociaciones empresariales, siendo consecuen-

<sup>13</sup> CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad...», cit., pág. 584.

STC 3/1981, de 2 de febrero, que de pasada cita la «relevancia constitucional de las asociaciones empresariales»; STC 75/1992, de 14 de mayo; STC 57/1989, de 16 de marzo.

Una opción clara del TC desde los primeros momentos que confirma la negativa a admitir que la especial y singular «relevancia constitucional» de las asociaciones empresariales sea extensible a «otros entes asociativos representativos de intereses profesionales y económicos» también amparados en el genérico derecho constitucional de asociación pero con los que se mantienen diferencias sustanciales. CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., pág. 230. Cita de la jurisprudencia constitucional: CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad...», cit., págs. 588-589.

Sobre el concepto de asociación empresarial al que se refieren las normas sobre legitimación del ET: sólo las asociaciones constituidas al amparo de la LAS de 1977, no las acogidas al régimen general de asociaciones; tampoco las coaliciones de asociaciones; ni las empresas individuales; no bastando la representación atribuida de forma expresa, sino la afiliación a la asociación; *vid.* SOLANS LATRE, M.A., *El ejercicio de la legitimación...*, págs. 172-175; ESTEVE SEGARRA, A., *Las Asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*. Ed. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2003, págs. 50 y ss. y 62 y ss.

<sup>14</sup> Referida a la mayor representatividad de las asociaciones empresariales a efectos de participación institucional y de cesión de bienes inmuebles.

<sup>15</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., págs. 229-231.

<sup>16</sup> Más allá del elemento estrictamente jurídico, se ha señalado que existen otras claves propias del asociacionismo empresarial más influyentes a la hora de determinar la menor atención al fenómeno del asociacionismo empresarial: la fuerte tendencia hacia la unidad organizativa con muy escasa disparidad de intereses en su seno; una más fácil estructuración organizativa, al tratarse de entidades que agrupan a un menor número de sujetos; ausencia de elementos ideológicos de contraste en la defensa de los intereses internos de las respectivas organizaciones empresariales. Así lo apunta CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial...», cit., págs. 182-183.

cia del tratamiento homologado que las asociaciones de ambos bandos han recibido del legislador y que han sido avaladas por la doctrina del TC<sup>17</sup>.

Tras este primer paso hay una segunda sentencia decisiva, la STC 52/1992, de 8 de abril. Aquí el TC «no cuestionó la legitimidad constitucional del sistema legal de mayor representatividad empresarial ni de sus beneficios»; por el contrario, además de convalidar la diferencia de tratamiento con las organizaciones sindicales (remitiendo la regulación de la representatividad empresarial a un mero problema de legalidad ordinaria)<sup>18</sup>, «estableció el fundamento o base constitucional de los derechos de libre organización, representación y defensa de los intereses de los empresarios». Limitándose a objetar y veladamente a censurar las insuficiencias de los criterios elegidos por el legislador para medir y para «atribuir con objetividad y fiabilidad representativa a las asociaciones empresariales»<sup>19</sup>.

Desde entonces la situación sigue siendo la misma. Si se pretende la celebración de un convenio colectivo supraempresarial dotado de eficacia general, de los privilegiados por el legislador, que es el caso que contempla la sentencia que comentamos (convenio sectorial), además de los requisitos procedimentales de negociación, hay que cumplir con las exigencias de legitimación que establece el ET. Éstas tienen por finalidad garantizar la representatividad de los firmantes en el ámbito del convenio pretendido. Será, por consiguiente, condición indispensable poder acreditar de manera fiable la representatividad que se ostenta para la negociación. Dos momentos diferenciados, pero que deben ser superados para optar a la calificación del convenio como estatutario. El legislador ha dado satisfactorio cumplimiento, con más o menos dudas interpretativas, al primero de ellos, pero sigue sin predisponer los cauces necesarios para la acreditación y prueba de la representatividad empresarial, por lo que sigue rodeada de incertidumbre la definición de la legitimación empresarial en los convenios de ámbito superior a la empresa.

Desde la última reforma de 1994, la regulación de la legitimación de los empresarios, que es el conflicto que se plantea en la sentencia que comentamos, ha recibido críticas favorables, por poder considerarse clara y coherente y por acercarse a la mayor representatividad real<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., págs. 230 y 239.

<sup>18</sup> Esta doctrina, sería inmediatamente suavizada a partir de la STC 75/1992, de 14 de mayo, donde el Tribunal mantiene la «análoga relevancia constitucional» de asociaciones empresariales y sindicales.

<sup>19</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., pág. 230.

<sup>20</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., «Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva», en CASAS BAAMONDE, M.E., y VALDÉS DAL-RÉ, F., *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. La Ley. Madrid, 1994, págs. 265 y ss.

El ET define en tres momentos sucesivos la legitimación empresarial requerida para los convenios supraempresariales. La que conocemos como legitimación inicial o negociadora (interviniente, para otros); a ella alude el art. 87.3 ET, refiriéndose a las «asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por ciento de los empresarios, en el sentido del art. 1.2, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados». La opción normativa lo ha sido por el doble criterio afiliativo y ocupacional, como fórmula para determinar la representatividad empresarial en la unidad negociadora supraempresarial correspondiente. Acumulativamente, como umbral mínimo para tener derecho a estar presente en la negociación, la norma estatutaria exige que se acredite el criterio afiliativo del 10 por ciento; es decir, que la asociación empresarial agrupe (afilie) al menos a un 10 por ciento de las empresas, siendo indispensable que se refiera a empresas que tengan trabajadores a su servicio, como se desprende de la remisión al art. 1.2 ET<sup>21</sup>; en segundo lugar, dar cumplimiento al criterio ocupacional, en este caso la exigencia se refiere a que la asociación empresarial represente a empresas afiliadas que ocupen al menos a un 10 por ciento de los trabajadores a los que se aplicará el convenio<sup>22</sup>. Este doble umbral afiliativo y ocupacional debe superarse por cada asociación empresarial para verificar su legitimidad<sup>23</sup>; y la base del cómputo viene referida, por un lado, a todo el territorio de aplicación del convenio; y de otro lado, exclusivamente al sector o rama de actividad de dicho convenio<sup>24</sup>.

Si el convenio es estatal, el art. 87.4 ET da cabida a las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma (por remisión a lo dispuesto en la Disp. Adic. 6.ª ET); es de decir, las asociaciones que en dicho ámbito cuenten con un 15 por ciento de los empresarios y trabajadores y no formen par-

<sup>21</sup> STS de 4 de febrero de 1998 (RJ 1998\1438).

<sup>22</sup> A la hora de medir el porcentaje debe hacerse sobre el total de empresas del sector que ocupen trabajadores, sin tomar en consideración las restantes. ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., pág. 97; SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., pág. 171.

No resulta exigible, sin embargo, que para el cómputo sean excluidas las empresas que individualmente no superen el umbral del 10 por ciento de los trabajadores a los que hipotéticamente se les aplicará el convenio. CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad...», cit., pág. 599.

<sup>23</sup> STS de 25 de mayo de 1996 (RJ 1996\4674. Fund. Der. Tercero).

LAHERA FORTEZA, J., «Prueba de la legitimación empresarial en la negociación colectiva sectorial de eficacia general. (Comentario a la STS 4.ª de 7 de julio de 2004). *RL*, 2005, T I, págs. 673-674.

<sup>24</sup> Tal y como viene afirmando nuestra jurisprudencia: MERINO SEGOVIA, A., «La Legitimación para negociar convenios colectivos...», cit., págs. 49 y 51.

te de federaciones o confederaciones de ámbito estatal<sup>25</sup>. Con ella la norma fija el umbral mínimo de representatividad de las asociaciones empresariales que tienen y pueden (si lo desean) ejercer su derecho a negociar. No es un aspecto que se plantee en el supuesto litigioso que comentamos.

El art. 88.1.2.º ET impone, para la válida constitución de la mesa negociadora, lo que se conoce como legitimación plena (ampliada, adicional o deliberante)<sup>26</sup>, que el banco empresarial (con independencia del número de empresarios representados, con el límite claro está del requerido por la legitimación inicial) esté integrado por los empresarios que empleen, al menos, a la mayoría de los trabajadores que van a verse afectados por el convenio. Aquí la Ley prescinde del doble criterio y se decanta en exclusiva por el ocupacional, situando el umbral mínimo de representatividad para la negociación válida cuando las asociaciones sentadas a la mesa ocupen al menos a la mitad más uno de los trabajadores a los que se les vaya a aplicar el convenio<sup>27</sup>. A diferencia del supuesto anterior, aquí la representatividad se exige para el conjunto de las asociaciones y no para cada una de las integrantes de la mesa negociadora<sup>28</sup>. A su vez, el precepto citado fija el principio de proporcionalidad representativa en el reparto de los puestos del banco empresarial<sup>29</sup>. Es una solución armonizada con la fórmula —por mayo-

<sup>25</sup> No sin imprecisiones, porque los criterios de medición de la representatividad en el caso del art. 87.4 y la Disp. Adic. 6.ª ET no son idénticos. En el primero, las empresas a considerar para el cómputo son las que empleen trabajadores; cosa que no requiere expresamente la norma en el segundo caso. Como tampoco existe identidad a la hora de considerar si la representación ha de ostentarse sólo en el sector funcional del convenio (art. 87.4) o en el ámbito de la CC.AA. en los distintos sectores (Disp. Adic. 6.ª). Vid. sobre el tema: CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad...», cit., págs. 593 y 601-602, y las críticas doctrinales, págs. 602-603.

<sup>26</sup> Términos equivalentes a los que se refiere: MERINO SEGOVIA, A., «La Legitimación para negociar convenios colectivos...», cit., pág. 68.

<sup>27</sup> Destacando el cambio de criterio tras la reforma de 1994, STS de 24 de marzo de 1995 (RJ 1995\2183). Fund. Der. Segundo.

No obstante, surgen algunas dudas interpretativas: SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 198-199; MERINO SEGOVIA, A., «La legitimación para negociar...», cit., págs. 72-74.

<sup>28</sup> STS de 25 de mayo de 1996 (RJ 1996\4674). Funds. Der. Primero y Tercero.

<sup>29</sup> Se han suscitado dudas doctrinales sobre la «representatividad» a la que se aplica el criterio de proporcionalidad exigido por el art. 88 ET, si viene referida a la inicial, debiendo respetarse el doble criterio afiliativo y ocupacional o simplemente hay que considerar el número de trabajadores empleados. VALDÉS DAL-RÉ, F., «La reforma de las reglas de legitimación negocia (II)». *RL*, 1994, núm. 9, págs. 9-10.

Parece lo más lógico pensar que si los tres momentos de la legitimación negocial son sucesivos e independientes, como demuestra la imposibilidad de subsanación posterior; los requisitos y umbrales de representatividad, que también son distintos (y decrecientes) en cada uno de los tres momentos negociales, hayan de permanecer amparados por la misma indepen-

ría de las representaciones— que establece el art. 89 para la adopción válida de acuerdos y, en definitiva, del convenio<sup>30</sup>.

Por último, el art. 89.3 ET (legitimación plena o decisoria) obliga a que los acuerdos se adopten por mayoría de cada una de las representaciones de la comisión negociadora, empresarial y sindical. Es mayoritaria la opinión de que la mayoría está referida a la absoluta, que ha de obtenerse por cada uno de los bancos<sup>31</sup>.

El contraste de las sentencias que resuelven este conflicto deja ver una falta de sintonía entre una y otra. Para la Audiencia Nacional la cuestión a resolver estriba en dilucidar si existe legitimación inicial y/o decisoria (o final) por parte de la asociación patronal firmante el convenio; en definitiva, si se han respetado las reglas previstas en los arts. 87 y 89 ET<sup>32</sup>; para el Tribunal Supremo, por el contrario, el objeto del litigio se circunscribe a decidir sobre la legitimación plena, fallando que se entiende incumplido el requisito de que la comisión negociadora esté integrada por empresarios que ocupen a la mayoría de trabajadores (50% es la exigencia que fija el TS) a los que se extenderá el convenio (art. 88 ET)<sup>33</sup>. En contra de toda interpretación realizada hasta el momento, las reglas de legitimación legal en estas sentencias no se interpretan como exigencias sucesivas y excluyentes, sino de forma conjunta. En realidad, los Tribunales implicados lo que hacen es concluir sobre la ausencia de legitimación por falta de representatividad ate-

---

dencia. Es pensable pues que el legislador cuando se refiere al principio de proporcionalidad para distribuir los puestos de los bancos negociadores esté pensando en una distribución proporcional de los mismos según la representatividad requerida y acumulada para formar parte de la mesa negociadora y no en utilizar criterios diferentes para fijar el umbral mínimo (ocupar a la mayoría de trabajadores) y para distribuir los puestos. Sobre el tema: SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 200 y ss.

<sup>30</sup> En cualquier caso, no es proporcionalidad estricta y depende de la decisión de los negociadores, lo que terminará repercutiendo en el modo de cómputo para la obtención válida de acuerdos y para la firma del convenio. ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 124 y ss; LLEÓ CASANOVA, B., «La composición, la designación de componentes y la adopción de acuerdos en la comisión negociadora del convenio colectivo», en Pérez de los Cobos y Goerlich Peset (coors.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2006, págs. 2-3. [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) (Ref. TOL1.021.544).

<sup>31</sup> Aunque también en esta ocasión son muchos los problemas de interpretación que se suscitan, con una jurisprudencia oscilante. MERINO SEGOVIA, A., «La legitimación para negociar...», cit., págs. 80-83.

<sup>32</sup> Fund. Der. Tercero.

<sup>33</sup> Fund. Der. Cuarto, 6. Aunque también se refiere a la ausencia de legitimación inicial por cuanto que valora como insuficiente el número de empresas asociadas a la patronal que negoció (ASEDAS): 412 de las 22.022 empresas que integraban el ámbito propio del convenio colectivo.

niéndose a datos inciertos y buscando el soporte probatorio allá donde se encuentre. Eso explicaría que, sin resolver la legitimación inicial, se decida sobre la falta de legitimación decisoria o final, por parte de la Audiencia Nacional, o sobre la falta de legitimación plena, por parte del Tribunal Supremo<sup>34</sup>. Cuando es lo cierto que la infracción de las reglas de legitimación en los tres momentos diferenciados del proceso negociador no despliega los mismos efectos sobre la calificación del convenio como simple convenio extraestatutario o aquejado de nulidad, según nuestros Tribunales (aunque sin ser rigurosos en las distinciones) y algunas opiniones doctrinales.

### 3. LA INDEFINICIÓN DE HECHO DE LA LEGITIMACIÓN EMPRESARIAL: UNA DEFICIENCIA HISTÓRICA

Hace más de una década se puso de manifiesto que la jurisprudencia ordinaria mostraba una creciente conflictividad sobre la representatividad de las asociaciones empresariales<sup>35</sup>. Esa litigiosidad se incrementa día a día, sobre todo porque existe un mayor interés en negociar desde que el convenio asumió su nuevo papel como instrumento de flexibilización<sup>36</sup>.

Desde fecha más temprana aún se destacaban las insuficiencias de la regulación legal del sistema de representatividad del lado empresarial<sup>37</sup>, y se ponía el acento en la pretensión de subsanarlas mediante la afirmación de lo que no era y no es sino una «virtual unidad organizativa empresarial»<sup>38</sup>.

Pero de lo que en realidad se carece total y absolutamente es de instrumentos o medios de medición de la representatividad del asociacionismo empresarial y ningún control sobre la misma. Nos encontramos ante una representatividad que por disposición legal está basada en la implantación cuando el porcentaje de afiliación depende de la acreditación por parte de

<sup>34</sup> Aunque el propio TS tiene afirmado que el diferente cómputo del art. 88 ET no invalida el del art. 87.3 ET, sino que exige su concurrencia inicial: STS de 25 de mayo de 1996 (AR 1996\4674. Fund. Der. Tercero).

<sup>35</sup> «Sujetos asociativos plurales y concurrentes y con tamaños y ámbitos de actuación, funcionales y territoriales, diferenciados...». CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., pág. 231 y nota 8.

<sup>36</sup> ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 18-19.

<sup>37</sup> GARCÍA MURCIA, J., *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*. Ed. MTSS. Madrid, 1987, págs. 124 y 135-136.

<sup>38</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., pág. 231. A la insegura garantía de la representatividad empresarial se refiere SOLANS LATRE, M.A., *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria. Partes negociadoras y procedimiento negociador*. Ed. CES. Madrid, 2003, págs. 201 y ss.

la propia asociación<sup>39</sup>, lo que termina arrastrando consigo al porcentaje de trabajadores ocupados, que es el segundo criterio legal de medición de la representatividad. Falta fiabilidad y objetividad, en un país caracterizado por las bajas tasas de afiliación<sup>40</sup>. Al final del proceso, nuestros tribunales acaban suplantando al legislador en la definición de la representatividad empresarial, que se convierte en una representación «presumida» o «notoria»<sup>41</sup>, y en ocasiones de conflicto en una difícil cuestión probatoria (muy mal resuelta por nuestros tribunales, de lo que constituye un buen ejemplo no aislado la STS que analizamos); o contradiciendo abiertamente las directrices legales, al terminar por extender para el asociacionismo empresarial el criterio de la irradiación<sup>42</sup>. Como reiteradamente se ha señalado, puede que el vacío legal en torno a la acreditación de la representatividad empresarial sea intencionado. Los criterios para medir la representatividad patronal a buen seguro pondrían en evidencia la absoluta debilidad y falta de legitimidad de las asociaciones empresariales<sup>43</sup>. Nadie, ni los poderes públicos ni los sindicatos, tienen interés en quedarse sin interlocutor; ni un sector de la doctrina en poner en cuestión una solución pragmática que ha demostrado hacer funcionar el sistema. Y eso basta<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> No sorprenderá que resulten sobredimensionados. ESTEVE SEGARRA, A., «Las asociaciones empresariales...», cit., pág. 98.

<sup>40</sup> GARCÍA MURCIA, J., «Organizaciones sindicales y empresariales más representativas...», cit., pág. 134; ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 21-22

<sup>41</sup> Reconocimiento mutuo; incluso ha bastado el acuerdo de las asociaciones atribuyéndose mutuamente el porcentaje de representatividad. Vid. SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 175-178; ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 101 y ss.

Ante la falta de desarrollo legal se solicitó al TC su pronunciamiento sobre el criterio de la notoriedad, cosa que evitó en la conocida STC 52/1992. CASAS BAAMONDE, M.E., «Las asociaciones empresariales...», cit., págs. 233 y 236-237.

<sup>42</sup> GARCÍA MURCIA, J., «Organizaciones sindicales y empresariales más representativas...», cit., págs. 137-138; CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad y la mayor representatividad...», cit., pág. 593; negando la posibilidad de la irradiación, aunque se da una traslación de hecho a las asociaciones empresariales: SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 174-175 y 177. Según este último autor, ello da lugar a que CEOE-CEPYME disfrute en la práctica de una legitimación negociadora automática en todos los niveles (loc. cit., pág. 179).

<sup>43</sup> Es posible que no se discuta el nivel de representatividad estatal de la CEOE, pero desde luego los problemas aparecen en los ámbitos territoriales y funcionales inferiores. Ese monopolio o primacía de asociaciones empresariales virtualmente representativas, que, aunque se critique, termina justificándose por la inexistencia de alternativas reales a la CEOE, encuentra dificultades para ajustarse a la doctrina del Comité de Libertad sindical de la OIT y a la propia de nuestro TC. ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 21-23; 81-83 y 93.

<sup>44</sup> Eso hace que el criterio legal se convierta en puramente formal, aunque se haga ineludible afirmar que se precisa el reconocimiento de una capacidad representativa *erga omnes*



La STS que aquí comentamos se ajusta plenamente al consolidado criterio jurisprudencial arbitrado para salvar la laguna legal de la acreditación de la representatividad empresarial. Ante la falta de desarrollo de lo dispuesto en la Disposición Final Primera, 2 LOLS y de la Disposición Final Tercera ET, nuestros Tribunales han optado por la técnica de la presunción de representatividad. Recopilando abundancia de jurisprudencia anterior, el TS en esta sentencia afirma que «se presume que quienes participan en la negociación y conclusión de un convenio colectivo tienen representatividad suficiente, mientras que quienes impugnan la legalidad de los actos de negociación pueden hacerlo desde luego por las vías jurisdiccionales previstas a tal efecto, pero soportan la carga de la prueba tanto de su propia condición representativa<sup>45</sup> como de la falta de representatividad de quienes participan o han participado en la negociación colectiva impugnada. Y en apoyo de tal doctrina se argumenta el reconocimiento mutuo de los interlocutores en el momento inicial de la elaboración del convenio, trámite indicativo de que en la mesa de negociaciones se ha apreciado por unos y otros sin necesidad de demostración expresa, por ser notoria o al menos sobradamente conocida, la superación de la representatividad mínima exigida por la ley; y —sobre todo— que la justificación del nivel de representatividad de las asociaciones empresariales ofrece serias dificultades en la mayoría de las ocasiones pues... ni se celebran elecciones a representantes ni existe un archivo público —oficina certificante— capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad de una determinada asociación empresarial... De esta forma, los requisitos de legitimación de los convenios estatutarios se entienden cumplidos *iuris tantum* en aquellos convenios colectivos que han pasado sin obstáculos la tramitación administrativa del art. 90 ET»<sup>46</sup>.

---

para que las asociaciones empresariales puedan actuar como interlocutores de los poderes públicos y de los representantes de los trabajadores, lo que necesariamente ha de conducir al establecimiento de reglas jurídicas de selección de en razón de la mayor o menor representatividad. CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial...», cit., págs. 185-187.

<sup>45</sup> En el supuesto de hecho, aunque existe concurrencia de negociaciones, el Tribunal no se pronuncia sobre la cuestión de la ausencia de acreditación de la representatividad que ostentan las asociaciones patronales impugnantes. No es necesario en todos los casos, e irrelevante para el supuesto tratado, porque las partes no impugnan el convenio firmado en base a la violación de su derecho a la negociación, sino que reclamen exclusivamente la declaración como convenio extraestatutario del suscrito, sin que exista impedimento procesal para ello. A la misma situación queda relegada la negociación paralela iniciada por una de las asociaciones recurrentes.

<sup>46</sup> Fund. Der. Cuarto, 5 STS de 20 de junio de 2006. Fund. Der. Tercero B) SAN de 5 de octubre de 2004.

En el mismo sentido, vid: LAHERA FORTEZA, J., «Prueba de la legitimación empresarial...», cit., págs. 674-675.

Pero, como bien ha puesto de manifiesto algún sector de nuestra doctrina, la duda que no despejan nuestros Tribunales es cómo se puede funcionar con unos medios de prueba que, para demandantes y demandados, adolecen de la misma imprecisión y falta de fiabilidad. El problema no está en presumir la representatividad de una determinada asociación e imponer la carga de la prueba a otra; el problema insalvable está en decidir sobre la idoneidad y el valor probatorio de los medios que se aporten para destruir la presunción y para demostrarla<sup>47</sup>, cuando ninguno de los existentes o posibles aporta un grado de certeza suficiente<sup>48</sup>.

De lo expuesto, es fiel reflejo la argumentación del TS en esta sentencia de 20 de junio de 2006. Del *iter* del procedimiento se deduce una evidente incertidumbre sobre los datos manejados y aportados para contrastar la representatividad de las asociaciones patronales implicadas. Respecto de la asociación empresarial que negocia y firma el convenio (ASEDAS), la propia Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, que ordena la inscripción del Acuerdo colectivo, manifiesta su desconocimiento sobre el número de empresas afectadas por el Acuerdo<sup>49</sup>. El TS reconoce que en la SAN recurrida se parte de la base de «imprecisiones relativas al número de empresas y trabajadores afectados por el acuerdo impugnado». Las conclusiones fácticas, no obstante, se apoyan en un informe del Consejo de Cámaras de Comercio, en la información librada por la Agencia Estatal Tributaria y en la prueba documental aportada por la propia ASEDAS y no contradicha por otra prueba<sup>50</sup>.

La asociación empresarial demandada (ASEDAS) pretende en casación la modificación del relato fáctico en lo relativo a los trabajadores afectados en virtud de los datos obtenidos de la «Encuesta de Población Activa, en relación con la Clasificación Nacional de Actividades Económicas..., elaboradas ambas por el Instituto Nacional de Estadística (INE)»<sup>51</sup>. El TS, sin

<sup>47</sup> *Vid.*, sobre un supuesto similar y en el mismo sentido, la STS de 7 de julio de 2004, comentada por LAHERA FORTEZA, J., «Prueba de la legitimación empresarial...», cit., págs. 676-677. El autor termina por concluir que, al menos, podría asumirse legalmente lo que es práctica judicial y negocial.

<sup>48</sup> Sobre la necesidad de depurar los censos administrativos, por ejemplo los de la TGSS, donde aparecen todas las empresas inscritas, no sólo las empleadoras: SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., pág. 171. GARCÍA MURCIA, J., «Organizaciones sindicales...», cit., págs. 134 y ss; ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 98 y ss.

<sup>49</sup> Fund. Der. Tercero, SAN de 5 de octubre de 2004.

<sup>50</sup> Fund. Der. Tercero, 2, STS de 20 de junio de 2006.

<sup>51</sup> Fund. Der. Segundo, 3, STS de 20 de junio de 2006. Como señala GARCÍA MURCIA, J., la única referencia contenida en el ET (Disp. Final 2) atribuye al INE la competencia para la elaboración del censo de empresas y trabajadores. («Organizaciones sindicales...», cit., pág. 135.

embargo, desestima la pretensión porque es insuficiente la alegación de la demandada al tratar de descalificar el informe de la Agencia Estatal Tributaria acusándolo de falta de rigor e inidoneidad probatoria. Lo más interesante en la argumentación del TS es que, reclamando la doctrina consolidada de este Tribunal, entiende que la «la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa»<sup>52</sup>, que es la que concurre en el caso debatido. Corroborando así la inexistencia de prueba de la representatividad de la asociación firmante del Acuerdo, tanto en un sentido positivo como negativo. Es, pues, la incertidumbre sobre el error en la fijación de los hechos por parte de la AN, la que determina la invariabilidad de los mismos en vía de recurso.

Nada habría que objetar a la decisión del TS si no es porque en lo que se refiere a los medios de prueba utilizados por las partes, por una y por otra en este procedimiento, han venido recibiendo distinta valoración de nuestros Tribunales. La doctrina es bastante homogénea a la hora de valorar críticamente los datos obtenidos de los distintos registros y administraciones públicas o de cualquiera otra fuente<sup>53</sup>. Ninguno de los medios de prueba existentes ofrece garantías de fiabilidad absoluta, sino que ofrecen cifras aproximativas<sup>54</sup>. Nuestros Tribunales, en los distintos litigios, no se han decantado por la elaboración de un catálogo exhaustivo y cerrado de medios probatorios ni han valorado en los mismos términos el valor acreditativo de las cifras ofrecidas por las distintas fuentes<sup>55</sup>. Es decir, que si la medición y acreditación de la representatividad en este litigio quedan fijadas por los informes emitidos por el Consejo de Cámaras de Comercio y por la Agencia Tributaria y se desprecian los ofrecidos por la Encuesta de Población Activa en relación con la Clasificación Nacional de Actividades Económicas; en otros procedimientos judiciales se invierte el valor probatorio de los mis-

<sup>52</sup> Fund. Der. Tercero, 2, STS de 20 de junio de 2006.

<sup>53</sup> Sobre los datos oficiales ofrecidos por Directorio Central de Empresas (DIRCE) y su posible disparidad con los ámbitos funcionales elegidos por los convenios: SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 178-179.

<sup>54</sup> CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad y la mayor representatividad...», cit., págs. 616-617.

<sup>55</sup> CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad y la mayor representatividad...», cit., págs. 618-619.

El TS no ha querido pronunciarse tajantemente sobre los distintos medios de prueba; la valoración debe realizarse sobre el conjunto de la prueba y de los medios de que se dispone. STS de 27 de febrero de 196 (RJ 1996\1510). ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., pág. 100. Sobre la jurisprudencia también: NORES TORRES, E., y RODRÍGUEZ PASTOR, G., «Las partes contratantes del convenio colectivo estatutario», en Pérez de los Cobos y Goerlich Peset (coors.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2006, pág. 25. [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) (Ref. TOL1.021.544).

mos<sup>56</sup>. Por tanto, es probable que el fallo no se hubiera visto alterado si los medios probatorios se hubieran invertido y los aportados en la demanda hubieran sido los que ha utilizado la parte demandada y al contrario.

La incertidumbre e inseguridad jurídica, tan reiteradamente denunciada por nuestra doctrina, queda patente en esta decisión del TS. Y con ello asegurada la debilitación del carácter de orden público, de indisponibilidad, de las reglas legales sobre negociación estatutaria, empezando por las principales, las de legitimación. Desarticulado, pues, el binomio fundamental que caracteriza el modelo legal de negociación colectiva y el que salva su constitucionalidad: representatividad de los negociadores y eficacia general o *erga omnes* del convenio. Por más que el TS en esta sentencia dedique gran parte de su argumentación, trayendo a colación su propia doctrina y la del TC, a afirmar el carácter de derecho necesario de la regulación legal de la negociación colectiva, en general; y de las reglas de legitimación negocial, en particular<sup>57</sup>, es un esfuerzo baldío. Estamos ante una fórmula retórica, vacía de contenido, basada en un presupuesto indemostrable o no acreditado, como es el de si se ostenta o no la representatividad que se afirma. Reducida a cenizas queda aquella lejana afirmación del TC, muchas veces vuelta a reproducir, de que la legítima opción legislativa del convenio de eficacia general explica las estrictas reglas sobre legitimación de los sujetos negociadores y la limitación de la autonomía de la voluntad; la indisponibilidad de las reglas sobre legitimación y sus efectos: convenios nulos, inoponibles frente a sindicatos terceros y violación del derecho de libertad sindical<sup>58</sup>. Como señala ESTEVE SEGARRA, no sólo la eficacia ha ganado la batalla a favor de la mayor representatividad en sistemas pluralistas considerados imposibles, sino que ha servido al Estado como una técnica de gestión colectiva de las relaciones de trabajo y una forma de control de las bases de las asociaciones más representativas, que ostentan, como sabemos, una representación institucional<sup>59</sup>.

El procedimiento se ciñe a dilucidar sobre la validez del convenio, por lo que resulta intrascendente que las asociaciones demandantes (ACES y FENEDA) no aporten prueba alguna de sus correspondientes representatividades y con ello quede en la incertidumbre su legitimación para negociar.

<sup>56</sup> La situación se agrava en la sentencia que comentamos porque el TS descarta la prueba documental aportada por el volumen de la misma. No entra a considerar el valor probatorio de la misma, afirmado en numerosas sentencias, sino lo inadecuado de que las partes pretendan que el TS realizase comprobaciones numéricas propias de peritos. Fund. Der. Tercero, 3, STS de 20 de junio de 2006.

<sup>57</sup> Fund. Der. Cuarto, STS de 20 de junio de 2006.

<sup>58</sup> Un resumen de la misma en MERINO SEGOVIA, A., «La Legitimación para negociar convenios colectivos...», cit., págs. 7-9.

<sup>59</sup> ESTEVE SEGARRA, A., «Las asociaciones empresariales...», cit., págs. 79 y ss.

Las citadas asociaciones no acreditan número de empresas asociadas ni tampoco volumen de trabajadores ocupados <sup>60</sup>.

El relato fáctico nos muestra el intento de incorporar tardíamente (y de forma harto confusa) al proceso de negociación a una de las asociaciones reclamantes. Lo que resulta completamente intrascendente, no ya porque, como sucede en el caso, el convenio estaba ya suscrito <sup>61</sup>, sino porque los requisitos de legitimación, en sus tres momentos, se han de acreditar y cumplir de modo sucesivo <sup>62</sup>, al inicio <sup>63</sup>, sin que los posibles defectos de legitimación sean subsanables a posteriori <sup>64</sup>. Cualquier incorporación posterior no desvirtuaría la naturaleza extraestatutaria del convenio (de eficacia limitada, por tanto) para mudarla en eficacia general, si se ha firmado ya el pacto, ni completaría los porcentajes de legitimación requeridos en el convenio estatutario (para negociar, para la válida composición de la mesa de negociación y para la firma de acuerdos).

#### 4. LA AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE EL CONVENIO

A veces se tiene la impresión de que no se han definido con precisión los efectos que despliega el incumplimiento de los trámites procedimentales previstos por la ley para la negociación estatutaria. Existen posiciones contradictorias en la doctrina <sup>65</sup> y jurisprudencia <sup>66</sup>. Es igualmente difícil clarificar las posturas y sus razones cuando se trata de decidir si el resultado es

<sup>60</sup> Hechos Probados Decimocuarto y Decimoquinto. SAN de 5 de octubre de 2004.

<sup>61</sup> Antec. Hec. Cuarto. STS de 20 de junio de 2006.

<sup>62</sup> Y según la jurisprudencia la legitimación posterior requiere la previa: MERINO SEGOVIA, A., «La Legitimación para negociar convenios colectivos...», cit., pág. 69.

<sup>63</sup> Así lo viene manteniendo la jurisprudencia, con la sola excepción de que el trámite de acreditación no sea necesario si no resulta discutida la representatividad y sí tácitamente aceptada. Vid. ESTEVE SEGARRA, A., «Las Asociaciones empresariales...», cit., págs. 96-97. Es al inicio de cada una de las fases cuando hay que demostrar la representatividad ostentada. Sin embargo, la jurisprudencia es más vacilante a la hora de valorar las alteraciones de representatividad durante las distintas fases del proceso negociador. Vid. MERINO SEGOVIA, A., «La Legitimación para negociar convenios colectivos...», cit., págs. 48-49 y 70 y ss.

<sup>64</sup> CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad...», cit., págs. 607 y 620.

<sup>65</sup> Con referencia también a las posiciones jurisprudenciales: CAIRÓS BARRETO, D.M., «La representatividad y la mayor representatividad...», cit., págs. 606-608; MERINO SEGOVIA, A., «La legitimación para negociar...», cit., págs. 74-76.

<sup>66</sup> En las Sentencias que venimos comentando, tanto la AN como el TS, descartan la declaración de nulidad del convenio y optan el carácter extraestatutario del mismo. Sin embargo, en otros pronunciamientos se emiten declaraciones dispares: SOLANS LATRE, M.A., «El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 210-213.



el mismo con independencia del incumplimiento de la legalidad que se produzca o si se diversifican las consecuencias jurídicas.

Parece un argumento de pura lógica concluir que si las reglas estatutarias sobre negociación colectiva son de orden público, como conviene al procedimiento de elaboración de una fuente normativa, los distintos incumplimientos han de tener como sanción jurídica la de la nulidad de la disposición (del convenio, en este caso). Cuando hablamos de ausencia de legitimación el argumento de la nulidad parece cobrar más fuerza porque se trae a colación la armonización indispensable del principio de representatividad y la eficacia general que despliega el convenio normativo<sup>67</sup>. Sin embargo, como sucede en la sentencia que comentamos, la calificación que merece el resultado de esa negociación ilegal es la de convenio extraestatutario. No se le expulsa del ordenamiento jurídico (no basta por tanto con afirmar que estaríamos ante un convenio extraestatutario nulo, salvo que también estemos dispuestos a modificar el concepto nulidad, acuñando uno estrictamente laboral) pero se degrada su naturaleza, podríamos decir, deja de ser una fuente normativa para encajar entre las fuentes de las obligaciones; bien es verdad que también en esta ocasión con una solución muy particular, jerarquizándolo con respecto al contrato. Ninguna de las soluciones encuentra refrendo en la teoría general de las fuentes.

Estas «anómalas» soluciones «laborales», sin embargo, son difícilmente discutibles si se quieren salvar las dudas de constitucionalidad que acarrearía un planteamiento distinto. Empezamos este comentario refiriéndonos al doble modelo de negociación que se ha impuesto en nuestro país como consecuencia de la interpretación mantenida por el TC para solventar la constitucionalidad del restrictivo desarrollo legal del derecho a la negociación colectiva, y es necesario retomar ahora esas consideraciones para concluir sobre los efectos que debe desplegar sobre el convenio el incumplimiento de los trámites legales previstos en la negociación estatutaria. Probablemente la solución no pueda ser otra que la de afirmar que ninguno de los defectos que aquejen a la negociación o al convenio podrían tener como consecuencia la nulidad del mismo, salvo alguna excepción en la que resulte afectada la libertad sindical<sup>68</sup>. Que el incumplimiento que da lugar a la degradación del convenio sea imputable al banco social o empresarial, o a ambos conjuntamente, es completamente irrelevante: no estaríamos ante un

<sup>67</sup> Por la nulidad parece optar SOLANS LATRE, M.A., aunque en otras ocasiones se pronuncia por el carácter extraestatutario del convenio si falta *quorum* («El ejercicio de la legitimación...», cit., págs. 178 y 207).

<sup>68</sup> Por ejemplo, en el caso de que un sindicato legitimado para negociar, y queriendo participar, fuera excluido de la negociación. La solución contraria: «nulo como extraestatutario», en NORES TORRES, E., y RODRÍGUEZ PASTOR, G., «Las partes contratantes del convenio...», cit., pág. 23.

convenio estatutario pero sí ante un convenio o negociación extraestatutarios<sup>69</sup>. De otro modo, podrían entenderse lesionados el derecho y la libertad de negociación que impone el art. 37.1 CE y que, recordemos, reviste el carácter de contenido esencial del derecho de libertad sindical que ampara por igual a cualquier sindicato. Si el convenio no es estatutario no hay convenio, es una solución de difícil armonización con el contenido del art. 28.1 CE, pero también con el contenido del art. 37.1 CE tal como lo viene interpretando nuestro TC<sup>70</sup>, al tener declarado que existe un ámbito de negociación colectiva garantizado constitucionalmente más amplio que el desarrollado legalmente y que escapa y permanece inmune a las rígidas reglas estatutarias, caracterizado por la reserva de un ámbito de libertad que, entre otras cuestiones, garantiza la libertad de elección de los interlocutores.

<sup>69</sup> Pese al tenor literal del art. 90.1 ET, que sólo puede venir referido a los convenios estatutarios. Los distintos argumentos cuando existe incumplimiento de forma: FERNÁNDEZ ARTIACH, P. y LALAGUNA HOLZWARH, E., «Artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores: validez del convenio colectivo», en Pérez de los Cobos y Goerlich Peset (coors.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2006, págs. 2-3. [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) (Ref. TOL1.021.544). Sobre los efectos del incumplimiento de las garantías legales de legitimación y de procedimiento negociador y las distintas tesis: SOLANS LATRE, M.A., «Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria...», cit., págs. 313 y ss.

<sup>70</sup> STC 73/1984, de 27 de junio; 58/1985, de 30 de abril, 98/1985, de 29 de julio, 108/1989, de 8 de junio.



## PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL

Universidad de Córdoba

# EMPRESA Y EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO: DERECHOS INDEMNIZATORIOS DE LOS EXCEDENTES VOLUNTARIOS

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2006*

M.<sup>a</sup> LUISA RODRÍGUEZ COPÉ \*

**SUPUESTO DE HECHO:** El actor venía prestando servicios para Minas de Riotinto, S.A. con antigüedad de 6 de junio de 1996. El 21 de marzo de 2003, la Delegación de Empleo y Desarrollo Tecnológico de Huelva autorizó la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por dicho expediente, entre los que se encontraba el demandante, reconociéndoles el derecho a percibir la indemnización del artículo 51.8 ET. Al encontrarse el demandante en situación de excedencia voluntaria y prestando servicios para otra empresa desde el 20 de abril de 2001, Minas de Riotinto, S.A. no hizo abono de la referida indemnización. Al no prosperar el acto de conciliación previa, el trabajador en excedencia interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Huelva, reclamando el derecho a percibir la indemnización por extinción de su contrato de trabajo. Demanda que fue desestimada por el Tribunal en sentencia de 23 de junio de 2004.

Contra la citada sentencia, el afectado interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dictó sentencia en fecha de 5 de mayo de 2005, estimando el recurso y, en consecuencia, revocando la sentencia de instancia y declarando el derecho

\* Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba.



del demandante al percibo de la cuantía indemnizatoria correspondiente (4.766 euros) y, por ende, condenando a la empresa demandada al pago de la citada cantidad.

En nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

**RESUMEN:** El Alto Tribunal, en sentencia de 21 de octubre de 2006 declarará que la sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrina y debe ser por ello casada y anulada y resuelve el debate planteado en suplicación con pronunciamiento desestimatorio del recurso interpuesto y la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia.

### ÍNDICE

#### PLANTEAMIENTO PREVIO

1. EXCEDENCIAS *VERSUS* SUSPENSIONES: PUNTO CLAVE EN LOS RAZONAMIENTOS DEL FALLO
  - 1.1. La reserva de puesto de trabajo
  - 1.2. Las causas o motivos de acceso a la excedencia voluntaria
2. INCLUSIÓN DEL EXCEDENTE VOLUNTARIO EN EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO
3. NOTA CONCLUYENTE

### PLANTEAMIENTO PREVIO

Para iniciar el comentario de este pronunciamiento judicial habría que partir del planteamiento del Alto Tribunal que, basándose en la decisión tomada por la STS 25 de octubre de 2000, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, afirma que el derecho a la indemnización por despido colectivo no alcanza a los excedentes voluntarios ya que al ser la finalidad de la indemnización del despido la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo —y, por ende, de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador— este daño se produce cuando aquél está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo; sin embargo, no existe tal agravio cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso expectante, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes.

A partir de este primer razonamiento de la sentencia habría que hacer hincapié, en primer lugar, en la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria. La diferencia con la excedencia forzosa o la suspensión propiamente dicha en cuanto a algunos de sus efectos —particularmente en cuanto a la



no reserva de plaza— se erigen en punto de partida para el Supremo para justificar su decisión.

Otro de los argumentos esgrimidos en apoyo del no reconocimiento de la indemnización estriba en el motivo que llevó al excedente a esa situación. El desempeño de otras actividades profesionales durante la excedencia es otra de las razones que se argumentan en la sentencia para justificar el fallo.

Basándonos en estos dos aspectos fundamentales —y, a pesar, de que paradójicamente, en ninguno de ellos se entra a fondo— trataremos en las próximas líneas de indagar en el discurso del Alto Tribunal en su sentencia de 26 de octubre de 2006.

### 1. **EXCEDENCIAS VERSUS SUSPENSIONES: PUNTO CLAVE EN LOS RAZONAMIENTOS DEL FALLO**

Tras la lectura de la sentencia deducimos, como ya hemos adelantado, que una de las cuestiones básicas controvertida estriba en determinar si la situación de excedencia voluntaria es o no una causa de suspensión del contrato.

El artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores relaciona diversas causas de suspensión del contrato de trabajo. Característica común de todas ellas es que el contrato no se extingue, sino que suspende sus efectos básicos de prestar el trabajo y pagar los salarios —además de que puedan existir efectos adicionales según sea la causa de la suspensión—.

Aunque el artículo 45.1 k) únicamente prevé de modo expreso como causa de suspensión la excedencia forzosa, gran parte de la doctrina considera que también lo es la excedencia voluntaria, si bien sus efectos adicionales son distintos en cuanto que aquella determina la reserva del puesto de trabajo y ésta sólo un derecho preferente a las vacantes que se produzcan en la empresa (artículo 46.5) <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La STS de 25 de octubre de 2000, base de la que analizamos, contiene un voto particular del magistrado Fernández López, al que se adhiere el del magistrado García Sánchez, en el que se muestra la discrepancia del criterio mayoritario de la Sala, basándose en la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria, equiparable a la suspensión contractual. Los razonamientos esgrimidos son varios: a) De carácter sistemático, puesto que la excedencia voluntaria se regula dentro de la misma sección del Estatuto de los Trabajadores que lleva por epígrafe «suspensión del contrato»; b) El hecho de que el excedente voluntario no tenga derecho como el forzoso a reserva del puesto de trabajo, no obsta a esa calificación suspensiva puesto que la reserva es sólo un efecto normal, pero no esencial de la suspensión (además, el artículo 48, contempla la posibilidad de que la citada reserva pueda faltar también en otras causas de natu-

### 1.1. La reserva de puesto de trabajo

Resulta ser éste un tema especialmente complejo si tenemos en cuenta que en el término de excedencias, en general, quedan incluidas diversas subclases o tipos reconducibles todas ellas a dos fundamentales: la excedencia forzosa y la voluntaria.

Del propio tenor literal del artículo 45.1 deducimos que la excedencia forzosa se considera como un supuesto de suspensión del contrato, siéndole aplicable el régimen jurídico y los efectos propios del régimen suspensivo<sup>2</sup>.

Las dudas más acuciantes se plantean, pues, en torno a la distinción entre suspensión y excedencia voluntaria dada la dificultad en determinar la naturaleza de esta última, que además se ve agravada por la no inclusión de la misma dentro del artículo 45 de la LET<sup>3</sup>.

Tres líneas doctrinales surgen al respecto<sup>4</sup>. Aquella integrada por los que abogan por la naturaleza suspensiva de la excedencia, los que mantienen su naturaleza extintiva y una tercera de menor difusión formada por aquellos que la consideran como una situación peculiar y autónoma, que no es causa de suspensión ni tampoco de extinción.

Existen argumentos que nos incitan a rechazar la postura defensora de la naturaleza extintiva de la excedencia voluntaria. En primer lugar habría que tener en cuenta un aspecto fundamental que es la intención que las par-

---

raleza claramente suspensiva); c) Numerosos convenios colectivos imponen al excedente voluntario el cumplimiento de ciertos deberes de buena fe (no hacer competencia desleal, etc.); imposición que carecería de sentido si el contrato no estuviese suspendido. d) Otra razón que ratifica el anterior criterio es la reiterada doctrina del Supremo expresiva de que constituye despido —figura que sólo es predicable de un contrato de trabajo que esté vivo— la negativa expresa, categórica e incondicionada de la empresa, a readmitir a un excedente voluntario una vez concluida esta situación, siempre y cuando no esté basada en la inexistencia de vacantes o siempre que se acredite la realidad de las mismas.

<sup>2</sup> En este sentido la doctrina parece ser unánime. *Vid.*, como ejemplos, VIDA SORIA, «Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», en *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del ET*. Tomo II. EDERSA. MADRID, 1994, pág. 104; PALOMEQUE LÓPEZ y ALVAREZ DE LA ROSA, así como MARTÍN VALVERDE y RODRÍGUEZ SAÑUDO y el profesor SALA FRANCO, tratándola dentro de las causas de suspensión en sus estudios sobre *Derecho del Trabajo*; también, PÉREZ ALONSO, *La excedencia laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995, pág. 13, con cita de sentencias al respecto.

<sup>3</sup> *Vid.*, en este sentido MONTOYA, GALIANA, SEMPERE, RIOS, *Comentarios al ET*. Aranzadi. Pamplona, 1995, pág. 245.

<sup>4</sup> *Vid.*, la referencia a esta cuestión en RODRÍGUEZ COPÉ, «Derecho al reingreso del excedente voluntario y posición del empresario ante el incumplimiento del plazo de preaviso fijado en convenio colectivo. (Comentario a la STS de 18 de septiembre de 2002)», en *Temas Laborales* 69/2003, págs. 173 a 175.



tes tuvieron al acordar la excedencia, que no fue otra sino la de mantener el vínculo para la posterior reanudación de la relación, para lograr, de este modo, la conservación y permanencia de la relación entablada; y prueba de esta continuidad del vínculo es que durante la excedencia voluntaria, aunque se interrumpe la ejecución de las prestaciones fundamentales derivadas del contrato se mantienen otros derechos y deberes, de manera que cuando el trabajador reingresa no lo hace «*ex novo*» sino manteniendo los derechos adquiridos hasta el comienzo de la excedencia; además la negativa empresarial injustificada al reingreso sería considerada como un despido<sup>5</sup>.

No obstante, sí es cierto que, al contrario de lo que ocurre con la excedencia forzosa, la excedencia voluntaria no comparte el mismo régimen jurídico ni produce los mismos efectos que la suspensión contractual. Uno de los efectos considerados esenciales para gran parte de la doctrina —tanto científica como judicial— como es el derecho a la reserva de plaza no es predicable de la excedencia voluntaria.

Desde esta perspectiva, el punto de partida para iniciar una diferenciación entre suspensión y excedencia voluntaria se encuentra en sus efectos, y se concreta en uno de ellos: la reserva de puesto de trabajo<sup>6</sup>. Es uno de los efectos más controvertidos de la excedencia voluntaria: el trabajador no tendrá reservado su puesto de trabajo, con lo cual sólo podrá reincorporarse si existiese vacante en el momento de finalizar la situación de excedencia<sup>7</sup>. Se trata con toda seguridad de un derecho profesional distinto al que se reconoce en las situaciones suspensivas del artículo 45 del ET. Evidentemente no es lo mismo un derecho preferente al reingreso, condicionado a la existencia de vacantes, que un derecho incondicional a la reserva del puesto.

El que el derecho preferente al reingreso del excedente no resulte ser un derecho cierto, efectivo y actual, consolidado en el patrimonio jurídico del sujeto, sino que constituya tan sólo un derecho hipotético y eventual, pendiente del cumplimiento de una doble requisito —solicitud temporánea

<sup>5</sup> Otros argumentos tales como el mantenimiento de la obligación de buena fe por parte del trabajador, o la posibilidad de que éste ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo por incumplimiento grave de las obligaciones contractuales previstas en el artículo 50.1 de la LET son, a juicio de PÉREZ ALONSO, *La excedencia laboral*, cit., pág. 23, concluyentes para entender que la excedencia voluntaria no representa una extinción del contrato de trabajo.

<sup>6</sup> Vid., ARGÜELLES BLANCO, *La excedencia laboral voluntaria*. Aranzadi. Pamplona, 1997, pág. 298. Para la autora es ésta la característica que mayor singularidad aporta al régimen jurídico de esta figura, frente al propio de la excedencia forzosa y de las restantes causas de suspensión del contrato para los que dicha reserva de plaza es un efecto común.

<sup>7</sup> Recordemos que el núcleo principal del régimen jurídico de la excedencia voluntaria común se encuentra en el precepto del artículo 46.5 del ET, donde se afirma que el «trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa».

de reingreso por parte del excedente y existencia de vacantes de igual o similar categoría profesional— y, por ello, de realización incierta, parece que, para algunos<sup>8</sup>, es un argumento más que suficientes para descartar la defensa de que durante la excedencia voluntaria el vínculo jurídico-laboral permanece.

En muchas ocasiones, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha apreciado diferencias sustanciales, a efectos del juicio de contradicción de las sentencias de unificación de doctrina, entre las situaciones de excedencia voluntaria común y excedencia forzosa —que es suspensión, propiamente dicha— (STS 6-11-1997), y ha calificado con frecuencia el derecho al puesto de trabajo del excedente voluntario común como un derecho potencial o «expectante» (por todas, STS 18-7-1986), y no como un derecho ejercitable en el acto o momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso<sup>9</sup>.

Según afirma el Supremo en su sentencia de 25 de octubre de 2000, «el tratamiento legal diferenciado de la suspensión del artículo 45 del ET y de la excedencia voluntaria común del artículo 46.2 del ET encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otra».

Veamos, pues, este aspecto.

## 1.2. Las causas o motivos de acceso a la excedencia voluntaria

El interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario<sup>10</sup>, bastando en principio para hacerlo valer con la vo-

<sup>8</sup> Al respecto, SIRVENT HERNÁNDEZ, «Naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria y derecho preferente al reingreso. Comentario a la STS de 25 de octubre de 2000», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 8/2005. La autora defiende la postura de que con la excedencia voluntaria común tiene lugar una novación extintiva entendiendo por tal la extinción de la relación jurídico-laboral anterior y el nacimiento de otra que la sustituye que ya no es propiamente laboral y que viene representada por el derecho preferente a la contratación. Si se considera que con la novación extintiva (también llamada propia) lo que se consigue es que a partir de un único negocio jurídico se produzca una eficacia dual, esto es lo que sucede con la excedencia voluntaria común, según SIRVENT, dado que el pase a dicha situación supone la terminación de la relación jurídico-laboral anterior y la constitución de una nueva, que la sustituye, encarnada por la situación expectante de reingreso del *ex*-trabajador.

<sup>9</sup> Entre derecho y no derecho existe el derecho que deviene o en su estadio de formación. Este estadio evolutivo se caracteriza por una incertidumbre o pendencia: no se sabe todavía si el hecho jurídico constitutivo del derecho llegará a reunir todos sus elementos y si, consiguientemente, surgirá o no el derecho. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo I, Volumen II, Reus, Madrid, 1971, pág. 37.

<sup>10</sup> ALONSO OLEA, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, pág. 154. Civitas. Madrid, 1980, p. 54, que determina como en la terminología estatutaria la excedencia

luntad del propio trabajador excedente <sup>11</sup>. Los motivos que han movido al trabajador para situarse en excedencia voluntaria difieren de las causas justificadoras de la suspensión: aquellos estrictamente personales, éstos como consecuencia, en la mayor parte de los casos, de una imposibilidad sobrevenida o del ejercicio de derechos especialmente valorados.

Los motivos de la excedencia voluntaria no están previamente tasados; el trabajador puede colocarse en excedencia en su empresa por razón de estudios, por exigencias familiares, personales e incluso profesionales <sup>12</sup>. Esto

---

voluntaria es la que se pide por el trabajador sin alegación de causa especial o en virtud de causas genéricas, mientras que la forzosa es la que se pide por el trabajador en virtud de las causas taxativas que en esta caso sí se expresan, y la que, aún sin mediar petición puede ser declarada por el empresario por estas mismas causas. GORELLI HERNÁNDEZ, *Las excedencias en Derecho del Trabajo*. Comares. Granada, 1998, pág. 18, considera que, a diferencia de la excedencia forzosa el fundamento de la voluntaria reside en intereses personales del trabajador.

<sup>11</sup> Conviene aclarar que no sólo en los casos de excedencia voluntaria sino también en los de excedencia forzosa, el trabajador se coloca en la situación de excedencia por su propia voluntad sin que el calificativo *voluntario-forzoso* empleado tenga relación alguna con la participación volitiva del sujeto trabajador. Para realizar esta afirmación nos basamos en que el motivo o el supuesto de hecho que puede dar lugar a la excedencia forzosa es tan voluntario como el que provoca la excedencia voluntaria del trabajador. El ejercicio de un cargo público, motivo por el que el trabajador accederá a la situación de excedencia forzosa, lejos de ser impuesto por el empresario, proviene de la propia voluntad del trabajador que se ha colocado en esta situación porque así lo ha querido. Otra cosa es que la imposibilidad de compatibilizar esta función con el trabajo en la empresa obligue al empresario a situarlo en excedencia. La colocación en dicha situación vendría impuesta por el empresario, pero como consecuencia de un acto totalmente libre y voluntario del trabajador que al aceptar el cargo público era consciente de la necesidad de acceder a este tipo de excedencia por la incompatibilidad acarreada por el propio cargo.

Los errores a la que nos puede llevar el empleo de esta terminología nos pone en evidencia el propio origen funcional de la excedencia laboral. La adopción por la normativa laboral de la figura de la excedencia «funcionarial» y de los calificativos empleados para distinguir a cada una de ellas no se llevó a cabo de una manera rigurosa. Se empleó la denominación de forzosa y voluntaria propia de las normas administrativas pero sin que la figura jurídica que tomaba esa denominación respondiese a los caracteres que desde el derecho funcional se le había asignado. La confusión, pues, que al respecto se creó se debió a que el trasvase del Derecho Administrativo al Derecho Laboral fue sólo de términos (muchos tecnicismos del Derecho de Funcionarios se aplicaron y continúan aplicándose al Derecho Laboral: inamovilidad, derecho al cargo, plantillas, etc...) pero no de conceptos. Se hizo uso de una terminología que respondía perfectamente a los caracteres atribuidos por las normas administrativas a la figura en el ámbito funcional y fueron acogidas esas mismas expresiones por unas normas laborales que atribuyeron a esa misma figura otros caracteres diferentes, convirtiéndola, de este modo, en una figura distinta, adaptada a las propias necesidades del Derecho Laboral.

<sup>12</sup> En Los casos de suspensión contractual, la obligación del deber de buena fe mientras actúa la causa de suspensión se concreta en la prohibición de prestar trabajo mientras que esa causa persiste; solución congruente con las causas y finalidad específica a la que se destina el período suspensivo. En el caso de la excedencia voluntaria, la prohibición no radica en la pres-

equivale a decir que cualquier interés, ya personal, ya profesional, del trabajador puede justificar esta modalidad de excedencia, siempre que sea compatible con las exigencias de la buena fe contractual. En base a estos argumentos, no parece razonable conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya y del propio interés de la empresa.

En muchos casos, los períodos de excedencia se utilizan por los trabajadores como medio legítimo de promoción o experiencia profesional en otro trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena. En el supuesto concreto que nos ocupa, el excedente se encontraba prestando sus servicios para otra empresa por su propio y exclusivo interés. Según el Supremo, se trata de una excedencia «auténticamente voluntaria», lo que resulta decisivo en el no reconocimiento del derecho a indemnización, por cuanto lleva a entender que con el despido no ha sufrido ningún perjuicio.

Ante esta categórica postura de la sentencia de 26 de octubre de 2006 habría que hacer alguna matización<sup>13</sup>. En la vida real se dan situaciones que, aunque formalmente se califican de excedencia voluntaria, se hallan más cerca de una fidedigna situación de suspensión del contrato de trabajo; esto ocurre en algunas excedencias que obedecen en realidad a un pacto propuesto por la empresa, a posibles excedencias derivadas de pactos colectivos, a excedencias por razones de necesidad, o a situaciones de excedentes con el reingreso solicitado y con plaza expectante, etc.

Con ello se quiere señalar que, en cada caso, habrá que ver si la excedencia es auténticamente voluntaria o si, por el contrario, el trabajador se halla en realidad, más allá de una excedencia formal, en una auténtica situación de excedencia no querida y por ello ante una suspensión de su contrato que sí le daría derecho a indemnización.

## 2. INCLUSIÓN DEL EXCEDENTE VOLUNTARIO EN EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Un dato esencial a tener en cuenta en el análisis de este supuesto es que el actor figuraba en la relación de trabajadores afectados por el expediente de

---

tación 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. Así pues, según vienen reiterando nuestros tribunales el excedente, durante la situación de excedencia, puede dedicarse a la actividad que tenga por conveniente, siempre que no se trate de una competencia desleal con su propia empresa de origen.

<sup>13</sup> Siguiendo, para ello, el voto particular concurrente que formula el Magistrado Moliner Tamborero, con adhesión de otros, a las STS de 25 de octubre de 2000, tenida como base en el pronunciamiento que analizamos.

regulación de empleo —cuestión básica para determinar su derecho a las cuantías indemnizatorias previstas legal o, en su caso, convencionalmente—.

La primera cuestión que surge es si es obligación empresarial la inclusión del trabajador en el citado expediente. Los pronunciamientos doctrinales nos permiten afirmar que siempre que el excedente haya solicitado su reingreso en la empresa y, en consecuencia, exista un derecho potencial o expectante al reingreso, existe esa obligación<sup>14</sup>; y en consecuencia, también es deber del empresario la entrega al trabajador excedente de las cantidades indemnizatorias que pudieran corresponderle<sup>15</sup>.

La no inclusión provocaría que la negativa del empresario al reingreso tras el intento del trabajador de reincorporarse una vez finalizado el período de excedencia se concibiera como un despido improcedente<sup>16</sup> con todos los efectos derivados de tal calificación<sup>17</sup>. Sin embargo, el no reingreso en la empresa del trabajador que sin manifestar aún su intención de reincorporarse no hubiera estado incluido en el expediente no podría calificarse como despido improcedente. Y ello porque la empresa no tiene certeza de que el ex-

<sup>14</sup> Incluso existen pronunciamientos jurisprudenciales que dejan clara esta obligación sin hacer referencia explícita a la solicitud de reingreso por parte del excedente afectado. Recordemos, por ejemplo, la STS de 28 de abril de 1987 que, con remisión a otras anteriores, expone: «la necesidad de expediente de regulación de empleo para despedir no sólo lo es para los trabajadores en activo, sino también para aquellos que conservan derecho expectante de reincorporación a la empresa, cual ocurre con los excedentes voluntarios, pues otra solución haría ilusorio el derecho al reingreso y transformaría la situación de excedencia voluntaria en un cese indefinido».

<sup>15</sup> Desde la doctrina científica, algunos autores, abogan porque la indemnización se fije calculando simplemente el valor económico que tiene la pérdida de expectativa que aquél derecho proporcionaba. Así se pronuncia ARGÜELLES BLANCO, *op. cit.*, pág. 410, apoyándose en lo dispuesto por VIDA SORIA «Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», en *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del ET*. Tomo II. EDESA. MADRDI, 1994, pág. 119 que afirma que, de otro modo, podría producirse un enriquecimiento sin causa del excedente. En contra PEDRAJAS MORENO, *La excedencia laboral y funcionarial*. Montecorvo. Madrid, 1983 pág. 394. Para este autor, en el expediente que se sustancie deberá figurar los trabajadores excedentes en igualdad en condiciones que el resto de los trabajadores de plantilla, también en lo que se refiere a la indemnización resolutoria.

<sup>16</sup> No obstante, algunos autores, como VIDA SORIA, «Suspensión...», *cit.*, pág. 118, que aboga por la naturaleza extintiva de la excedencia voluntaria considerada «exagerada y técnicamente incorrecta» la doctrina jurisprudencial que equiparaba al despido la no inclusión del trabajador excedente en la lista de afectados por un expediente de regulación de empleo.

<sup>17</sup> MONGE RECALDE, *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*. Bosch. Barcelona, 1987, pág. 83, determina cuál es el momento adecuado para reclamar contra el despido efectuado. Para el autor, al contrario que ocurre con cualquier otro trabajador cuyo contrato está suspendido por motivos distintos a la excedencia, que podrá impugnar la decisión empresarial tan pronto como llegue a su conocimiento, el excedente solo podrá reclamar, cuando, además de haber solicitado el reingreso, haya finalizado el período de excedencia voluntaria.



cedente quiera efectivamente ejercer su derecho al reingreso. No estará, por tanto, legitimado para hacer reclamación alguna contra la decisión empresarial.

Centrándonos en el caso que nos ocupa, en la resolución del expediente se especifica que «se autoriza la extinción de las relaciones laborales de los excedentes siempre que no se haya superado el plazo temporal para el que se concedió la excedencia sin haber solicitado la incorporación y exista, por tanto, al menos un derecho expectante al reingreso».

La sentencia de suplicación recurrida declaró que el actor tenía derecho a percibir la indemnización del artículo 51.8 ET en base a esa autorización del ERE. Y ello porque la propia resolución administrativa —firme y ejecutiva— pone como único límite la no superación del plazo de excedencia sin solicitar la reincorporación. En consecuencia, —y aunque no consta por cuánto tiempo se le había concedido— al no haber superado el actor los dos años que el artículo 46.2 del ET establece como período mínimo de permanencia en dicha situación —el demandante había pasado el día 18 de abril de 2001 a la situación de excedencia voluntaria y la resolución del expediente tuvo lugar el 21 de marzo de 2003— tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 51.8 del ET<sup>18</sup>.

A pesar de estas argumentaciones, el Alto Tribunal considera que puesto que el ERE «autorizó la extinción de todas las relaciones individuales de trabajo existentes en el grupo de empresas» ha desaparecido cualquier expectativa de reingreso para el demandante. Con razonamientos, no muy convincentes, bajo nuestro punto de vista, el Tribunal esgrime que no puede compartirse la tesis de la sentencia impugnada de no superación del plazo de dos años por el que se había reconocido al actor la excedencia voluntaria común. Sería el único supuesto en el que se mantendría ese derecho potencial al reingreso y ello es lo que da sentido a la inclusión del afectado

<sup>18</sup> Para el juicio de contradicción se aporta una sentencia de contraste que, efectivamente, ha resuelto en sentido contrario un asunto sustancialmente igual. Se trata de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Valladolid) de 14 de mayo de 2002, recurso núm. 932/02, que, siguiendo la doctrina de la Sala del Tribunal Supremo de 25-10-2000, denegó a varios trabajadores en situación de excedencia voluntaria la indemnización correspondiente a un despido colectivo autorizado por un ERE, en cuya resolución habían sido expresamente incluidos, pese a que, según consta en la declaración de hechos probados, a la fecha de la extinción de sus contratos aún no había transcurrido el plazo de dos años que duraba la excedencia voluntaria común.

En sentido similar, la STSJ de Cataluña de 19 de junio de 1998 (Ar. 3161) que niega el derecho de los representantes de los trabajadores en excedencia voluntaria, incluidos en el expediente, al percibo de la indemnización pactada. Argumenta el Tribunal que los excedente voluntarios conservan sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en la empresa, por lo que la pretensión de que haya pago de indemnización cuando ni siquiera han manifestado su propósito de reintegrarse a la plantilla de la empresa, es judicialmente inatendible.



en el ERE. De no ser así, es decir, de haberse superado dicho plazo sin siquiera haber instado el reingreso, el excedente voluntario común carecería incluso de aquella expectativa y por tanto tal vez hubiera sido innecesaria su inclusión formal en el ERE.

Sin embargo, este no es el caso, pues el excedente sí fue incluido en el citado expediente, en base a la existencia de ese derecho expectante que deriva de una relación laboral no extinta sino existente aún. Y si fue incluido en el expediente porque cumplía los requisitos para ello, deberá ser indemnizado como el resto de los afectados, pues, mientras que existan puestos de trabajo a los que pueda acceder, debe de respetarse su expectativa legal al reingreso por remota que ella sea.

### 3. NOTA CONCLUYENTE

Esta es la postura manifestada por los magistrados que emitieron voto particular en la referida STS de 25 de octubre de 2000, y es la que compartimos, y ello, a pesar de que nos movemos en el terreno de las expectativas de derecho, o lo que es igual, de los derechos hipotéticos y eventuales, diferente al de los derechos consolidados, ciertos y efectivos. Ello, sin embargo, no es obstáculo para defender que, entretanto, la relación jurídico-laboral permanece viva.

Tengamos en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico sí reconoce protección expresa a ciertas situaciones de pendencia jurídica; es el caso de los derechos condicionales en los que entretanto se encuentra pendiente el cumplimiento de la condición se confiere a su titular una serie de facultades dirigidas a preservar su derecho y a resarcirle de los daños y perjuicios que en algunos casos ocasiona su pérdida<sup>19</sup>.

Los estudios realizados por la doctrina civilista en torno a la naturaleza y régimen jurídico de las expectativas de derecho es reconocida por el orden jurídico y produce ya efectos, si bien diversos de los que producirá el derecho definitivo; se trata de un efecto provisional, preliminar, consistente en una garantía de la expectativa misma, para asegurar el resultado final<sup>20</sup>. De ahí que parte de la doctrina considere que, aunque el excedente voluntario no puede resultar titular de un derecho indemnizatorio cuyo fundamento

<sup>19</sup> Al respecto SIRVENT HERNÁNDEZ, cit., en dónde afirma que, sobre esta cuestión, pueden consultarse, en esencia, los artículos 1121, 1122 y 1123 del Código Civil).

<sup>20</sup> En este sentido, ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*. Tomo I, Introducción y Parte General, Edisofer, S.L., decimosexta edición, Madrid, 2004, pág. 468, en dónde manifiesta que durante el transcurso de la expectativa de derecho «el ordenamiento crea una situación en la que se protege al futuro eventual adquirente, a través de determinadas medidas».

reside en última instancia en la pérdida de un puesto de trabajo —dado que, en tal situación, no se posee un derecho cierto e indubitado de reserva de puesto— ello no es obstáculo para reconocerle también una indemnización económica por daños y perjuicios cuando ve truncada su expectativa de derecho al reingreso por causas imputables a la empresa <sup>21</sup>.

La expectativa de derecho a ocupar plaza que tiene el que se ha colocado en situación de excedencia voluntaria demuestra que la relación aún pervive, aún en estado de latencia, y eso justifica la inclusión en el expediente de regulación de empleo y la generación del derecho indemnizatorio correspondiente. La cuestión, además, no merecería las más mínima duda en los casos de cierres parciales en los que, existiendo empleos de igual o similar categoría a la suya, el excedente sea incluido en el expediente de regulación de empleo, puesto que en tal caso habría que entender que la privación de la expectativa ha tenido lugar injustificadamente, por la sola voluntad maliciosa del empleador, que pretende librarse del pago.

En los supuestos como el que ahora nos ocupa <sup>22</sup>, en los que la extinción afecta a la totalidad de la plantilla, con lo cual, el derecho expectante se convierte en ilusorio, habría que centrar la atención en la intención que demuestra tener el excedente afectado. Y la forma de vislumbrarla es mediante la formalización de su solicitud de reingreso. Si no existe tal solicitud, y aún no ha pasado el tiempo previsto para la excedencia —con lo que se presume que el trabajador excedente podría tener la intención de solicitar su reincorporación a la empresa, y puesto que se ha admitido que la expectativa de derecho resulta relevante para el ordenamiento jurídico— no queda más remedio que procurar los instrumentos jurídicos de protección necesarios tendentes a evitar que dicha expectativa pueda ser fácilmente burlada y, caso de que así sea, asegurar a su titular el resarcimiento por ello.

Ahora bien, no parece equitativo reconocer en estos casos el mismo nivel de protección entre aquellos que permanecen trabajando en la empresa y aquellos otros que se han separado voluntariamente de ella y, además no han demostrado tener intención alguna de volver a prestar sus servicios en la misma.

Compartiendo la opinión de otros estudiosos de la materia, hubiera sido ésta una buena ocasión para clarificar una de las cuestiones más debatidas entre los teóricos del derecho, en general, y de los laboristas, en particular: las expectativas de derecho y, más concretamente, del derecho expectante que aquí se pone en tela de juicio: el derecho al reingreso nacido de una situación de excedencia voluntaria no causal.

<sup>21</sup> De nuevo, SIRVENT HERNÁNDEZ, cit.

<sup>22</sup> Repárese que, en el caso analizado, el ERE autorizó la extinción de *todas* las relaciones individuales de trabajo existentes en el grupo de empresas. En este punto, existe diferencia con respecto



## PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

# CÓMPUTO DE COTIZACIONES PARA PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES. DIEZ AÑOS DE JURISPRUDENCIA FAVORABLE Y DE RESISTENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 2006*

SOFÍA OLARTE ENCABO \*

**SUPUESTO DE HECHO:** Trabajadora española que solicita un subsidio asistencial de desempleo para mayores de cincuenta y dos años, que le fue denegado por resolución del Instituto Nacional de Empleo con fecha de 12 de abril de 2002, por no reunir los períodos de carencia genérico y específico para lucrar una pensión de jubilación y por no reunir al menos 6 años cotizados por razón de desempleo. Con anterioridad la trabajadora recurrente percibió el subsidio por desempleo por retorno del extranjero desde el 2 de septiembre de 2000 hasta el 1 de marzo de 2002 y acredita 425 meses cotizados entre 1965 y el año 2000 en Suiza. El Juzgado de lo Social estimó parcialmente la demanda interpuesta contra la resolución del INEM, una vez desestimada la reclamación previa, y reconoce el derecho a dicho subsidio en la cuantía diaria del setenta y cinco por cien del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, con fechas de efectos —y aquí radica el problema— del uno de junio de dos mil dos, únicamente. El TSJ, de Galicia confirmó íntegramente la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Orense, de 14 de octubre de 2002.

\* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo (Rec. 3151/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral) estima el recurso de casación en unificación de doctrina y declara el derecho de la recurrente a percibir el subsidio asistencial de desempleo en la modalidad prevista para mayores de 52 años desde marzo, al considerar que es computable el tiempo cotizado que la trabajadora realizó en Suiza, para cumplir el período de 6 años exigido en el artículo 215.3 de las Ley General de Seguridad Social. Y ello porque según el TS se infringe lo dispuesto en el artículo 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social, el cual establece la totalización de los períodos cotizados en Suiza y España a efectos de las prestaciones de desempleo. Por ello no es necesario acreditar un año de cotización a la Seguridad Social española para acceder al subsidio asistencial para los trabajadores mayores de 52 años, bastando con acreditar el período mínimo de cotización en un país de la Unión Europea.

#### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA LEY 40/2006 DE 14 DE DICIEMBRE, DEL ESTATUTO DE LA CIUDADANÍA ESPAÑOLA EN EL EXTERIOR
2. PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES
3. EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES
4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MAYO DE 2006 DESDE UNA PERSPECTIVA EVOLUTIVA: EL CONFLICTO NORMATIVO ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 1. INTRODUCCIÓN: REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA LEY 40/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DEL ESTATUTO DE LA CIUDADANÍA ESPAÑOLA EN EL EXTERIOR

El año 2006 fue designado por la Comisión Europea como el «Año europeo de la movilidad de los trabajadores», lo que ha servido, si no para cambiar la tendencia-resistencia a la movilidad, sí para poner de manifiesto —tal y como se desprende del Informe *Employment in Europe 2006, Bruxelles, 2006*— el bajo índice de movilidad geográfica de los trabajadores europeos, dándose la circunstancia de que el porcentaje de europeos que se mueve decrece según aumenta la distancia. También ha servido para llegar a la conclusión de que, aunque la insuficiencia de los progresos en materia de portabilidad de pensiones y derechos de Seguridad Social puede ser un obstáculo, lo cierto es que las políticas dirigidas a disminuir las barreras a la movilidad no son una panacea, ya que las verdaderas razones de la resistencia de la población son de índole económica y personal.

Pese a ello, las dificultades en el ámbito de la exportación de prestaciones y el cómputo recíproco de cotizaciones constituyen aún hoy un condicionante a la movilidad y una cada vez más injustificable restricción de los derechos de los ciudadanos que ejercen el derecho a la movilidad intra y extra comunitaria. El hecho de que diez años después de que el TS declarase la prevalencia del Convenio Europeo de Seguridad Social, que contempla el cómputo de prestaciones de desempleo, frente al convenio bilateral hispano-suizo, el IEM haya continuado denegando prestaciones precisamente porque dicho convenio bilateral no contempla el cómputo recíproco, pone de manifiesto la resistencia y los obstáculos administrativos en orden a hacer efectivos los derechos de seguridad social de los ciudadanos españoles en el exterior.

Por ello, el hecho de que la Ley 40/2006 haya venido a reforzar el estatus jurídico y las garantías de estos ciudadanos, de forma transversal, ha de ser acogido no sólo con optimismo, sino como un criterio de interpretación jurisprudencial en el ámbito de la Seguridad Social. En efecto, la emigración española ha constituido un fenómeno político, social y económico que ha caracterizado nuestra historia hasta más allá de mediados del siglo XX y las leyes de emigración de 1907 y 1924 proclamaron el derecho y la libertad de emigración sin incluir medidas específicas de protección de estos ciudadanos. Se ha de recordar también que a la emigración económica se unió la emigración política como consecuencia de la Guerra Civil española y de la dictadura, produciéndose un verdadero éxodo de refugiados políticos.

Los factores que determinaron el desplazamiento masivo de trabajadores al exterior fueron también de orden demográfico —aumento de la población y éxodo rural— la escasa industrialización en nuestro país y la expansión industrial y el crecimiento económico de los países europeos. Ello tuvo un efecto beneficioso no sólo para los trabajadores, sino para el crecimiento económico de España por la entrada de divisas que ayudó a compensar el déficit comercial y a equilibrar la balanza de pagos, lo que favoreció la importación de bienes de equipo destinados a la modernización de las empresas.

La otra cara de la moneda de este fenómeno son las consecuencias también negativas sobre estos trabajadores, exilados y sus familias, sobre todo de desarraigo social, económico y cultural de España y en el país de acogida y sobre todo de los problemas a afrontar de cara al retorno. La última Ley de Emigración —La Ley 33/1971, de 21 de julio—, si bien continua orientada al fomento de la emigración y silencia el exilio, introduce una serie de medidas destinadas a apoyar el desplazamiento y el acceso al empleo en los países de destino, así como par favorecer la formación profesional e integración laboral tanto para los emigrantes, como para los retornados.

El artículo 42 de la Constitución española exige el establecimiento de una política integral de emigración y de retorno para salvaguardar los dere-

chos económicos y sociales de los emigrantes, exilados y sus descendientes, en orden a facilitar la inserción social y laboral de los retornados.

En 1993 se aprobó el Real Decreto 728/1993, por el que se establecen pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los emigrantes españoles, siendo la medida de mayor alcance en materia de protección de los españoles que vivieran fuera de España, garantizando a los mayores españoles en el exterior el mismo nivel de vida del que disfrutaban los residentes en nuestro país.

Con el advenimiento de la democracia —a finales de la década de los setenta— es cuando comienza a invertirse el saldo migratorio: el retorno masivo de españoles emigrantes y sus familias, sin que se adoptaran medidas para facilitar y atender las necesidades que de ello se derivaban.

La LGSS, en lo que se refiere al desempleo, configura el retorno del trabajador emigrante como hecho causante de prestaciones de desempleo, regulando incluso una modalidad de prestación asistencial específica: la del emigrante retornado. Y, de otro lado, la Disposición Adicional Primera LGSS establece un mandato al Gobierno de adopción de las medidas necesarias para que la acción protectora de la Seguridad Social se extienda a los españoles que se trasladen a un país extranjero por causas de trabajo y a sus familiares que tengan a su cargo o bajo su dependencia, a cuyo efecto se ha de garantizar la igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción en materia de Seguridad Social.

A fecha de hoy, y como resultado de este fenómeno sumariamente descrito, se estima que España cuenta con un millón y medio de españoles y sus descendientes que residen fuera del territorio nacional, y lo que pretende la Ley 40/2006 es precisamente garantizar el ejercicio de los derechos y deberes de estos ciudadanos en condiciones de igualdad con los residentes en España. Ya se dio un paso con la Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoció una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, reconocimiento histórico, que a la vez supuso el reconocimiento de un derecho de protección económica y de asistencia sanitaria al colectivo conocido como «Niños de la Guerra».

El Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior configura en materia de retorno, en el marco de una política de cooperación y coordinación de las Administraciones Públicas, una respuesta articulada a las demandas de distintos sectores de la emigración, el exilio y el retorno. Es el Título II el que regula la política integral en materia de retorno, creando la Oficina Española del Retorno, con funciones de información y asesoramiento a los españoles que decidan retornar, con el objetivo de facilitar su efectiva inserción social y laboral en España. Una parte importante de las medidas apunta hacia la necesidad promover y facilitar el acceso a prestaciones y el Títu-

lo III regula los mecanismos e instrumentos de cooperación, colaboración y coordinación de las actuaciones de las distintas Administraciones Públicas competentes, a fin de garantizar los derechos que el Estatuto reconoce a estos ciudadanos.

Más específicamente, es el artículo 18, cuya rúbrica es «Derechos en materia de la Seguridad Social» el que nos interesa analizar aquí. Este precepto establece, en primer lugar, un mandato a los poderes públicos para que la acción protectora de la Seguridad Social alcance y se extienda a los españoles que se trasladen al exterior por causas de trabajo y a los familiares de los mismos. A cuyo fin «el Estado proveerá cuanto fuese necesario para garantizar a los trabajadores extranjeros españoles en el exterior, en materia de Seguridad Social, la igualdad o asimilación de trato con los nacionales del país de recepción, el mantenimiento de los derechos adquiridos y la conservación de los derechos en curso de adquisición, mediante la celebración de Tratados y Acuerdos con los Estados receptores, la ratificación de Convenios Internacionales y la adhesión a Convenios multilaterales». Prevé también entre otros extremos el establecimiento de «fórmulas que permitan a los trabajadores que residan en el exterior y a los que decidan retornar, el abono de las cotizaciones voluntarias al Sistema de Seguridad Social» y el mandato para arbitrar «fórmulas más beneficiosas para el reconocimiento a los trabajadores españoles en el exterior de las prestaciones económicas derivadas de las cotizaciones a la Seguridad Social».

De otro lado, el artículo 19 regula las prestaciones por razones de necesidad, en los términos en que reglamentariamente se establezca, para mayores de 65 años o incapacitados para el trabajo, que se encuentren en situación de necesidad por carecer de rentas o ingresos suficientes de acuerdo a la realidad socioeconómica del país de residencia.

Ciertamente, que el Estatuto no establece un derecho general directamente invocable ante los tribunales de cómputo recíproco de prestaciones y por el contrario se insiste más en la posibilidad de introducir fórmulas para el abono de cotizaciones voluntarias. Sin embargo, del espíritu de la ley, sí se desprende un principio de interpretación general de las normas, en el caso de relaciones laborales extraterritoriales, favorables a un resultado igualatorio o equiparable con los nacionales. Esta línea es la que ha seguido el Tribunal Supremo, no recientemente, sino desde hace ya una década, sin embargo, sus pronunciamientos se han limitado a supuestos en los que había un fundamento directo en un Convenio Internacional o en normas comunitarias, sin embargo, el alcance de esta Ley es más amplio permitiendo una interpretación pro beneficiario directamente sustentada en su tenor legal. Por tanto, y este es el propósito de traer a colación esta línea jurisprudencial, consideramos que no se ha de dejar pasar por alto el valor interpretativo, ya que no directamente hay un reconocimiento de un derecho con un conte-



nido delimitado y directamente garantizado, del Estatuto del Ciudadano en el Exterior, y ello de cara a progresar tanto en el campo de la exportación como en el del cómputo recíproco y no sólo en el ámbito de la Unión Europea, al que, en absoluto se limita la norma.

Finalmente conviene destacar que este Estatuto, en materia de protección por desempleo introduce una nueva orientación, a favor de las políticas activas de empleo de este colectivo, sin retroceder en las pasivas, en conexión con las opciones generales al respecto, de forma más equilibrada con la perspectiva reparadora. Concretamente, contempla derechos en materia de empleo y ocupación, tales como el acceso a la información del Sistema Nacional de Empleo que facilite la búsqueda de empleo, el velar por las condiciones del desplazamiento, facilitar la contratación de trabajadores españoles residentes en el exterior y la creación de visados de búsqueda de empleo para hijos o nietos de españoles de origen.

## 2. PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES

El estudio de la protección social en el ámbito de las relaciones laborales extraterritoriales es sumamente complejo, no sólo por lo «cauístico» de la normativa internacional de referencia, sino también y fundamentalmente por la diversidad de posibles situaciones: nacionales que han estado asegurados y/o trabajado en países de la UE, los que provienen de países no miembros de la UE y los que han trabajado en unos y otros de forma alternativa o sucesiva. Situaciones a las que habría que añadir las de los no nacionales en las tres posibles situaciones señaladas.

Sin entrar pormenorizadamente ahora en cuestiones de orden más general, como de qué manera incide la nacionalidad española, la nacionalidad de un Estado Miembro de la UE, o la nacionalidad de terceros Estados, sobre los derechos de Seguridad Social, hemos de advertir que nuestro modelo de Seguridad Social se ha construido fundamentalmente sobre un modelo nacional, que, no obstante, ha considerado de forma especial la migración, siendo su expresión más significativa el artículo 42 CE, que impone al Estado el deber de velar por «la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno».

Es cierto, que la realidad social española dista mucho de la que sirvió de referencia a los constituyentes, es lo que hemos tratado de evidenciar en otros trabajos, con la expresión de que se trata de una «Constitución de emigrantes», llamada paradójicamente a ser una «Constitución para inmigrantes» en los que nunca pensó.



El Derecho Internacional de la Seguridad Social se asienta sobre dos principios básicos, el de territorialidad y el de igualdad de trato, principios, a su vez matizados a la baja, por el principio de reciprocidad, y al alza por el principio coordinatorio de adquisición o mantenimiento de derechos adquiridos, *pro rata temporis*.

Centrándonos aquí en el fenómeno del retorno de los trabajadores españoles, nuestro ordenamiento distingue entre los españoles procedentes de Estados Miembros de la UE, o mejor dicho, pertenecientes al Espacio Económico Europeo y los no pertenecientes a dicho espacio o con los que no exista Convenio Internacional que contemple la protección por desempleo. Al margen de los problemas que plantea el artículo 67 del Reglamento CEE 148/1871, que exige la realización de trabajos en el país de retorno que den lugar a la prestación, en relación a los trabajadores que retornen de otros Estados, no se establece ningún mecanismo general dirigido al cómputo recíproco, por lo que hay que estar, salvo Convenio, a las reglas generales.

Hemos de recordar que en el ámbito del derecho coordinatorio de la Seguridad Social, en un principio el Gobierno español, excluyó la coordinación de los subsidios asistenciales de desempleo, hasta la STS de 8 de octubre de 1991 (AS 7741) que las declaró prestaciones de Seguridad Social y no de Asistencia Social, lo que llevó al Gobierno español a incluir a las prestaciones por desempleo, contributivas y asistenciales, dentro del ámbito de aplicación del Reglamento y así lo reconoció el propio TJCE en sus Sentencias de 15 de junio de 1995 —Caso Zabala— y de 20 de febrero de 1997 —Asunto Martínez Losasda—.

De hecho, la totalización de los períodos de cotización para el reconocimiento del subsidio de desempleo para mayores de 52 años ha sido una de las modalidades en las que la normativa comunitaria ha tenido mayor impacto. En un principio el TS denegaba el derecho al subsidio por falta de cotizaciones —inferiores a un año en España—. Posteriormente el TS ha reconocido la procedencia de la totalización, sin necesidad de acreditar el mínimo de un año de cotización en España, ya que no sería aplicable a las prestaciones por desempleo lo dispuesto en el artículo 48 del Reglamento 1408/1971. Doctrina, entre otras, que recogen las Sentencias del Tribunal

Supremo de 17 de febrero de 1991 (AS 4584), 7 de mayo de 1998 (AS 4584) y de 18 de junio de 1998 (AS 5409).

### **3. EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES**

El subsidio por desempleo para mayores de 52 años es concebido por una parte de la doctrina como una especie de subsidio de prejubilación, sin

embargo, técnicamente hablando el trabajador se encuentra en una situación de desempleo y no percibe una pensión de jubilación. Denominarlo como subsidio de prejubilación no es axiológicamente aséptico, ya que implica considerar la alta improbabilidad de ocupación de estos trabajadores, cuando son un colectivo prioritario en el ámbito de las políticas activas de empleo, por razón de la edad y por razón de su condición de perceptores de subsidios de desempleo, tal y como establece la vigente Ley de Empleo.

Según se desprende de lo establecido en el artículo 215.1.3 de la LGSS y artículo 7 del Reglamento de Protección por Desempleo, se puede acceder al mismo por distintas vías, siempre que se reúnan una serie de requisitos:

- En primer lugar, ser desempleado mayor de 52 años
- En segundo lugar, no reunir la edad de jubilación ordinaria
- En tercer lugar, reunir los requisitos para poderse jubilar salvo la edad, por tanto, contar con 15 años de carencia genérica y 2 específica, en cualquier régimen de la Seguridad Social española del nivel contributivo. No se cumpliría con dicho requisito si se reúnen los exigidos para pensión de jubilación no contributiva ni, según la jurisprudencia, sí se tienen para la pensión del SOVI, ya que ésta no se considera a estos efectos pensión del sistema de Seguridad Social (STC 69/1992, de 11 de mayo y SSTS de 21 y 25 de julio, 20 de septiembre, 2 de octubre y 7 de diciembre de 1995 y 29 de mayo de 1996).

En la medida en que no es, técnicamente hablando una pensión de jubilación, cuando se tomen en cuenta las cotizaciones en países comunitarios no cabe aplicar el artículo 48 del Reglamento CEE 1408/1971 que implicaría la exigencia de tener al menos un año cotizado en España como interpretó inicialmente el TS. Posteriormente, tras las Sentencias dictadas por el TJCE, sólo será exigible contar con períodos de seguro o empleo en España, en los términos del artículo 68 del Reglamento, sin necesidad de reunir un año mínimo de cotización. Y, además, a los efectos de dicho período computan las cotizaciones efectuadas durante la percepción del subsidio de emigrantes retornados.

De otro lado, en cuanto al cómputo cotizaciones en países comunitarios o con los que existiese convenio bilateral, la jurisprudencia admitió en un principio que era suficiente el reunir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en dichos países, incluso sin cotizaciones en España y con independencia de los años que en los mismos se exigiesen. Pero la STSJCE de 25 de febrero de 1999 —caso Ferreiro— consideró exigible en todo caso el contar con un período de cotización de quince años, ya fuera sólo en España, ya de forma compartida, ya en países comunitarios.

- En cuarto lugar, se exige haber cotizado a lo largo de toda la vida laboral un mínimo de seis años en un régimen de Seguridad Social

que incluya la protección por desempleo, incluyendo las cotizaciones realizadas en países comunitarios o con los que exista un convenio bilateral que contemple el cómputo de cotizaciones por desempleo. Aunque conviene aclarar que se exige «ocupación cotizada» y no días-cuota, tal y como ha interpretado el TS en sus Sentencias de 10 de mayo y 30 de diciembre de 1994, 1 de febrero de 1995 y 25 de mayo de 1999.

- En quinto y último lugar, se establece una remisión legal que añade el requisito de que «encontrasen cualquiera de las situaciones» anteriores, lo que se entiende se refiere a la carencia de rentas de cualquier naturaleza superiores en cómputo mensual al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias; además, claro está de figurar inscritos como demandantes de empleo sin haber rechazado oferta de empleo adecuado, ni haberse negado, salvo causa justificada, a participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesional en el plazo de un mes.

Este subsidio comprende, además de la prestación económica, la cotización para la jubilación, considerándose esta cotización a los solos efectos del incremento de la cuantía pero no para el acceso a la misma, en clara reacción del legislador —Ley 50/1998— a la jurisprudencia favorable a su cómputo para acceder a la pensión.

#### **4. ANÁLISIS LA STS DE 30 DE MAYO DE 2006 DESDE UNA PERSPECTIVA EVOLUTIVA: EL CONFLICTO NORMATIVO ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006 resuelve un recurso de casación para unificación de la doctrina (Rec. 3151/2004; S.<sup>a</sup> 4.<sup>a</sup>) contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de mayo de 2005, en recurso de suplicación contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm.1 de Orense de 14 de octubre de 2002, sobre desempleo.

En esta Sentencia el Tribunal Supremo estima el recurso declarando el derecho a percibir el subsidio asistencial de desempleo en la modalidad de mayores de 52 años, al considerar computable el período de cotización que la recurrente realizó en Suiza, a los efectos de cumplir el período de seis años exigido en el artículo 215 de la Ley General de Seguridad Social. Y ello por considerar que la sentencia de instancia infringe lo dispuesto en el artículo 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social, el cual establece la

totalización de los períodos cotizados en Suiza y España a efectos de las prestaciones de desempleo. Además, considera que no es necesario acreditar un año de cotización a la Seguridad Social española para el acceso al subsidio asistencial para los trabajadores mayores de 52 años, siendo suficiente acreditar el período mínimo de cotización de quince años en un país de la Unión Europea.

No es la primera vez que el TS se pronuncia sobre esta cuestión. En un principio el TS, mantuvo un criterio contrario al mantenido en la Sentencia aquí analizada, concretamente en la STS de 25 de mayo de 1994 (RJ 1994/1529), y ello por considerar que rige la exigencia de Derecho comunitario de un período mínimo de cotización a la Seguridad Social española de un año para el reconocimiento de la edad de jubilación, que por vía de remisión (ya que establece: «todos los requisitos salvo la edad») se exigiría al subsidio asistencial de desempleo de referencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 215.3 y que «tal subsidio es una especie de prestación de prejubilación». En contra del criterio mantenido por las Salas de lo Social de algunos Tribunales Superiores de Justicia, que consideraron que la exigencia comunitaria sólo es aplicable en las pensiones de vejez estrictamente y no a este subsidio.

Posteriormente el TJCE dictó la Sentencia de 20 de febrero de 1997 (TJCE 1997/31, asunto Martínez Losada y otros), en la que el Tribunal llega a la conclusión contraria a la sostenida por el TS. Dicha sentencia declara en el fallo que un subsidio como el previsto en la Ley de Seguridad Social Española a favor de los desempleados mayores de 52 años constituye una prestación por desempleo», no una pensión de prejubilación.

Coherentemente con la jurisprudencia comunitaria, la STS de 17 de diciembre de 1997 rectificó la doctrina anterior en el sentido de entender que no era necesario acreditar un año a la Seguridad Social española para que pudiera accederse al subsidio asistencial para los trabajadores mayores de 52 años, con lo que bastaría acreditar el período mínimo de cotización de quince años en un país miembro de la Unión Europea. El TS justifica el cambio de orientación en la preeminencia del TJCE sobre el TS, por tratarse de un requisito de derecho comunitario. Por ello casó y anuló la Sentencia del TSJ de Andalucía/Granada.

A partir de este fallo, el TS ha reiterado esta doctrina, sentando así jurisprudencia, entre otras, en las Sentencias de 7 de marzo y 17 de marzo de 2005 y, más recientemente, en la STS de 12 de abril de 2006. No obstante, conviene precisar que la STS de 7 de marzo de 2005 es la que realmente se centra en un supuesto idéntico al analizado en la aquí estudiada —y no la de 1997—, ya que se trata igualmente de una trabajadora con cotizaciones en Suiza que percibió en España el subsidio de desempleo para emigrantes retornados. En efecto, el supuesto de hecho de la STS de 17 de diciembre

de 1997 (Rec 4130/1996), cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, no es absolutamente equiparable al analizado en la Sentencia objeto de estudio, ya que lo que se cuestiona es si el requisito establecido en el artículo 48.1 del Reglamento 1408/1971, CEE, de Seguridad Social de los trabajadores migrantes es exigible a quienes solicitan el subsidio por desempleo para mayores de 52 años regulado en el artículo 215.3 de la LGSS, por tanto relativa a la interpretación de Reglamento comunitario, cuestión que directamente que no se plantea en el caso ahora analizado.

No obstante, en el supuesto de hecho de la STS de 7 de marzo de 2005, cuyo ponente fue el Excmo Sr. Desdentado Bonete, la razón por la que se denegó el subsidio por la Entidad Gestora fue la de no contar el solicitante con seis años de cotización a desempleo en España y la Sentencia de instancia confirmó este criterio por entender que las cuotas a que se alude el apartado 2 del número 1 del artículo 215 de la LGSS se refiere únicamente a cotizaciones efectuadas en España, sin que puedan computarse las realizadas en Suiza. Para el TS parece claro que dicho precepto legal se refiere a las cotizaciones realizadas a desempleo en el marco del Sistema español de Seguridad Social, de acuerdo con el carácter territorial de la normas en esta materia, como se desprende del artículo 7.1 de la LGSS. Y, por tanto, la toma en consideración de las carreras de seguro completadas en otros Estados tiene que venir determinada por una norma específica, que es normalmente una norma de coordinación, como ocurre con el reglamento comunitario o los convenios bilaterales o multilaterales en materia de Seguridad Social. No obstante, el Convenio Hispano-suizo (RCL, 1970, 1448 y RCL 1971, 375) no contiene norma de totalización en materia de desempleo.

El párrafo primero del artículo 48 del Reglamento comunitario, bajo la rúbrica genérica de periodos de seguro o de residencia inferiores a un año establece que «La Institución de un Estado miembro no estará obligada a conceder prestaciones en virtud de períodos cumplidos con arreglo a la legislación que aplique y que deban tomarse en consideración en el momento del hecho causante, cuando la duración de dichos períodos sea inferior a un año». Sin embargo, este precepto está ubicado en el Capítulo 3 relativo a Vejez y muerte (pensiones.), por lo que no es aplicable a las prestaciones de desempleo. De otro lado, el artículo 215.3 de la LGSS condiciona el reconocimiento de este subsidio a la acreditación de todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva del sistema de la Seguridad Social.

El criterio jurisprudencial de no exigencia, en estos casos, del año de cotización a la Seguridad Social española, se aplica también a los seis años de cotización específica de desempleo (tal y como reconocieron las Sentencias del TS de 21 de septiembre y 13 de octubre de 1998 y de 25 de marzo, 27 y 29 de septiembre de 1999), ya que la afiliación y cotización limitadas

a la asistencia sanitaria y protección familiar a que da lugar el reconocimiento del derecho al subsidio de desempleo de los emigrantes retornados constituyen, un período de seguro durante el que se mantiene una vinculación con la Seguridad Social española, por lo que ello se entiende es suficiente para dar cumplimiento al requisito de cotización del artículo 67.3 del Reglamento Comunitario. Y es de hacer notar que en el supuesto de hecho ahora analizado, la trabajadora, también había sido beneficiaria del subsidio de emigrante retornado.

En cuanto al Convenio Europeo de Seguridad Social (RCL 1986, 3442), ratificado por Suiza y España y que incluye las prestaciones de desempleo, prevé en su artículo 51 —de contenido prácticamente idéntico que el artículo 48 del Reglamento 1408/1971— que «si la legislación de una Parte Contratante subordinare al cumplimiento de períodos de seguro la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones, la institución que aplique esta legislación tendrá en cuenta a tal efecto, en la medida necesaria, a fines de totalización, los períodos de seguro, de empleo o de actividad profesional cumplidos bajo la legislación de cualquier otra Parte Contratante como si se tratara de períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de la primera Parte». Además, la exigencia de haber estado últimamente sujeto a la legislación de la parte competente para el reconocimiento no se aplica cuando se trata de un trabajador no fronterizo, en paro completo, que se ponga a disposición de los servicios de empleo en el territorio de la Parte Contratante donde resida o que regrese a dicho territorio, y, por tanto, un trabajador en estas condiciones «gozará de prestaciones según las disposiciones de la legislación de la referida Parte, como si hubiera estado sujeto a tal legislación durante su último empleo».

En la medida en que el Convenio bilateral hispano-suizo es anterior al Convenio Europeo de Seguridad Social y siendo éste posterior y ratificado por Suiza y España, el TS considera que éste Convenio multilateral sustituye al bilateral anterior, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio Europeo, que, con reserva del artículo 6, establece que «el presente convenio sustituirá... a cualquier convenio de seguridad social que vincule a dos o más partes Contratantes». La reserva del artículo 6 se refiere a la posibilidad de mantener en vigor de común acuerdo las disposiciones de los convenios por las que las partes estén vinculadas, mencionándolos en el Anejo III, pero, por lo que se refiere a España, en ese anexo sólo se menciona el Convenio con Austria y su acuerdo de aplicación. La reserva del artículo 7 se concreta en la autorización a las partes del Convenio Europeo para concertar entre sí convenios de Seguridad Social, lo que no es el caso desde la fecha de ratificación por España del Convenio Europeo. Y, finalmente, la reserva del artículo 9 se refiere a la extensión de los beneficios de las disposiciones de convenios mantenidas en vigor.

La conclusión, según ello, es clara, y tal como afirma el TS, el Convenio Europeo de Seguridad Social es aplicable en orden a la totalización de los períodos de cotización a efectos de las prestaciones de desempleo, y por ello, la trabajadora que ya había sido beneficiaria del subsidio para emigrantes retornados, reúne los períodos de cotización necesarios para acceder al subsidio solicitado.

Otra Sentencia relevante, en orden al análisis de la ahora estudiada es la STS de 16 de marzo de 2005, en la que como en ésta también es ponente Samper Juan, que casa y anula la STSJ, también de Galicia, dictada en autos promovidos por el recurrente contra el IENM y el INSS, sobre desempleo. En ésta, el supuesto enjuiciado se refiere a un trabajador que tiene cotizados en Suiza un total de 343 meses al que se le deniega el subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Le fue denegado por no reunir la carencia de seis años de cotización, como exige el artículo 215.1.3 de la LGSS, ya que las cuotas a que se refiere el apartado 2 del número 1 del artículo 215 LGSS, son únicamente las realizadas en España y en los países de la Unión Europea, sin que quepa computar las realizadas en Suiza.

En este caso, los recurrentes plantean la existencia de trato discriminatorio entre emigrantes españoles retornados de Suiza en relación con los que regresan de la UE —lo que ya fue resuelto en sentido negativo en la anterior Sentencia de 7 de marzo de 2005 por el propio TS—, vulneración el artículo 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social que establece la totalización de los períodos de cotización completados bajo la legislación de cualquiera de las partes contratantes y, finalmente, infracción del Convenio Bilateral entre Suiza y la Unión Europea sobre libre circulación de personas suscrito en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, que entró en vigor el 1 de junio de 2002, y cuyo protocolo establece, la totalización de períodos de cotización en materia de desempleo. El TS, recogiendo y remitiéndose a la STS de 7 de marzo de 2005, considera que lo que realmente se ha producido es una infracción del artículo 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social, cuya redacción es sustancialmente igual a la de artículo 48 del Reglamento 1408/1971, gozando dicho Convenio de preferencia aplicativa sobre el Convenio Bilateral Hispano-Suizo. Y por lo tanto, en aplicación de dicho precepto, procede la totalización de los períodos de cotización realizados en Suiza a efectos de prestaciones de desempleo.

En la STS de 12 de abril de 2006, ponente Desdentado Bonete, el TS vuelve a resolver un supuesto de hecho similar, también casando y anulando una sentencia del TSJ de Galicia, sobre desempleo asistencial de mayores de 52 años—, en este caso revocando una sentencia estimatoria del Juzgado de lo Social núm. 3 de Orense, con fecha de 17-9-02. En este caso la trabajadora acreditó cotizaciones de 361 meses entre 1965 y 1996 en Suiza, con cotización a desempleo desde 1977 y el Juzgado de lo Social estimó la



demanda con efectos económicos desde el día siguiente al de la solicitud, al considerar computables aquéllas cotizaciones a efectos del período de cotización de seis años que el artículo 215.1.3 de la LGSS exige para causar derecho al subsidio de desempleo para trabajadores mayores de 52 años, cuando no se cuestiona que reúne el período de cotización necesario para obtener en su momento la pensión de jubilación en Suiza, habiendo cotizado a desempleo en España durante un breve período de tiempo.

El TSJ, por el contrario sostenía que las cotizaciones suizas no eran computables al no estar prevista la totalización a efectos de prestaciones de desempleo en el Convenio hispano-suizo. El TS declara que dichas cotizaciones son computables en virtud de lo dispuesto en el artículo 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social, y por tanto, el único requisito exigible es e acreditar un período mínimo de cotización en un país de la Unión Europea, que no obstante no acreditarse, no es óbice, para el reconocimiento de la prestación ya que consta que hubo cotizaciones por desempleo a la Seguridad Social española «si bien en un corto período de tiempo».

En la Sentencia que es objeto de atención en este trabajo, la STS de 30 de mayo de 2006, concurren algunos elementos más a tener en cuenta.

En primer lugar, la resolución del INEM, denegando el derecho al subsidio asistencial para mayores de 52 años, argumenta falta del período de carencia genérico y específico para «lucrar una pensión de jubilación» y que el solicitante no reúne el mínimo de 6 años de cotización por desempleo. Y, recordemos que la actora había sido beneficiaria del subsidio por desempleo por retorno del extranjero desde el 2 de septiembre de 2000 hasta el 1 de marzo de 2002, además, en el período 1965-2000 acredita 425 meses cotizados en Suiza.

En segundo lugar, y a diferencia de los supuestos anteriores, la sentencia de instancia, que fue confirmada íntegramente por el TSJ, estimó parcialmente la demanda, declarando el derecho a percibir el subsidio de desempleo para mayores de cincuenta y dos años, en la cuantía diaria del setenta y cinco por cien del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, a partir del uno de junio de 2002 y hasta que proceda su jubilación. Y ello por entender que no eran computables las cotizaciones efectuadas en Suiza por desempleo, al no prever el cómputo recíproco el Convenio hispano-suizo. La actora pretendía se le reconociese el derecho al subsidio con efectos económicos desde el 26 de febrero, que es lo que efectivamente reconoce el TS, casando y anulando la sentencia de instancia.

El TS, desde nuestro punto de vista, no es lo suficientemente explícito de las razones que explican el fallo, haciendo remisiones a sentencias anteriores, alguna de las cuales acabamos de analizar, o transcribiendo literalmente alguno de sus fundamentos o artículos del Convenio Europeo de Seguridad Social. En efecto, en el presente caso, concurren circunstancias no



coincidentes con las de alguna de las sentencias de referencia, ya que se trata de analizar en qué medida la percepción del subsidio de retornados y la cotización durante este período puede afectar a la percepción del subsidio de mayores de 52 años. Del mismo modo, tampoco queda suficientemente explicitada la razón por la cual se considera una u otra fecha a efectos económicos, aunque es claro que el reconocimiento en la fecha anterior se basa precisamente en considerar procedente el cómputo de cotizaciones suizas previsto en el Convenio Europeo de Seguridad Social. Esta última es la cuestión, que, como es lógico se resuelve en el mismo sentido que la propia jurisprudencia del TS ha sentado, rectificando la inicial de 1994, pero olvida el Tribunal dejar más claras las razones por las que se reconoce con tres meses de diferencia, que es lo que reclama la actora, lo que, como decimos, procede por ser aplicable el cómputo de las cotizaciones suizas.

En todo caso, y como conclusión de orden más general, dadas las dificultades que está planteando el acceso a subsidios por desempleo de los españoles que han trabajado fuera de nuestro país, parecería necesaria una revisión de los requisitos de acceso, tal y como sugirió el CES en su Dictamen 10/2005.





## DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

### PERSONAL EVENTUAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD Y NEGACIÓN DEL DERECHO A VACACIONES

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2006*

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA \*

**SUPUESTO DE HECHO:** La figura del personal estatutario designado o contratado para prestar exclusivamente servicios de atención continuada —guardias médicas— en los servicios públicos de salud es la protagonista de esta resolución que, como en tantas otras ocasiones, tiene varias vertientes o líneas interesantes de argumentación, pero de las que se va a destacar ahora concretamente una, la relativa al derecho a vacaciones retribuidas o, al menos, a su necesaria compensación económica. El supuesto, tramitado a través de demanda que se cursa por el proceso laboral ordinario, se materializa en una reclamación de cantidad por diferencias retributivas que encuentra su título justificativo en última instancia en lo que devenga otro profesional comparable, más exactamente, el personal de plantilla, que junto a los servicios de atención continuada también desarrolla el resto de tareas asistenciales, por así denominarlas, regulares u ordinarias.

En cuanto al íter procesal y al detalle de la pretensión, cabe destacar en primer lugar que la demanda original acumulaba en realidad tres conceptos o sumandos distintos. A saber: complemento específico de dedicación exclusiva, prorrateo de pagas extraordinarias y compensación económica por ausencia de disfrute efectivo de periodo de vacaciones. Estimados todos o declarados procedentes en la Instancia (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Granada, de 13 de febrero de 2004), el conjunto fue sin

\* Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

embargo objeto progresivo de merma, al restársele el componente de pagas extraordinarias en la Sentencia que resolvió el recurso de suplicación (TSJ de Andalucía, Sevilla, 25 de enero de 2005); además de la parte correspondiente a vacaciones, restada en el trámite casacional, interpuesto también a instancias del Servicio Andaluz de Salud.

**RESUMEN:** La Sentencia del Tribunal Supremo [Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1218/2005 (RJ 2006, 8579). Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan] reitera doctrina ya unificada por la sentencia de 7 de octubre de 2002 (RJ 2004, 1865) invocada como referencial, y seguida en otras como las de 22-3-05 (RJ 2005, 3569), 24-5-05 (RJ 2005, 9659), 3-6-05 (RJ 2005, 9645), 26-7-05 (RJ 2005, 9135) y 14-2-06 (RJ 2006, 4438), en el sentido de denegar el derecho a disfrutar vacaciones retribuidas por los facultativos vinculados a un Servicio de Salud con nombramiento eventual para prestar exclusivamente servicios de atención continuada.

#### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PERSONAL EVENTUAL FACULTATIVO
3. TÉRMINOS Y CONCEPTOS BASE DEL CONFLICTO
4. UNA VALORACIÓN CRÍTICA

### 1. INTRODUCCIÓN

Si el campo de la función pública y demás personal sometido a un régimen propio del Derecho Administrativo, más allá de las manifestaciones de orden sindical y colectivo —también el de la prevención de riesgos laborales—, ha sido un ámbito normalmente extraño a los laboristas y situado extramuros del Derecho del Trabajo como consecuencia de la exclusión constitutiva del art. 1.3.a) ET, no cabe decir lo mismo respecto del singular colectivo que conforma el denominado personal estatutario que desarrolla sus tareas en los servicios públicos de salud. De hecho, basta una sucinta referencia de bibliografía para contrastar tanto la atención que ha merecido por parte de significados analistas, como la variedad y significación de los temas objeto de estudio <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> AA.VV., *Personal estatutario de la Seguridad Social*, (coord. A. Desdentado Bonete), Madrid, CGPJ, 2000. AA.VV., *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud*, (coord. por P. González Salinas y E. Lizarraga Bonelli), 2.ª ed., Aranzadi, 2006. CAMPS RUÍZ L. y SALA FRANCO, «Los estatutos de personal de institu-

Recientemente, un hecho normativo de capital importancia, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud está polarizando, como no podía ser de otro modo, la práctica totalidad de los debates y contiendas jurídicas. Contiendas que nunca fueron pocas en realidad, ni tampoco ahora, entre otras razones por el propio devenir del sistema de atención sanitaria, extraordinariamente complejo tanto de un punto de vista cuantitativo —junto a la educación conforma uno los dos grandes pilares de servicios públicos del Estado de Bienestar—, como cualitativo, por mor de su estructuración, acorde con nuestro sistema de reparto territorial de competencias y su composición mixta, al estar formado por recursos públicos y privados.

En cualquier caso esta especie de inercia o *vis* atractiva para los especialistas del Derecho del Trabajo tampoco parece que se haya visto mermada por la deriva de uno de los nexos por antonomasia, como ha sido el del cambio de la jurisdicción competente. Pues del tradicional conocimiento por el orden de lo social se ha pasado, primero de una forma gradual como consecuencia de la implantación de los actos separables, después con un desenlace final ciertamente abrupto, a la atribución en exclusiva de toda esta materia litigiosa —excepción hecha de las cuestiones prestacionales de Segu-

ciones sanitarias de la Seguridad Social y el principio de igualdad», *Poder Judicial*, núm. 14, pág. 216 y ss. CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A.V., *El personal estatutario de la Seguridad Social en la doctrina de unificación (1991-1998)*, Aranzadi, 1999. CISCART BEÀ, N. y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, R., «Las guardias del personal facultativo estatutario de las instituciones hospitalarias. Cuestiones de interés y criterios jurisprudenciales», *RL* 3/2001, pág. 17 y ss. DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. «El personal estatutario al servicio de las instituciones sanitarias: una aproximación a su problemática actual y a sus perspectivas de futuro», *RL* 5/2001, pág. 15 y ss. ESPINOSA CABEZAS, A., «Jurisdicción y personal estatutario de la Seguridad Social», *La Ley* 2/1995, págs. 766-771. GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, CES, 1996, del mismo autor, «Consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la relación estatutaria del personal de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social», *Temas Laborales*, 39/1996, págs. 71-93. LANDA ZAPIRAIN, J.P., *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, CES, 1999. LÓPEZ GANDÍA, J., «El personal estatutario y las fuentes de regulación de sus condiciones de trabajo», *Actualidad Laboral* 45/1989, pág. 597 y ss. MARÍN ALONSO, I., «Problemas jurisprudenciales en torno a la jornada del personal estatutario», *Temas Laborales*, 43/1997, págs. 101-134. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La aplicación de la directiva 93-104 CEE al personal estatutario de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2002. PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Comentarios al estatuto marco del personal estatutario de los*, 2 vol., Bosch, 2004. SALA FRANCO, T., *El estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud*, Tirant lo Blanch, 2004. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Personal estatutario de los servicios públicos de salud: sistema retributivo», *REDT* 131/2006, págs. 649-703. SANTANA GÓMEZ, A., «Los efectos del “despido” del personal estatutario temporal», pág. 425 y ss, en AA.VV. *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Aranzadi, 1997. Tb. «Doctrina jurisprudencial sobre el cese del personal médico interino al servicio de la Seguridad Social», *Temas Laborales* 37/1995, págs. 3-29.

ridad Social, al ser personal encuadrado en el Régimen General— al Orden Contencioso-Administrativo, y no tanto por una decisión legislativa explícita, como por consecuencia de la interpretación de su alcance<sup>2</sup> por parte de los correspondientes órganos judiciales.

## 2. EL PERSONAL EVENTUAL FACULTATIVO

La mera referencia sobre la incardinación de la Sentencia que ahora se comenta en el orden social de la jurisdicción, pone ya en evidencia que la realidad objeto de enjuiciamiento no va a estar bajo la regulación del nuevo Estatuto Marco, sino de la normativa anterior. Más concretamente, del Estatuto Jurídico para el Personal Facultativo de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre y, sobre todo, de las Leyes 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud.

Disposiciones estas últimas caracterizadas, por lo que ahora interesa, por las habilitaciones que dispusieron en orden al establecimiento de relaciones de duración temporal determinada por parte del personal facultativo, expresamente diseñadas para autorizar *la prestación de servicios de atención continuada fuera de la jornada establecida con carácter general y en las condiciones previstas para dicha prestación, en aquellas unidades en que resulte necesario para el mantenimiento de la atención continuada*, sin que por ello estos médicos ocupasen plaza de plantilla, ni generasen siquiera —*en ningún caso*, añade el art. 54 de la Ley 66/1997—, *la condición de titular en propiedad de las instituciones sanitarias públicas*. Unas disposiciones sin duda muy novedosas, por sorprendentes, tanto en el ámbito del sector sanitario, como en general en el entorno de la Administración Pública, en el que supone que la contratación administrativa de carácter temporal había quedado erradicada tras la aprobación de la Ley 32/1984, de Medidas urgentes para la Reforma de la Función Pública —con la única excepción que suponía la contratación de profesorado asociado en el ámbito de la docencia universitaria—.

El verdadero problema, no obstante, es que estas normas no van a incluir mayores previsiones que las relativas a la propia duración temporal de la relación y a la mera potencialidad de su existencia. Es decir, no hay refe-

<sup>2</sup> Un repaso al proceso en BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A., «El personal estatutario fuera de la jurisdicción social, una decisión sumamente discutible. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 14 de diciembre 2005», *Iuslabor*, 1/2006.

rencias sobre su duración, ni mínimas, ni máximas<sup>3</sup>; indicaciones sobre el régimen jurídico aplicable a su desarrollo —más allá de la mención a que han de servir para prestar *atención continuada fuera de la jornada establecida con carácter general y en las condiciones previstas para dicha prestación*—, ni, tampoco, otros pronunciamientos determinantes en relación a aspectos cruciales como el retributivo, que queda así delegado a lo que cada concreto Servicio Autonómico determine.

Una indefinición que provocó un sinfín de situaciones muy dispares, aunque en general nada satisfactorias. Contrataciones de personal por días —a veces, incluso, por días hábiles a efectos de reducir el coste de la contratación durante los días de descanso semanal—; formalización de un nombramiento (contratación) por cada día de prestación efectiva o, también, una única designación genérica o marco que habilitaba para todo el proceso; altas y bajas constantes en materia de Seguridad Social, sin cotización ni reconocimiento de carrera contributiva durante los días intermedios entre cada jornada de prestación efectiva de servicios, con la consiguiente denegación de prestaciones si se accedía desde una situación de «baja»; multitud de reclamaciones por ceses, ante la indefinición de la causa justificativa y la ausencia de normas sancionadoras-reparadoras a semejanza de las presunciones sobre el carácter indefinido de la relación, propias de la legislación laboral<sup>4</sup>, etc.

Algunas de estas situaciones fueron corregidas tras la censura que mereció su enjuiciamiento por parte de Juzgados y Tribunales<sup>5</sup>, pero otras, es-

<sup>3</sup> Límites que incorpora el actual Estatuto Marco, al indicar su art. 9.3 que el nombramiento de carácter eventual, que se expedirá en los siguientes supuestos:

- a. Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.
- b. Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios.
- c. Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.  
... Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

<sup>4</sup> Al respecto, el art. 7.5. de la Ley 30/1999, se limitaba a establecer que *el nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos*:

- a. Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.

- b. Cuando sea necesario para la cobertura de la atención continuada.

*Se acordará el cese del eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.*

<sup>5</sup> En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, el cambio de criterio se observa en la Resolución de la Dirección General de Personal y Servicios, número 926/03, de 20 de octubre,



pecialmente las referidas a los aspectos retributivos, nunca terminaron de solventarse pues la disparidad de situaciones base fue considerado título suficiente para que la desigualdad de tratamiento no se considerara, ni discriminatoria ni desproporcionada.

### 3. TÉRMINOS Y CONCEPTOS BASE DEL CONFLICTO

En materia de condiciones de trabajo en sentido estricto, jornada y retribución, y como consecuencia de la indefinición legislativa que dio paso a la habilitación de este tipo de nombramientos, se concentraron así la mayor parte de las situaciones litigiosas. Ha de tenerse en cuenta que las situaciones fácticas puestas de manifiesto, pronto evidenciaron que este personal eventual desarrollaba con carácter generalizado una jornada efectiva igual o superior a la que se considera ordinaria para el personal fijo o de plantilla (al menos en términos cuantitativos, con independencia de su concreción o forma de distribución), mientras que su retribución era sensiblemente inferior al quedar establecida mediante los módulos unitarios y comunes por guardia o atención continuada, según se tratase de facultativos o especialistas que prestasen servicios en centros hospitalarios, o estuvieren adscritos a centros de salud y resto de centros de la red de atención primaria en general.

El problema se suscitaba, pues, en torno al sentido y la aplicabilidad del RDL 3/1987, de 11 de septiembre, por el que se establece la estructura retributiva básica del personal estatutario, en relación con las normas autonómicas que fijaban la jornada ordinaria exigible y la consideración como guardia o atención continuada, sólo del exceso de la misma. Y es que, ante la evidencia de relaciones de servicios constantes y duraderas en el tiempo, con considerables jornadas de trabajo desarrolladas tanto en módulo semanal como anual, no faltaron pronunciamientos judiciales que entendían que

---

por la que se modifica y deroga la Resolución 65/1999, al ordenar —aunque sólo a partir de su fecha de publicación—, que el alta en seguridad Social del personal facultativo designado para la prestación de servicios de atención continuada en las instituciones sanitarias del SAS se realice de forma ininterrumpida durante todo el periodo de vigencia del nombramiento, debiendo extenderse también al mismo periodo los parámetros para el cálculo de la cotización. Y ello, tal como indica su preámbulo, por *la irrupción de diversos pronunciamientos judiciales habidos desde aquellas instrucciones*. Sobre la ordenación de estas fuentes y su incardinación con otras negociadas en este mismo ámbito, valga la cita de mi trabajo «La negociación colectiva en el sector sanitario andaluz», en AA.VV. *La Negociación Colectiva en la Administración Pública Andaluza* (Coor. J. Cruz Villalón), Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005, págs. 367-437

primero se ha de acudir al modelo de retribución ordinario —el establecido con ese carácter por el RDL 3/1987, es decir, las retribuciones básicas de cualquier funcionario público (salario base y complementos específicos y de destino)—, y sólo una vez agotada la jornada considerada ordinaria, permitir el recurso de la retribución mediante el complemento unitario por guardia o atención continuada, del resto de la jornada que se desarrolle.

Estas correcciones, fijadas de nuevo a través de pronunciamientos de Instancia y por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, fueron sin embargo desatendidas por la doctrina que fijó el Tribunal Supremo. La propia Sentencia que sirve de referencial para el contraste, en el proceso concreto que es ahora objeto de este análisis, resultó determinante a la hora de establecer que: «... El Real Decreto-ley 3/1987, de 11 de septiembre, contiene la regulación básica de las retribuciones del personal estatutario dependiente del Insalud, y define el complemento de atención continuada litigioso, como aquél destinado a la remuneración del personal para atender a los usuarios del sistema de salud de manera continuada, incluso fuera de la jornada establecida... De ello, se extrae la conclusión de que no hay base legal para que los facultativos de refuerzo que solo perciben el complemento de atención continuada como consecuencia de su nombramiento y específica actividad, lleguen a percibir sus retribuciones por los mismos conceptos o cantidades que los facultativos de plantilla, pues no es lo mismo realizar una jornada normal de 40 horas correspondientes a un servicio ordinario de plantilla más las eventuales remuneradas por el concepto de atención continuada, que la jornada de un médico de refuerzo cuyo tiempo de trabajo se extiende a períodos específicos ininterrumpidos limitados exclusivamente al tiempo y actividad normalmente dedicadas a urgencias... En suma, se trata de una opción retributiva válidamente adoptada por la Administración Sanitaria demandada, que no infringe los artículos 1 y 2 del RD Ley 3/1987, pues tales preceptos se limitan a describir las líneas retributivas generales del Personal Estatutario afectado, pero no a establecer su cuantía, que se recoge en las correspondientes Leyes anuales...» [FJ 4.º, STS de 7 de octubre de 2002 (RJ 2004, 1865)]<sup>6</sup>.

Sin embargo, y toda vez que la estructura retributiva de este personal es más rica en conceptos, sobre todo por lo que respecta a los complementos de naturaleza complementaria, que son aquellos que se fijan por la respectiva normativa aplicable en cada servicio autonómico de salud —vgr.

<sup>6</sup> Aunque pudiera ser más propio de un anecdotario que del análisis científico, esta Sentencia provocó no pocos comentarios ante la dificultad que se produjo para su conocimiento fehaciente y la enorme trascendencia económica de su doctrina. Nótese, por ejemplo, que pese a estar datada en octubre de 2002, no se incorporó a los anales jurisprudenciales hasta 2004, así como que fue dictada en un procedimiento de conflicto colectivo.

complementos de exclusividad, productividad, variable y fija, calidad, número de usuarios y/o beneficiarios, etc.—, así como por la existencia de otros aspectos cualitativamente distintos, como es el relativo al derecho a vacaciones, la necesidad de nuevos pronunciamientos judiciales ha seguido siendo una constante.

En ese concreto escenario es en el que se sitúa la STS de 30 de junio de 2006. De hecho, lo que en ésta se revisa es una resolución dictada por el TSJ de Andalucía en la que se reconocía el derecho de una médica eventual al devengo tanto de las partidas correspondientes al complemento de exclusividad, como a la parte correspondiente al derecho a vacaciones, siempre en comparación con lo que se le abona a un facultativo fijo o de plantilla por esos mismos conceptos. Sobre esas concretas premisas y respecto de la primera de las partidas, el Tribunal, tras contrastar la ausencia de una doctrina judicial contradictoria, declara incólume tanto el pronunciamiento de instancia como el establecido en suplicación, al no poder ser ahora objeto de enjuiciamiento<sup>7</sup>. Sin embargo, y respecto del derecho a vacaciones, sí

<sup>7</sup> Sobre esta concreta materia del derecho al devengo del complemento específico de exclusividad, la jurisprudencia existente ha girado en realidad alrededor de otros criterios y puntos de conflicto. Concretamente, la discusión suele versar sobre si la mera firma del compromiso de exclusividad en el momento del nombramiento; o si la mera declaración jurada, también anexa en el mismo documento, del cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley 53/1984, junto a la ausencia de prueba de realidad contradictoria por parte del servicio de salud, son títulos suficientes para su devengo y abono; o si por el contrario, son conceptos renunciables para la autonomía individual. En sentido afirmativo sobre la primera opción, y denegatorios de la segunda, se pronuncian las SSTS de 17/9/2004 (RJ 2004\5775), 30/9/2004 (RJ 2004\7495), 4/12/2002 (RJ 2002\4083), y del propio TSJ de Andalucía (Sala de lo Social) de 10/6/2004 (JUR 2004/138886) y 24/2/2004 (AS 2004\849). Con mayor precisión afirma la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social de Sevilla, de 25 de octubre de 2004 (número 3109/04), afianzada en este extremo por Auto del TS, de 8 de junio de 2006, por el que se declara la inadmisión a trámite del recurso de casación interpuesto por el SAS (núm. 5511/2004), que: *«La tesis favorable al demandante ha sido reiteradamente mantenida por esta sala, en sentencias, entre otras, de 29 de octubre de 2001, 15 de enero y 12 de febrero de 2002, 4 y 25 de noviembre de 2003, en las que, sobre este particular, se decía, en síntesis, que cuando en cada nombramiento (de interino o eventual) se hizo constar en el impreso oficial que se le facilitaba por el organismo demandado al interesado, que, a los efectos previstos en la Ley 53/84 de Incompatibilidades, no se desempeña otros puestos en la actividad pública ni en la privada, ello equivale a su solicitud de dedicación exclusiva...»*

*Y si bien es cierto que, al tener la CCAA andaluza transferidas las competencias en materia sanitaria, las disposiciones del Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, han sido desarrolladas por normas de diverso índole y rango, emanadas de los diferentes organismos competentes de la Junta de Andalucía, esta misma Sala ya ha tenido ocasión de señalar en Sentencia, entre otras, de 4 de noviembre de 2003, que no cabe reconocer validez y eficacia en materia retributiva a la Resolución 65/1999, de la Dirección General de Personal y Servicio del SAS, en la que basa la demandada para negar el derecho del recurrente al citado complemento, porque no se atiene a los conceptos retributivos establecidos en el Real Decreto-*

considera contradictorio el pronunciamiento anterior con su propia doctrina, declarando en su FD 4.º lo siguiente:

«... Con evitación de repeticiones innecesarias, nos remitimos expresamente a los extensos argumentos de la sentencia de contraste que niega al personal con nombramiento eventual para atención continuada el derecho, entre otros, a las vacaciones retribuidas y pasamos a reiterar la conclusión que alcanza en su fundamento quinto, acomodándola a la única pretensión debatida en este recurso. Descartado, por ausencia de soporte jurídico, que los facultativos con nombramientos eventuales para la prestación de servicios de atención continuada tengan que percibir sus retribuciones de la misma forma que los de plantilla de su misma categoría en Atención primaria o Especializada, y sentado que el sistema de remuneración establecido para ellos constituye una opción legal válidamente adoptada por la Administración demandada, derivada de un sistema de trabajo que comporta una cadencia de días irregular o intermitente a lo largo del mes o del año, no hay base alguna para sostener las pretensión referida a vacaciones anuales, pues tal pretendido derecho, contenido en el artículo 44 del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, se construye por el actor desde la perspectiva de la equiparación total con los médicos de plantilla, como si su actividad, la cadencia, las interrupciones de aquella y su jornada, fuesen equivalentes a las de los médicos de plantilla, lo que evidentemente no ocurre».

Llegados a este punto, lo primero que hay que hacer es sin duda contrastar la premisa de partida para poder así valorar la entidad del razonamiento. Por cuanto que se parte de un ejercicio de remisión —*Con evitación de repeticiones innecesarias, nos remitimos expresamente a los extensos argumentos de la sentencia de contraste*—, que hace imprescindible tener que acudir a la misma. Lo curioso va a ser sin embargo, que ese supuesto «extenso argumento» va a resultar en realidad más corto incluso que el que ahora sirve para desestimar este punto de la pretensión, pues en la Sentencia que sirve de contraste [STS 7/10/2002, RJ 2004, 1865] no se va a poder leer más reflexión relativa al derecho a las vacaciones que la incluida en el FD 5.º, último de la Sentencia, y en la que se establece que:

«... Descartada jurídicamente la necesidad de que los facultativos con nombramientos para la prestación de servicios de atención continuada tengan que percibir sus retribuciones de la misma forma que los de plantilla de su misma

---

*Ley, que han de respetar las normas que lo desarrollan por exigirlo así su Disposición Final 1.ª, en aplicación del principio general de jerarquía normativa, debiendo considerarse por tanto, que la denegación del complemento debatido al personal eventual de refuerzo, por el mero hecho de ser eventual carece de justificación y amparo legales...».*

categoría en Atención primaria o Especializada y sentado que el sistema de remuneración establecido constituye una opción legal válidamente adoptada por la Administración demandada, derivado todo ello de un sistema de trabajo que comporta una cadencia de días irregular o intermitente a lo largo del mes o del año, no hay base alguna, como se dice acertadamente en la sentencia recurrida, para sostener las pretensiones restantes, referidas a vacaciones anuales y permisos por asuntos propios, pues tales pretendidos derechos, contenidos en los artículos 39.2, 44 y 45 del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, se construyen por los actores desde la perspectiva de la equiparación total con los médicos de plantilla, como si su actividad, la cadencia, las interrupciones de aquélla y su jornada, fuesen equivalentes a las de los médicos de plantilla, lo que, como se ha razonado, no ocurre».

#### 4. UNA VALORACIÓN CRÍTICA

Lo anterior resulta ya indicativo del esfuerzo argumentativo que se realiza por parte del TS, y lo que es mucho peor, de la ausencia de mayor construcción acerca de la virtualidad del reconocimiento del derecho a vacaciones, sea en su vertiente de derecho necesario e indisponible ligado a la vida e integridad, al descanso y a la salud laboral o hasta al propio ocio personal<sup>8</sup>. Así como sobre la necesidad de salvaguardar su disfrute efectivo, también en el caso del personal temporal eventual, para quien, precisamente, se diseñan algunas de las técnicas normativas específicas instauradas tanto en la normativa nacional como internacional.

Cabe decir en descargo del Tribunal que es cierto que la pretensión se articula en ambos procesos —el de la sentencia recurrida y en el de la de contraste— en forma de derecho al devengo de una cantidad económica por ausencia de un disfrute efectivo de las vacaciones, es decir, a modo de compensación en metálico, y que ése ha de ser siempre un mecanismo alternativo y subsidiario reservado en exclusiva para supuestos límite —vgr. extinción del contrato, suspensión de la relación, imposibilidad material en suma—. Pero ello no quita que el derecho al descanso se pueda «despachar» con una alusión a la diferente regularidad, cadencia o intensidad de la actividad asistencial que desarrolla un médico eventual en relación con otro de plantilla —presumiendo poco menos la menor dureza del trabajo de urgencias—, para denegar sin más este derecho al primero. Y no ya porque la situación no pueda considerarse ni discriminatoria ni desigual respecto de la del segundo, sino mucho peor aun, por cuanto que se establece que este

<sup>8</sup> Al que sí se refiere en cuanto que presupuesto indispensable del disfrute efectivo, en su STS 30/4/1996 (RJ 1996, 3627).

tipo de personal se encuentra desposeído de ese derecho por mandato de la propia normativa de aplicación.

No corresponde en un trabajo como éste analizar en profundidad el concepto y la funcionalidad de la institución<sup>9</sup>, pero sí recordar como todas las fuentes normativas hacen especial hincapié en estos caracteres de generalidad, intangibilidad e imperatividad del derecho a vacaciones, así como de la reserva de la opción por la compensación económica sólo para supuestos excepcionales. Así se desprende de preceptos como los incluidos en los arts. 11 y 12 del Convenio 132 OIT<sup>10</sup>, sobre vacaciones pagadas; los arts. 1, 7 y 18.1.b.ii) de la Directiva 93/104/CE<sup>11</sup>, de 23 de noviembre; y, también, en los arts. 17.1.g) y 53 del actual Estatuto Marco para el Personal Estatutario<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Vid. los trabajos de BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*, Comares, 2002; CHARRO BAENA, P. y SEMPERE NAVARRO, A.V., «Las vacaciones laborales», *Cuadernos de Aranzadi Social*, 2003, en esp. pág. 173 y ss; y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Sobre el derecho a vacaciones*, 100/2000, pág. 48 y ss.

<sup>10</sup> Semejante en este punto al 101 (1952, aunque ratificado en 1972), específico sobre vacaciones pagadas en la agricultura, y al 146 (1976, ratif. 1980) para la gente del mar.

<sup>11</sup> Directiva, que en este punto no hace sino concretar el derecho reconocido en el art. 8 de la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989 cuando declara que: «Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho al descanso semanal y a unas vacaciones anuales pagadas, cuya duración, en uno y otro caso, deberá armonizarse por la vía del progreso, de conformidad con las prácticas nacionales».

<sup>12</sup> Preceptos, por otra parte, absolutamente homologables en este punto con lo establecido por el Estatuto anterior y aplicable al supuesto de autos, en tanto que establecen la equiparación entre fijos y temporales en todo aquello que no resulte contradictorio. Así se deduce sin dificultad de la comparación entre el art. 6 del Decreto 3160/1966: «Personal contratado. 1. Será personal contratado el que las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social, conforme a su Reglamentación respectiva ..., rigiéndose su actuación por lo previsto en los contratos que en cada caso se suscriban, y en lo no previsto en ellos, por cuanto resulte aplicable por analogía con las disposiciones recogidas en el presente Estatuto y en los Reglamentos correspondientes». Y el mencionado art. 9.5 del actual Estatuto Marco, en el que se lee: «Al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo». Sobre todo, si se tiene en cuenta el dictado del derecho sustantivo en cuestión, que no es otro que el que se recoge en el art. 44 del Estatuto de 1966, que reza: «Art. 44. Vacación anual:

1. El personal sanitario al servicio de la Seguridad Social tendrá derecho a una vacación anual de un mes de duración, durante la que percibirá íntegramente los honorarios que le corresponda.

2. Será condición indispensable para poder disfrutar de este derecho haber prestado servicio en la Seguridad Social durante el año inmediato anterior a la fecha de iniciación del permiso.

3. Cuando por imposibilidad material de sustitución sea denegado el disfrute de la vacación anual, se tendrá derecho a percibir unos honorarios equivalentes a los normales que se percibieran en el mes de diciembre, excluidas las pagas extraordinarias que pudieran corresponder en el citado mes.

Y es que negar el derecho a vacaciones poco menos que *per se*, a un profesional que presta sus servicios en régimen de dependencia y ajenidad, resulta tan claramente contrario a los dictados de la propia Constitución (art. 40.2), que se impone la búsqueda de algún argumento complementario de esta doctrina judicial, aunque para ello haya de defenderse que se encuentra de forma tácita o presunta.

Y ese argumento, es cierto que se puede localizar parcialmente entre las reglas específicas dictadas para el personal temporal. Muy especialmente, entre aquellas que están destinadas a relaciones contractuales de muy corta duración —vgr. inferior a 120 días en el caso del Salario Mínimo Interprofesional<sup>13</sup>—. La idea, de síntesis, es que en estos casos, bien porque la extinción irrumpe de forma poco menos que inmediata o de forma imprevista, bien porque no cabe la necesaria planificación que articule los intereses en conflicto, se admite la «sustitución» del derecho por su equivalente económico.

Por ello resulta menos convincente aun la tesis que mantiene el TS. Porque de negársele el derecho al disfrute efectivo de vacaciones a este tipo de personal, al menos, habrá de reconocérsele el devengo de la correspondiente compensación, que habrá de adicionarse en todo caso al monto de la retribución ordinaria. Esa solución la tenía el Tribunal a su disposición, con independencia ahora de la forma concreta de cálculo. Por eso, hay que insistir, resulta criticable la decisión final. Pues considera que en la retribución unitaria por módulo de guardia y atención continuada ya están incluidos todos los conceptos —quizás también el de vacaciones—, sin caer en la cuenta que esa misma cantidad devenga el personal fijo de plantilla, con la singularidad de que éste, además de las retribuciones ordinarias, durante sus vacaciones anuales también adicionan el promedio de lo devengado en concepto de guardias en el último trimestre. Es decir, a los estatutarios eventuales no es que no se les reconozca el derecho a vacaciones, tampoco se les compensa o sustituye por medio alguno la ausencia de su disfrute efectivo y, encima, se les retribuye el trabajo que desempeñan con una cantidad inferior a la que reciben los fijos de planilla, al no serles prorrateada cantidad alguna por ese título en «la mensualidad de vacaciones».

<sup>13</sup> Vid. el art.4.1 del Real Decreto 1632/06, de 29 de diciembre, por el que se establece el Salario Mínimo Interprofesional para 2007.



## EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

### EL ACOGIMIENTO VOLUNTARIO A UN PLAN DE PREJUBILACIÓN AUTORIZADO POR LA AUTORIDAD LABORAL: EXTINCIÓN POR DESPIDO COLECTIVO. EL NUEVO CRITERIO UNIFICADO

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala General), de 24 de octubre de 2006*

MANUEL GARCÍA MUÑOZ \*

**SUPUESTO DE HECHO:** Un trabajador más, de los miles acogidos en los últimos años a los distintos «planes de prejubilación» ofertados, sobre todo, por las grandes empresas a sus empleados, para que cesen definitivamente en su prestación de servicios profesionales, con motivo de alcanzar una edad relativamente próxima (a partir de los 60 o, incluso, de los 55 años) a la edad establecida por la normativa de Seguridad Social para causar la pensión de jubilación, bien porque así se prevé en convenio colectivo o en acuerdo anexo al mismo, bien porque se recoge en Expediente de Regulación de Empleo autorizado por la autoridad laboral la posibilidad de extinguir las relaciones laborales de los trabajadores que voluntariamente muestren su conformidad al sistema de prejubilaciones propuesto, recurre a la Jurisdicción social, incluida su máxima instancia, para que se le reconozcan sus derechos laborales o sociales derivados directa o indirectamente de la finalización de su contrato de trabajo. En este caso, el actor, trabajador de la empresa Robert Bosch Fábrica Alcalá S.A., mutualista a 1 de enero de 1967, con un período de cotización acreditado de 49 años y con una base reguladora, a efectos de cálculo de la prestación de jubilación, cifrada en 2.209,93€ mensuales, prestó voluntariamente su consentimiento a ser incluido en el plan de prejubilaciones, consistente, primero, en acceder a la

\* Profesor Colaborador Doctor del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



prestación de desempleo del nivel contributivo del Sistema de Seguridad Social, en percibir, a su finalización, el importe establecido por las ayudas previas a la jubilación ordinaria según lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de octubre de 1994 y, finalmente, en solicitar la correspondiente pensión de jubilación, lo que realizó al cumplir los 64 años de edad. Consecuentemente, la Dirección provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante resolución emitida al efecto, recoció a su favor una pensión de jubilación en un porcentaje del 92 %, sobre la base reguladora correspondiente, considerando para ello, que el beneficiario acreditaba 42 años cotizados y tenía 64 de años de edad, lo que justificaba que se redujera el porcentaje aplicable en un 8 %, al causar la prestación de jubilación con un año de antelación a la edad ordinaria fijada por la normativa de Seguridad Social.

El beneficiario disconforme con el contenido de esta resolución, tanto en lo referente a los años de cotización considerados por la entidad gestora (42 en lugar de 49 años), como el porcentaje de reducción por anticipación de la edad de jubilación aplicado (8 % en lugar de 6 %), presentó la correspondiente reclamación previa frente a la misma, que determinó, tras ser resuelta por el órgano competente, la modificación del número de años de cotización en los términos alegados por el interesado (49 años), manteniéndose, en cambio, el porcentaje reductor en el 8 %.

Frente a la resolución emitida ante la reclamación previa, por la que se ponía fin al expediente administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada por el actor, se interpuso por su parte la oportuna demanda, dictándose por el Juzgado de lo Social número 8 de Madrid sentencia, de 13 de mayo de 2004, confirmatoria de la resolución administrativa.

Preparado, igualmente por el actor, recurso de suplicación contra esta sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, estimando dicho recurso, en sentencia de 29 de septiembre de 2004, declaró que el porcentaje de reducción sobre la base reguladora del beneficiario es el del 6 % y no el del 8 %, condenando, asimismo, a las entidades demandadas a estar y pasar por tal declaración con todas sus consecuencias económicas.

No conforme con el fallo, en este caso, la entidad gestora, se formuló por el Instituto Nacional de la Seguridad Social recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se señala como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada también por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 3 de febrero de 2003, alegándose la infracción de la disposición transitoria tercera, punto primero, apartado 2 de la Ley General de la Seguridad Social, redactada conforme a lo dispuesto en el art. 7.1 de la Ley 42/97, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, en relación la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre. Finalmente, el 24 de octubre

de 2006, se dicta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la presenta sentencia.

**RESUMEN:** Nuevamente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se enfrenta a la cuestión de determinar si el cese de la relación trabajo, debido a la suscripción voluntaria de un trabajador de un plan de prejubilación, acordado en la tramitación de un Expediente de Regulación de Empleo y autorizado por la Autoridad Laboral, como instrumento para extinguir un determinado número de relaciones laborales, tiene carácter voluntario o, por el contrario, involuntario. En este caso concreto, a efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada en los términos más favorables para el beneficiario previstos en la normativa de Seguridad Social, que, como es sabido, se reducen, si la extinción de la relación laboral es considerada involuntaria, en la aplicación de un porcentaje reductor sobre la base reguladora correspondiente, que desciende en atención a los años de cotización que acredite el interesado, en lugar de, si es considerada voluntaria, un porcentaje fijo e independiente del período de cotización consolidado por el trabajador. No obstante, antes de entrar en la resolución de esta cuestión de fondo, la Sala debe despejar, junto con la indefectible exigencia, prevista en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, de constatar la contradicción existente entre la Sentencia contra la que se recurre en casación unificadora y la sentencia de contraste invocada (en este supuesto, la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de febrero de 2003, en la que se declara que el cese, en estos casos, es voluntario, al entender que la mera cobertura por un Expediente de Regulación de Empleo y un plan de prejubilaciones no equivale a una «imposición coactiva» del cese para el trabajador), dos cuestiones de carácter adjetivo o procesal.

Así pues, tras afirmar que se cumple la necesaria contradicción invocada, en primer lugar, el Tribunal, de acuerdo con la reiterada doctrina de la Sala (contenida en sentencias, expresamente citadas, de 15 de abril de 2003 —RJ 2003\4971—, 14 de mayo de 2003 —RJ 2003\6054—, de 15 de diciembre de 2004 —RJ 2005\2499—, de 21 de febrero de 2005 —RJ 2005\2499— y 4 de mayo de 2005 —RJ 2005\6073—), rechaza la alegación por la que se cuestiona la procedencia del recurso de suplicación frente a la sentencia del Juzgado de lo Social, en la que se señala que la cuantía litigiosa no supera el límite cuantitativo establecido en el art. 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, cifrado en 1.803 €. Efectivamente, para el Tribunal, este motivo no puede ser apreciado, puesto que el acceso al mencionado recurso de suplicación no se produce en atención a esta causa alegada, sino a la recogida en la letra b) de dicho artículo, que dispone que *«procederá en todo caso la suplicación ... en los procesos en los que cues-*

*ción debatida afecte a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que ... posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes», como sucede en el presente supuesto.*

En segundo lugar, la alegación de orden procesal de la parte recurrida sobre incumplimiento del requisito para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina establecido en el art. 219.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en conexión con el art. 194.2 de la misma ley por la entidad gestora, igualmente es desestimada por el Tribunal. La desestimación se fundamenta en que no puede ser aceptada la interpretación restrictiva, pretendida por la parte recurrente, de estas disposiciones, en las que se prescribe, expresamente en este último precepto, que *«si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora, ésta quedará exenta del ingreso prevenido en el número 2, pero deberá presentar ante el Juzgado al anunciar el recurso, certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación de pago periódico y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso. De no cumplirse efectivamente este abono se pondrá fin al trámite del recurso»*. En este sentido, la Sala considera que la interpretación formulada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, de que esta exigencia sólo ha de cumplirse cuando la sentencia reconozca el derecho a las prestaciones y no cuando, estando recocado el derecho a las prestaciones, se limita a establecer la condena a un abono de diferencias entre cantidades fijadas por la entidad gestora y el órgano judicial, no es acorde con la literalidad de la norma, como así se ha declarado por el Tribunal en el auto de 28 de junio de 1999. En él, se sostiene que *«la eficacia provisional de la sentencia recaída en materia de Seguridad Social, que condena a la entidad gestora al pago de una pensión... quedaría parcialmente incumplida, si al ser incrementado el importe de la pensión, se mantuviera el importe anterior, como única obligación de la Entidad Gestora recurrente...»*. Asimismo, continúa señalando la Sala que, como ha establecido el Tribunal Constitucional (STC 110/1992), que la finalidad de la certificación *«es la de que el beneficiario, que tiene por sentencia judicial reconocido un derecho de contenido económico, no quede desasistido durante la tramitación del recurso, a veces excesivamente larga»*, con lo que se evita *«que al beneficiario de una prestación de Seguridad Social le perjudique el ejercicio por la entidad gestora de su derecho al recurso»*. No obstante, en estos casos, de conformidad también con lo expresado por el Tribunal Constitucional (STC 178/1988), es posible la subsanación de la presentación del certificado, de manera que una vez requerido por el Tribunal el pleno cumplimiento provisional del fallo, si se aporta por la entidad gestora la certificación en el plazo concedido por la Sala, se entiende cumplida esta exigencia.



A continuación, una vez superados los problemas de carácter procesal, entra el Tribunal a valorar el fondo del asunto planteado y, tras revisar el criterio mantenido en los supuestos similares conocidos previamente, declara que, con independencia de haberse pactado un acuerdo de prejubilaciones, en el marco de un Expediente de Regulación de Empleo, el cese de la prestación de servicios del actor se encuentra dentro de las extinciones autorizadas en dicho expediente, por lo que la finalización del contrato de trabajo no se debe a la libre voluntad del trabajador, sino a una causa independiente de la voluntad del trabajador, concretamente a una causa económica, técnica, organizativa o productiva, que ha sido constada por la autoridad laboral y que ha determinado la viabilidad de un despido colectivo. Por lo que procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, confirmándose, con ello, la sentencia de suplicación dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de septiembre de 2004.

#### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES AL NUEVO CRITERIO UNIFICADO
3. BASES ARGUMENTATIVAS DEL NUEVO CRITERIO UNIFICADO
4. CONCLUSIONES

### 1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo, con esta sentencia, dictada en Sala General, al enjuiciar el fondo del asunto planteado, revisa el criterio jurisprudencial que, durante casi dos décadas, venía manteniendo sobre la consideración de la naturaleza voluntaria o involuntaria que tienen las extinciones de las relaciones de trabajo, motivadas por el acogimiento voluntario de los trabajadores a las condiciones establecidas en los denominados planes de prejubilación, acordados en el seno de la negociación colectiva o autorizados en el correspondiente trámite del procedimiento administrativo de despido colectivo. Hasta este momento, la interpretación de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo era unánime, considerándose que los ceses en las prestaciones de trabajo voluntariamente aceptados por los trabajadores a cambio de percibir indemnizaciones de la empresa, junto, en ocasiones, con prestaciones del Sistema de Seguridad Social, desempleo del nivel contributivo fundamentalmente, y ayudas previas a la jubilación ordinaria, así como, también en otros casos, seguir consolidando su carrera de cotización al Sistema mediante la celebración de convenio especial con la Seguridad Social, no podían tener más que carácter voluntario. Por el contrario, con esta sentencia el Tri-

bunal inicia, en este sentido, otra línea de interpretación, apuntada y sostenida, con una u otra formulación, por diversos Juzgados de lo Social, por algunas Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y por parte de la doctrina, que concluye en reconocer el carácter involuntario de las extinciones de las relaciones de trabajo formalizadas en el entorno de un Expediente de Regulación de Empleo.

La opción por el acogimiento de la primera o de la segunda línea de interpretación tiene una relevancia que, sin duda alguna, trasciende la vertiente dogmática o meramente doctrinal de la cuestión sometida a examen, puesto que, en atención a la naturaleza que se considere que tiene el cese en la prestación de servicios, se derivan unos u otros efectos laborales y de Seguridad Social para el trabajador afectado por la extinción. Efectivamente, en el ámbito estrictamente laboral, el trabajador, cuya relación laboral finaliza por despido colectivo y, en consecuencia, por una causa considerada no imputable a su libre voluntad (objetividad causal), tendrá derecho, como mínimo, al importe de la indemnización económica legalmente fijada. En el ámbito de la Seguridad Social, al tener carácter involuntario el cese del trabajador, la normativa de Seguridad Social prevé que el trabajador pueda acceder, si reúne los requisitos del hecho causante, a las prestaciones de desempleo, que pueda obtener, asimismo, si se encuentra en el ámbito de aplicación de la norma, a las ayudas previas a la jubilación ordinaria en el Sistema de Seguridad Social, y que, en fin, pueda causar, si está incluido en uno de los supuesto de la situación protegida, a la jubilación anticipada, con la aplicación de un porcentaje reductor inferior sobre la base reguladora. En cambio, si la extinción de la relación de trabajo se produce por mutuo acuerdo de las partes o unilateralmente por decisión del trabajador, y, por tanto, en cualquiera de los casos, por causa considerada imputable a la libre voluntad del trabajador (subjektividad causal), en el terreno laboral, el trabajador no tendrá derecho a indemnización legal alguna, sino solamente, en su caso, a la que pueda pactar con el empresario, sin perjuicio, como es lógico, de tener derecho a percibir todas las cantidades salariales y extrasalariales devengadas y no percibidas durante la vigencia de la relación laboral. Igualmente, en el terreno de la Seguridad Social, el trabajador no tendrá derecho a acceder a las prestaciones de desempleo, por exigir la normativa de Seguridad Social la involuntariedad en el cese de la prestación de servicios para poder causarlas, ni a las ayudas previas a la jubilación ordinaria en el Sistema de Seguridad Social, ni, en definitiva, a beneficiarse, en todo caso, de la aplicación de un porcentaje reductor, si accede a la jubilación anticipada.

La derivación de estos efectos es, en consecuencia, la que ha motivado que, por un lado, las empresas, en lo atiente a los efectos laborales, y el Instituto nacional de la Seguridad Social, en lo relativo a los efectos de Se-



guridad Social, se hayan decantado por sostener los argumentos en los que se basa la línea interpretativa, mantenida continuadamente hasta la presente sentencia. Y que, por otro, los trabajadores y los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social se hayan inclinado insistentemente por los razonamientos que justifican la nueva interpretación, iniciada a partir de esta sentencia, de las disposiciones normativas en conflicto, modificadas últimamente en sucesivas ocasiones, y de los pronunciamientos judiciales, no unánimes, recaídos sobre las mismas.

## 2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES AL NUEVO CRITERIO UNIFICADO

No puede decirse que la tradicional disposición transitoria tercera de la Ley General de la Seguridad Social, en su versión originaria, planteara problemas interpretativos que excedieran de determinar si el porcentaje reductor, aplicado sobre la base reguladora por cada año que le faltase al beneficiario para cumplir la edad ordinaria de jubilación, desaparecería en el momento en que éste cumpliera los 65 años de edad o se mantendría durante toda la vida de la pensión, considerándose ésta última, como es sabido, la opción correcta (por ejemplo, sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 1 de marzo de 1995 y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 13 de julio de 2004 —AS 1995\1033 y AS 2004\37243). Pero no se originaba ninguna cuestión relativa al carácter voluntario o involuntario de la extinción de la relación laboral desde la que se accedía a la pensión de la jubilación, puesto que la norma no preveía efecto distinto alguno, en función de la naturaleza del cese en la prestación de servicios previo a la solicitud de la pensión. Efectivamente, la regla contenida en esta disposición señalaba que *«quienes tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero y hubieran cumplido en dicha fecha los cincuenta años de edad podrán causar el derecho a la pensión de jubilación a partir de sesenta años. En tal caso, se reducirá reglamentariamente la cuantía de la pensión, ponderando la edad real de jubilación en relación con la general que se fija en el apartado 1. a) del artículo 161»*. Asimismo, se facultaba al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para que procediera al desarrollo reglamentario de este supuesto, debiendo actualizar las condiciones previstas para el mismo. Desarrollo que se realizó en la disposición transitoria primera, apartado noveno de la Orden de 18 de enero, por la que se establecen normas para aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, en la que se especifica que estos trabajadores, los que tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 o en cualquier otra fecha con anterioridad, podrán causar derecho a la pensión de jubila-

ción a partir de los sesenta años, en cuyo caso, el porcentaje de la pensión que le corresponda experimentará la disminución resultante de aplicarle la siguiente escala de coeficientes reductores: 0,60 a los sesenta años de edad; 0,68 a los sesenta y un años; 0,76 a los sesenta y dos; 0,84 a los sesenta y tres y 0,92 a los sesenta y cuatro años. Así pues, la cuantía de la pensión recocida al beneficiario que tuvo la condición de mutualista que solicitara la pensión de jubilación a partir de los 60 años, de acuerdo con la base reguladora que le correspondiera, según el montante de sus cotizaciones en el período de referencia y el porcentaje aplicable en atención al número de años considerados cotizados, se reduciría en un 8 % por cada año que le faltase para cumplir los 65 años. Estas reglas, vigentes hasta el 5 de agosto de 1997, no se referían, en absoluto, al carácter, voluntario o involuntario, que podía tener el cese en la prestación de servicios que determinaba el acceso a la pensión de jubilación, siendo, por tanto, esta circunstancia totalmente irrelevante para el reconocimiento de la pensión y para la fijación de su cuantía.

Es, en cambio, la modificación de la disposición transitoria tercera, en su regla 2.<sup>a</sup> del apartado 1, operada por el art. 7.1 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, la que introduce, por primera vez, la diferencia de tratamiento en el reconocimiento de la cuantía de la pensión de jubilación para los beneficiarios que tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 y solicitaran la pensión de jubilación a partir de los 60 años de edad. A partir de su entrada en vigor, el 6 de agosto de 1997, la diferencia de tratamiento se basaba en que el cese en la prestación de servicios fuera por una causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, en cuyo caso, el porcentaje reductor aplicable a la cuantía de la pensión de jubilación no sería el del 8 %, si no el del 7 % por cada año que le faltase al trabajador para cumplir los 65 años de edad, siempre que el trabajador acreditara un período de cotización de 40 años en el momento de la solicitud de la prestación de jubilación. Asimismo, consciente el legislador de que la expresión «*causa no imputable a la libre voluntad del trabajador*», podría plantear problemas de interpretación en la determinación del carácter voluntario o involuntario del cese en la prestación de servicios, especificaba, acto seguido, que, «*a estos efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación del voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma*», facultando igualmente al Gobierno para que procediera a su desarrollo reglamentario, pudiendo adecuar las condiciones de este supuesto, en razón del carácter voluntario o forzoso del acceso a la jubilación (debe entenderse del cese en la relación laboral que permite causar la pensión de jubilación).



Posteriormente, el art. 4 del Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, manteniendo la diferencia de tratamiento, antes apuntada, modifica la mencionada regla en sus dos aspectos fundamentales (vigente a partir del 1 de enero de 2002). Por una parte, rebaja el número de años cotizados que debe acreditar el trabajador que, cumpliendo los demás requisitos, solicite la pensión de jubilación antes de cumplir los 65 años de edad (se pasa de 40 a 30 años), a efectos de que el porcentaje reductor aplicable a la cuantía de la pensión sea inferior al 8 %, porcentaje establecido con carácter general, para este tipo de jubilación anticipada. Y, por otra parte, escalona el porcentaje reductor en atención al número de años cotizados por el trabajador, fijando los siguientes porcentajes: entre 31 y 34 años de cotización, el 7,5 %; entre 35 y 37 años de cotización, el 7 %; entre 38 y 39 años de cotización, el 6,5 % y con 40 o más años de cotización, el 6 %. Con ello, se dejaba inalterada en todo lo demás la redacción del precepto en la regulación de este supuesto. Igualmente, la redacción efectuada por el art. 4 de la Ley 35/2002, de 12 de julio, reproduce en los mismos términos la realizada por el art. 4 del citado Real Decreto-Ley.

Finalmente, la disposición adicional 2.2 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, vuelve a dar redacción a la norma de la disposición transitoria tercera que regula el presente supuesto de jubilación anticipada, aportando únicamente una presunción relativa al carácter del cese de la prestación de trabajo que facilita el acceso a la pensión de jubilación, considerándose, en nuestra opinión, *iuris et de iure*, «*que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1*» de la Ley General de la Seguridad Social. Como es conocido, causas todas ellas en las que está implícita la idea de que la extinción del contrato de trabajo es ajena a la voluntad del trabajador, ya que se debe al interés unilateral del empresario de romper la relación por entender que se ha producido un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivadas de la misma que impide su mantenimiento (despido colectivo, objetivo o disciplinario) o por la desaparición sobrevenida de la persona física que ostenta la cualidad de empleador (fallecimiento, jubilación e incapacidad) o por expiración del tiempo convenido para el desarrollo de la relación laboral (extinción prevista de los contratos de duración determinada) o, en fin, porque los derechos del trabajador no se están siendo respetados por incumplimiento grave y culpable del empresario (despido inverso) o por que se han modificado de tal manera que no compensan la continuidad de la relación para el trabajador (modificación sustancial de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica, etc.). De este manera, el legislador pretendía evitar los problemas interpretativos que se venían suscitando ante los tribunales de justicia, en cuanto al carácter de la extinción de la relación de trabajo desde la que se causa el derecho a la pen-



sión de jubilación, a efectos de determinar el porcentaje concreto que se debe aplicar para reducir la cuantía de la prestación, por obtenerse con antelación al cumplimiento por el beneficiario de los 65 años de edad.

Paralelamente, estas disposiciones normativas creaban un nuevo supuesto de jubilación anticipada para todos los trabajadores, sin necesidad de que tuvieran la condición de mutualistas a 1 de enero de 1967. No obstante, a cambio del cumplimiento de este requisito, la ley —en la versión del art. 161.3 de la Ley General de la Seguridad Social, incorporada por el por el art. 3 del Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre y en vigor a partir del 1 de enero de 2002— exige que los interesados acrediten, en el momento de la solicitud de la prestación, los siguientes extremos: a) encontrarse inscritos en las oficinas de empleo, como demandante de empleo, durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación; b) acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 30 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias; c) que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador, la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Como contrapartida a la anticipación en el acceso a la pensión de jubilación, con la misma lógica que rige la regulación del supuesto previsto para los trabajadores mutualistas, la norma impone la aplicación de un porcentaje reductor a la cuantía de la pensión, coincidente con el establecido en la escala anteriormente expuesta en función de los años de cotización efectiva que acredite el beneficiario. Igualmente, el art. 3 de la Ley 35/2002, de 12 de julio, (con vigencia a partir del 14 de julio de 2002) recoge idénticamente la regulación de este nuevo supuesto de jubilación anticipada e introduce, a su vez, una matización en el cumplimiento de los requisitos que debe observar el interesado, consistente en que no se exigirá la inscripción como demandante de empleo durante los 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión de jubilación, ni tampoco que el cese en el trabajo se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. En este caso, es necesario, además, que el empresario, de conformidad con la obligación adquirida en acuerdo colectivo, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y durante al menos los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la jubilación anticipada, una cantidad que, en el cómputo anual, represente un importe no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestaciones por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la

Seguridad Social. Con ello, se sustituye, a efectos de poder aplicar el porcentaje reducido que corresponda, en atención a los años cotizados, la necesidad de la coexistencia del carácter involuntario de la extinción de la relación que determina el acceso a la jubilación por una contraprestación del empresario que implica, como mínimo, por una parte, que no se produzca una salida de caja para el Sistema de Seguridad Social (mediante la no dispensación de prestaciones de desempleo) y, por otra, un ingreso para el mismo (a través de las cuotas que se puedan recaudar por la celebración de convenio especial). Por último, la disposición adicional 2.2 de la Ley 53/2003, de de 10 de diciembre (vigente a partir del 1 de enero de 2004), en el mismo sentido anteriormente señalado, pero con relación a este supuesto de jubilación anticipada para mutualistas, introduce la presunción dirigida a considerar que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208 de la Ley General de la Seguridad Social.

No obstante, esta regulación paralela de los dos supuestos de jubilación anticipada expuestos no supuso un tratamiento uniforme para los beneficiarios que se pudieran acoger a uno u otro régimen. Ciertamente, el legislador impone requisitos distintos a lo sujetos protegidos, fundamentalmente, en atención a que acrediten la condición de mutualistas a uno de enero de 1967, puesto que estos pueden jubilarse anticipadamente a partir de los 60 años de edad, mientras que los no reúnan esta condición sólo podrá hacerlo desde el momento que cumplan los 61 años de edad. Asimismo, a los primeros no se les exige que cuenten con un período de cotización distinto y ampliado al mínimo establecido con carácter general para todos los beneficiarios (15 años), salvo para que se les pueda aplicar un porcentaje reductor inferior al general (8 %), período de cotización distinto y ampliado que, en cambio, si se les exige, en todo caso, a los segundos. En ambos casos, sin embargo, la consecuencia prevista por jubilarse anticipadamente es la misma, esto es, la reducción del importe de la pensión de jubilación mediante la aplicación de un porcentaje reductor fijado según los años cotizados por el trabajador y los años que le resten para cumplir los 65 años de edad, siempre que la extinción de la relación de trabajo, previa a la solicitud de la jubilación, no sea por causa imputable a la voluntad del trabajador. Pero esta idéntica consecuencia quiebra en el caso de que la extinción de la relación de trabajo anterior a la jubilación se daba causa imputable a la voluntad del trabajador, ya que si se trata de mutualista, en todo caso, el porcentaje reductor aplicable es el del 8% por año, mientras que si se trata de trabajador no mutualista y, siempre que el empresario le haya abonado, durante los dos años anteriores a la solicitud de la pensión, un importe equivalente a la suma de la prestación de desempleo que le hubiera correspondido y la cuota por convenio especial que se pueda devengar, se le podrá

aplicar el porcentaje reductor inferior antes mencionado. Regla ésta que parece que no es posible aplicar, al no estar dispuesto expresamente por la norma, a los trabajadores mutualistas, sin que esta diferencia de trato, en nuestra opinión, esté justificada, pues, como se ha dicho, con ella el legislador pretende que no haya una salida de caja por el pago de prestaciones de desempleo y, al mismo tiempo, un ingreso por cuotas por convenio especial, lo que sucede en ambos supuestos (mutualistas y no mutualista), facilitando así que los trabajadores se puedan beneficiar de la aplicación del porcentaje reductor inferior, aunque el cese en la prestación de servicios sea por causa imputable a su voluntad (evitándose, en su caso, la posibilidad de que se recurra a la simulación de un cese involuntario). En este sentido, se ha indicado, por ejemplo, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 14 de enero de 2005 —AS 2005\802— (aunque previamente mantenía un criterio distinto, como se puede observar en sentencia de 28 de septiembre 2004 —RJ 2004\314768)) que lógicamente la ley puede establecer un distinto trato a situaciones distintas, pero que este supuesto no se dan las circunstancias que permitan mantener tal diferenciación. No obstante, el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de mayo de 2006 (RJ 2006\4472) este respecto, señala que en la reforma de la disposición transitoria tercera *«no se introdujo la cláusula que exonera del requisito de no voluntariedad que si aparece recogida en el antes transcrito apartado tres del artículo 161 de la Ley General de la Seguridad Social»*, por lo que una interpretación literal de la misma conlleva la no exoneración del requisito de la involuntariedad del cese en los términos de dicho apartado. De modo que *«tampoco «cabe estimar que exista violación del artículo 14 de la Constitución Española, en la ley 35/02, por que no comporta vulneración del principio de igualdad, pues establece trato distinto a situaciones distintas»*.

También es cierto, de otro lado, que para los trabajadores no mutualistas no se prevé la posibilidad de que puedan acceder a la jubilación anticipada, salvo que concurra el aludido pago del empresario, si el cese de la prestación de servicios es por causa imputable a la voluntad del trabajador. Pero, en este caso, la diferencia de trato sí puede encontrar alguna justificación, al intentar favorecer el legislador a los trabajadores que estaban incluidos en los sistemas de previsión vigentes en al fecha de entrada en vigor del sistema de Seguridad Social actual, mediante establecimiento de reglas transitorias que equilibren el transito de una regulación a otra, reglas, por lo demás, como transitorias, destinadas a desaparecer, en cuanto el inexorable transcurso del tiempo lo imponga (como máximo, en diez años, habrá quedado sin contenido, al no existir trabajadores con condición de mutualistas a 1 de enero de 1967).

Por su parte, el cambio provocado, en primer lugar, por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguri-

dad Social, al introducir la mencionada diferencia de tratamiento en el reconocimiento de la pensión de jubilación para los beneficiarios (con condición de mutualistas a 1 de enero de 1997) que accedieran antes de cumplir los 65 años de edad, en función de que el cese en la extinción de la relación de trabajo inmediatamente previa a la solicitud de la pensión tuviera carácter voluntario o involuntario. Y, en segundo lugar, la incorporación de un nuevo supuesto de jubilación anticipada (para mayores de 61 años que cumplan determinados requisitos de cotización, período de espera en demanda de empleo y que la extinción del contrato de trabajo no se deba a la voluntad del trabajador) por el Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, supusieron que estas normas, en cuanto al sentido de la expresión «*causa no imputable a la libre voluntad del trabajador*», con relación a la extinción de la prestación de servicios por «prejubilación», fuera interpretada de forma diferente por los interesados en su aplicación (beneficiarios y entidades gestoras de la Seguridad Social) y, en consecuencia, diera lugar a una amplia litigiosidad.

No puede decirse, sin embargo, que el criterio seguido, de un lado, por los Juzgados de lo Social y, de otro, por los Tribunales Superiores de Justicia haya sido unánime, sino más bien bastante dispar. En este sentido, baste señalar, con carácter meramente ilustrativo, la sentencia de 8 de abril de 2002, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (AS 2837\02), continuadora de la línea interpretativa contenida en la Sentencia del mismo Tribunal de 5 de noviembre de 2001 (AS 2002\276), frecuentemente invocada como contradictoria, a efectos de que prosperaran los recursos de unificación, en el que se solicitaba que se declarase que el cese, en estos supuestos, tiene carácter involuntario. En esta sentencia de 2001 ya se adelantaba que «*la libre voluntad de trabajador no puede existir en el actor en que su marcha de la empresa no fue una decisión libre por el tomada, sino una decisión empresarial que decidida a reducir los puestos de trabajo estableció un plan de prejubilaciones y adoptó a la vez medidas coactivas que introducían un elemento nuevo de inseguridad en los trabajadores para forzarles a la suscripción de un plan. El establecimiento de un plan de prejubilaciones por parte de una empresa con asunción de los costes de reestructuración no significa que los trabajadores soliciten a la empresa el establecimiento de tal plan para así disfrazar su cese voluntario, sino que es el medio habitual que adoptan las empresas cuando deciden reducir su plantilla sin tener que acudir a la vía administrativa donde les es obligado demostrar la causa económica, organizativa, productiva o técnica que obliga a tal reducción, por lo que la comodidad empresarial no puede traducirse en un cese voluntario del trabajador cuando el mismo se ha visto abocado a una situación de coacción e inseguridad viendo desaparecer su puesto de trabajo y siendo patente la precariedad de su continuación en la empresa*». Expresamen-

te, en la sentencia de 2002 citada, asimismo, se declaraba que, si bien existe un contrato de prejubilación, normado en el convenio colectivo de la empresa, «en realidad se trata de un Expediente de Regulación de Empleo permanente y encubierto que sustituye la preceptiva autorización administrativa para la extinción de los contratos de trabajo por el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, al que se adhieren los trabajadores, quienes seguramente hubieran preferido continuar prestando sus servicios en la empresa hasta la fecha de su jubilación». En cambio, igualmente a efectos ejemplificativos, la sentencia de 13 de octubre de 2005, del Tribunal Superior de Justicia Castilla-La Mancha (AS 2005\2913), afirmaba el carácter voluntario de la extinción, ya que «a la vista de los hechos declarados probados, no cabe considerar que el cese en la empresa en que el actor venía trabajando fuese involuntario, al haberse acogido voluntariamente al plan de prejubilación, lo que supone, en efecto, que pudo continuar su relación laboral al no aparecer de la relación de hechos señalada en la sentencia, relación a la cual ha de estarse ineludiblemente y no a meras conjeturas ni suposiciones o a condicionantes hipotéticos que existiera una razón objetiva que le impidiera continuar trabajando».

Ante esta situación, el Tribunal Supremo constantemente, hasta la sentencia de 24 de octubre de 2006, ha mantenido que los ceses de prestaciones de servicios, en el marco de un plan de prejubilaciones, admitidos voluntariamente por los trabajadores, no pueden considerarse voluntarios, a efectos del acceso a la pensión de jubilación. Efectivamente, la disparidad de criterios interpretativos por los Tribunales Superiores de Justicia ha llevado a que el Tribunal Supremo haya tenido que pronunciarse, en unificación de doctrina, en casi un centenar de ocasiones (la gran mayoría de los supuestos referidos a trabajadores de Telefónica, relacionados con el plan de prejubilación incorporado a varias versiones del convenio colectivo aplicable a la empresa y los despidos colectivos autorizados para la misma) para imponer el criterio unificado vigente hasta la presente sentencia. El argumento que sostenía este criterio unificado, expresado de una u otra manera en las numerosas sentencias dictadas al respecto, en síntesis se recoge, a modo de ejemplo, en las dos sentencias citadas por el Tribunal en la que es revisado y se pasa al nuevo criterio unificado.

Concretamente, en estas dos sentencias (de 30 de enero y de 6 de febrero de 2006, RJ 2006\4350 y RJ 2006\2886) relativas, significativamente, a dos trabajadores de la misma empresa y con las idénticas circunstancias, se señala, como fundamento conclusivo que «la aceptación por parte del trabajador de la prejubilación en las condiciones previstas en la cláusula tercera del acuerdo colectivo citado, con el reconocimiento de importantes contrapartidas económicas y mediante un acuerdo que no ha sido impugnado por dolo, coacción, ni ningún otro de los vicios a que se refiere el art.



*1255 del Código Civil, constituye un cese voluntario porque sin el consentimiento del trabajador la extinción del contrato de trabajo no se hubiera producido». Con ello, el Tribunal ponía el acento en el hecho de que el trabajador otorgara su consentimiento a la extinción de la relación de trabajo a cambio de unas contraprestaciones por parte de la empresa, sin distinguir si el consentimiento se prestaba en el marco de un despido colectivo o en las condiciones contenidas en convenio colectivo reguladoras de un «plan de prejubilación». Circunstancias estas últimas que, en nuestra opinión, sí deben ser diferenciadas, puesto que no es lo mismo que un trabajador se acoja a un plan de prejubilación ofrecido por la empresa en el entorno de un despido colectivo, en el que empresario cuenta con la correspondiente autorización para poder extinguir un determinado número de relaciones de trabajo por la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que el trabajador consienta la extinción de su relación de trabajo promocionada por el empresario, pero sin autorización para la imposición de la extinción, como si sucede cuando media un Expediente de Regulación de Empleo. De este modo, si bien es cierto que la mayoría de los supuestos, en los que el Tribunal venía manteniendo el criterio unificado, la extinción correspondía al acogimiento del trabajador a lo establecido en convenio colectivo, como plan de prejubilación, la Sala afirmaba que el cese, tanto si existe despido colectivo como si no, tiene carácter voluntario para el trabajador que accedía a extinguir su contrato de trabajo a cambio de una contraprestaciones, fundamentalmente económicas, a cargo del empresario. Añadiéndose, para apoyar la tesis del criterio unificado, que «las previsiones de futuro en orden a la evolución del empleo en la empresa y a la aplicación de reducciones de plantilla o medidas de modificación de condiciones de trabajo no alteran la voluntariedad de la aceptación del acuerdo de prejubilación que ha de considerarse, por tanto, como cese voluntario a los efectos de la disposición transitoria 3.ª.1.2.ª de la Ley General de la Seguridad Social». De esta forma, rechazaba el Tribunal los motivos de carácter no jurídico, sino económico o, fundamentalmente, psicológico que pueden impulsar la decisión del trabajador de prestar su consentimiento a la extinción de la relación de trabajo y que, en consecuencia, permitirían postular su rasgo involuntario.*

### **3. BASES ARGUMENTATIVAS DEL NUEVO CRITERIO UNIFICADO**

Ciertamente, el Tribunal Supremo con esta sentencia modifica la línea interpretativa seguida, sin fisura alguna, desde que comenzó a unificar los criterios no uniformes emitidos por los Tribunales Superiores de Justicia, con relación a la aplicación de porcentajes reductores a la pensión de jubi-

lación reconocida anticipadamente a la edad ordinaria legalmente fijada. En un primer momento, relacionados con el supuesto de anticipación previsto para los trabajadores con condición de mutualistas a 1 de enero de 1967 y, posteriormente, también, con el supuesto de anticipación introducido para los trabajadores mayores de 61 años que, además reúnan determinados requisitos. El Tribunal revisa así su propia doctrina, realizando previamente una labor de análisis de los elementos que estructuran la institución del despido colectivo, para poder concluir sobre el carácter voluntario o involuntario de los ceses producidos en su tramitación. Efectivamente, la Sala deslinda las dos grandes fases que, principalmente, constituyen el desarrollo del despido colectivo. Por una parte, la fase «causal», consistente en el control de las causas de despido, normalmente efectuado por los trabajadores a través de sus representantes y por la Administración pública competente en materia laboral. Como es sabido, esta fase está destinada a la acreditación externa de las causas legales alegadas por el empresario para llevar a cabo un despido colectivo, y que son las que motivan, primero, que, los trabajadores puedan prestar su consentimiento para que prospere el despido y, segundo, que se emita la autorización administrativa, si se ha llegado a un acuerdo en este sentido entre los representantes de los trabajadores y el empresario en el período consultas, o, incluso, aunque este acuerdo no se haya alcanzado, si la autoridad laboral considera que, en todo caso, es procedente su realización. La verificación de la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción es la que exige que se materialice el despido colectivo para superar una situación negativa de la empresa o para garantizar su viabilidad futura y la del empleo en ella a través de una más adecuada organización de los recursos, materiales y, sobre todo, personales, que la componen. Es, en definitiva, la existencia probada de una causa objetiva, como señala la Sala, «por completo independiente de la voluntad del trabajador» la que determina la extinción del contrato de trabajo y es, precisamente, esta extinción la que conforma la segunda fase «instrumental» del despido colectivo.

Efectivamente, por otra parte, la segunda fase del despido se concreta en la selección de los contratos de trabajo que deben extinguirse en un número no superior al autorizado por la Administración. Pero esta selección no se desarrolla de un único modo, previamente establecido por la ley, sino que las posibilidades de ejecutarse la selección son varias y diversas (el art. 6. b. del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, solamente exige que en la solicitud de tramitación de despido colectivo se indique por la empresa el número de trabajadores afectados y los criterios que se van a tener en cuenta para su designación). Expresamente la Sala así lo pone de relieve, al declarar en la presente sentencia «que en el régimen actual de los despidos colectivos se viene admitiendo una práctica administrativa, en virtud de la

*cual los trabajadores afectados por un despido colectivo pueden determinarse: 1.º de forma directa y nominal en la propia resolución administrativa». Ciertamente, nada impide, y en ocasiones así sucede, que en la primera fase del despido se fijen nominalmente las relaciones de trabajo que pretenden extinguirse, si se cuenta con la correspondiente autorización, delimitándose por criterios de diferente contenido, bien presentados directamente por el empresario y, en su caso, aceptados o no por los representantes de los trabajadores, bien consensuados por éstos y el empresario. Criterios y relaciones de trabajo que posteriormente se recogen en la resolución administrativa por la que se autorizan las extinciones. Asimismo, como en segundo lugar refleja la Sala en la sentencia, también es posible que la extinción pueda determinarse «por el empresario sin una aceptación previa de la designación del trabajador» afectado. En este caso, es el empresario el que directamente decide las relaciones de trabajo concretas a extinguir en el número fijado por la resolución administrativa, sin que para ello sea necesaria la intervención de los representantes de los trabajadores, ni de la autoridad laboral, cuyas funciones han concluido en la primera fase del despido, ni siquiera del propio trabajador afectado, al ocupar ante esta situación un posición meramente pasiva. Igualmente, como también finalmente se señala en la sentencia, la extinción puede fijarse «por el empresario con una aceptación previa del trabajador, que se acoge así a determinadas contrapartidas previstas en el plan social». Con ello, son los trabajadores los que adoptan la iniciativa en la designación de las relaciones de trabajo que quedan extinguidas como consecuencia de la materialización del despido colectivo. De este modo, cada trabajador voluntariamente accede para que su contrato de trabajo finalice, debido a la autorización administrativa que habilita al empresario para extinguir un determinado número de relaciones de trabajo. Y es esta voluntariedad, en la autodesignación del trabajador afectado, la que ha provocado que se interprete, en la mayoría de las ocasiones, que el cese de la prestación de trabajo se deba a una causa imputable a la voluntad del trabajador. Interpretación que no puede compartirse, puesto que, en estos casos, la ruptura de la relación de trabajo no se produce a instancia del trabajador, que voluntariamente propone a su empresario o que acepta una propuesta de éste no amparada en la tramitación de un despido colectivo, debido a la concurrencia de alguna causa subjetiva (que afecta únicamente al trabajador interesado). Por el contrario, la relación de trabajo termina por la concurrencia de una causa objetiva, que ha sido acreditada y constatada, como mínimo, por un agente externo a la propia relación de trabajo en su función de garante del interés general (en este caso, del interés genérico de los trabajadores), como es la Administración competente en materia laboral y, en la mayoría de los supuestos, también por los representantes de los trabajadores, instituidos en defensores por definición de los intereses de los*



trabajadores de una empresa concreta o, si éstos no existen, por los propios trabajadores. Así pues, la voluntariedad en uno y otro caso sólo existe en la fase instrumental del cese de la prestación de servicios, pero no en la fase causal, pues, como perfectamente delimita el Tribunal en el presente fallo, en el despido colectivo que se concreta en el cese de los trabajadores que prestan para ello su conformidad *«puede haber voluntariedad en la fase de selección de los afectados, pero no la hay en la causa que determina el cese»*. Lo cual se ajusta perfectamente al contenido de la norma, puesto que, tanto en su primera versión como en la actualmente en vigor, exige que esté motivada *«la extinción del contrato de trabajo en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador»*. Y, como se ha argumentado, la causa de la extinción es una causa objetiva o la combinación de varias de las que justifican la tramitación y materialización del despido colectivo (económica, técnica, organizativa o de producción) y no una causa subjetiva atinente únicamente a los intereses del trabajador afectado por la ruptura de la relación laboral. Pero, además, la última redacción de los preceptos en juego (Disposición Transitoria 3.<sup>a</sup>.2.<sup>a</sup> y art. 161.3 de la Ley General de la Seguridad Social), con objeto de evitar posibles dudas interpretativas, matiza que *«se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1»* de la Ley General de la Seguridad Social. Entre estas causas, generadoras de la denominada situación legal de desempleo, la primera enumerada se refiere expresamente a la extinción de la relación laboral *«en virtud de expediente de regulación de empleo»*, que como declara el Tribunal es la situación en la que se encuentra el actor.

A mayor abundamiento, el propio relato de los hechos confirma esta situación en los siguientes términos. En primer lugar, el Expediente de Regulación de Empleo autorizado administrativamente (fase causal) establece un número de extinciones de relaciones de trabajo seleccionadas de acuerdo con los trabajadores que presten su conformidad a las condiciones que integran el sistema de prejubilaciones (fase instrumental). En segundo lugar, el sistema de prejubilaciones consensuado entre la empresa y las centrales sindicales recoge las contrapartidas destinadas a contrarrestar los efectos de las extinciones de trabajo autorizadas en el mencionado Expediente. En tercer lugar, se prevé que los trabajadores que cesen en la prestación de servicios accedan a las ayudas previas a la jubilación ordinaria establecidas en la Orden de 5 de octubre de 1994. Ayudas que para su concesión requieren, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1 de la mencionada Orden, que *«los trabajadores afectados en los procesos de extinciones de relaciones de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción»*, en cuyo caso *«las empresas en procesos de reestructuración podrán solicitar para los trabajadores que cesen en las mismas por las causas pre-*

*vistas en los art. 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, previa conformidad expresa e individual de cada uno, las ayudas que en la presente Orden se establecen». Con ello, se pone de manifiesto la existencia de unas causas objetivas, verificadas externamente, que justifican las extinciones, así como de unas medidas dispuestas por la empresa para compensar su efectos, entre las que se encuentra la obtención de unas ayudas, en una parte importante financiadas con fondos públicos, cuyo reconocimiento únicamente se prevé para las extinciones producidas por estas causas. Por el contrario, si se tratara de extinciones producidas a instancias del trabajador, no sería necesaria la concurrencia de causas objetivas que justificaran el cese en el trabajo, acreditadas por agentes externos, ni tampoco se podrían obtener ayudas de esta naturaleza, ni prestaciones de desempleo, en su caso, sino que solamente bastaría la celebración de un acuerdo entre el trabajador y el empresario para finalizar el contrato de trabajo, teniendo derecho el trabajador únicamente a las contraprestaciones que hubiera podido pactar con su empresario como consecuencia de la extinción de la relación de trabajo. Así pues, una interpretación sistemática del conjunto de normas aplicables (art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, Disposición Transitoria 3.ª.2.ª y Orden de 5 de octubre de 1994) a los hechos declarados probados llevan a la conclusión recogida en la sentencia y que no puede ser otra que la extinción de la relación de trabajo se ha extinguido como consecuencia de la ejecución de un despido colectivo, que impregna al cese del trabajador del carácter de involuntario y que, en consecuencia, le permite acceder, en un primer momento, a las ayudas previas a la jubilación ordinaria en el Sistema de Seguridad Social y, posteriormente, a la pensión de jubilación anticipada con la aplicación de un porcentaje reductor calculado según el número de años cotizados por el trabajador y los años que le falten para cumplir los 65 años de edad (esto es, en el supuesto analizado, el del 6 %).*

En cambio, esta misma interpretación lleva a sostener, como con carácter meramente referencial apunta la sentencia, que las extinciones provocadas por el acogimiento voluntario de los trabajadores a las propuestas ofertadas por el empresario en forma de plan de prejubilación o en cualquier otra, sin que estén insertadas o consensuada en el marco de un Expediente de Regulación de Empleo, no pueden considerarse causadas por despido colectivo, sino por mutuo acuerdo de partes. Por lo tanto, estas extinciones no pueden tener carácter involuntario, ni, consecuentemente, permiten acceder a las ayudas previas a la jubilación ordinaria, ni a las prestaciones de desempleo, ni tampoco a la pensión de jubilación anticipada con la aplicación de un porcentaje reducido, sino únicamente con el porcentaje fijado con carácter general para las extinciones producidas por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. Con la excepción, no obstante, del supuesto previsto en el art. 161.3. d) párr.2.º de la Ley General de la Segu-

ridad Social, en el que, como se ha expuesto anteriormente, se exige el carácter voluntario del cese a cambio de que el empresario abone al trabajador un importe equivalente a lo que hubiera correspondido al trabajador por prestaciones de desempleo y la cuota que se pueda abonar a su favor por convenio especial con la Seguridad Social (ya que con ello se evita una salida de caja del Sistema por prestación de desempleo y se obtienen unos ingresos por cuotas por convenio espacial para el mismo).

#### 4. CONCLUSIONES

La doctrina sentada en esta sentencia ofrece, con el nuevo criterio adoptado por el Tribunal Supremo, una interpretación, en nuestra opinión, más exacta, tanto con la propia redacción de las normas aplicables al caso enjuiciado, como con su espíritu, que la que se venía mantenido hasta la fecha. No es preciso recalcar, en este momento, el sentido del nuevo criterio unificado, puesto que se ha expuesto con detalle anteriormente, pero, quizás, no esté demás, simplemente reseñar sucintamente sus líneas argumentativas y los efectos que genera para los destinatarios de las normas laborales y de Seguridad Social, en contraste con el criterio unificado sostenido con antelación.

Este último, se basaba en una interpretación ciertamente restrictiva, ya que entendía que toda extinción de la relación de trabajo en la que en cualquier momento intervenía, de algún modo, la voluntad del trabajador afectado por la extinción la convertía en voluntaria, analizada desde la perspectiva del trabajador, independientemente de que la extinción estuviera precedida, fundamentalmente, de la tramitación de un despido colectivo. Con ello, inmediatamente se desplegaban para el trabajador los efectos laborales y de Seguridad Social inherentes al carácter voluntario del cese, concretados, en el aspecto laboral, en la percepción de la indemnización que el trabajador hubiera podido pactar con el empresario, aunque ésta fuera inferior a la legalmente establecida para la terminación de contrato de trabajo por Expediente de Regulación de Empleo. Y, en el de la Seguridad Social, al menos teóricamente, en que el trabajador no podría acceder a la prestación por desempleo, ni a las ayudas previas a la jubilación ordinaria, ni beneficiarse, en su caso, de la aplicación de un porcentaje reductor inferior al establecido, con carácter general, para la jubilación anticipada.

Sin embargo, el cese en estas circunstancias no necesariamente suponía para el trabajador estos efectos, puesto que solía causar derecho a las prestaciones de desempleo y, en su caso, a las ayudas previas a la jubilación ordinaria, pero no podía acceder a la pensión de jubilación anticipada calculada mediante la aplicación de un porcentaje reductor inferior al gene-



ral, ni tampoco a obtener las indemnizaciones legales establecidas para extinciones por despido colectivo. Todo ello, suponía una cierta incoherencia jurídica, ya que el cese es voluntario a todos los efectos o no lo es para ninguno, pero no puede ser, en nuestra opinión, involuntario en un sentido (por ejemplo, causar prestaciones por desempleo) y voluntario en otro (inaplicación del porcentaje reductor calculado en función de los años cotizados en el reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada y del derecho a obtener las indemnizaciones legales establecidas).

El nuevo criterio unificado acaba, a nuestro modo de ver, con esta disfunción en la aplicación de las diferentes disposiciones del ordenamiento jurídico, al considerar que el cese es involuntario, al menos para todos los efectos de Seguridad Social. Quizás, únicamente quede por realizar una interpretación sistemática y finalista de la disposición transitoria tercera y del apartado tercero del art. 161 de la ley General de la Seguridad Social, que favorezca la exoneración de la involuntariedad del cese en los términos establecidos en citado apartado tercero tanto para los trabajadores no mutualistas, como expresamente prevé el precepto, como para los trabajadores que ostenten esta condición y accedan a la jubilación anticipada con 60 años de edad, de acuerdo con las razones expuestas en el lugar dedicado a esta cuestión. Igualmente, entendemos, que también para todos los efectos laborales, siempre que la extinción venga determinada por la tramitación de un despido colectivo, pues necesariamente exige una causa objetiva (fase causal) para su culminación, aunque el trabajador voluntariamente preste su consentimiento para que una de las extinciones autorizadas sea la suya (fase instrumental). En caso contrario, si el consentimiento prestado por el trabajador para finalizar la relación de trabajo se produce sin que se haya autorizado un despido colectivo, los efectos inherentes a la extinción serán únicamente los pactados por las partes, sin que se pueda aplicar los efectos laborales y de Seguridad Social señalados.

Asimismo, el nuevo criterio unificado contribuye a que la institución de la prejubilación, aún carente de una regulación específica, como causa de ruptura de la relación laboral y como contingencia protegida de Seguridad Social, suscite menos problemas en su desarrollo práctico, al contar con una interpretación jurisprudencial unificada de todas las normas, laborales y de Seguridad Social, más uniforme que la sostenida hasta estos momentos, reduciéndose, con toda probabilidad, la litigiosidad que, en muchas ocasiones, viene generando.





5

---

# Reseña de Legislación







## Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (enero-marzo 2007)

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO \*

### **ORDEN de 20 de diciembre de 2006, por la que se establece para el año 2007, la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre**

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 Autónoma de Andalucía, establece que el titular de la Consejería de Salud determinará los grupos de edad que se incorporan anualmente a esta prestación, incluyéndose, en cualquier caso, los niños que cumplan seis años. En su virtud, durante el año 2007 tendrán derecho a la asistencia dental básica y a los tratamientos especiales establecidos en el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, los niños en los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.

### **ORDEN de 15 de marzo de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía**

Con el objetivo de crear un marco normativo que recoja las normas comunes que regulan la totalidad de los programas y medidas de fomento y consolidación del trabajo autónomo en Andalucía, puestos en marcha por la Consejería de Empleo, recientemente se aprobó el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía, en el que se recogen todas las medidas y actuaciones que desde la Consejería de Empleo se están desarrollando y todas aquellas nuevas medidas

\* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide.



de fomentando del trabajo autónomo, estableciendo los requisitos y obligaciones genéricos que han de cumplir las personas o entidades beneficiarias de las ayudas en ellos contenidas.

La articulación de las ayudas que el citado Decreto contempla se efectúa a través de medidas cuya concesión en muchos supuestos se articula a través del sistema de concurrencia competitiva, lo que exige, conforme a la Ley 38/2003, General de Subvenciones, y su reglamento de desarrollo, mediante Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, la aprobación de las bases reguladoras de concesión de las mismas previamente a su otorgamiento.

La Orden comentada recoge las bases reguladoras de la concesión de subvenciones reguladas en los distintos programas recogidos en el Decreto 175/2006, antes citado, estableciendo las especificidades a la que queda sometida cada medida así como un Capítulo de normas comunes aplicables a todas ellas. Completa el desarrollo reglamentario del citado Decreto la regulación del premio anual al trabajador o trabajadora autónoma de Andalucía.

Por su parte, el Programa para impulsar proyectos promovidos por Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo tiene como objetivo dinamizar el tejido productivo del territorio donde se implanten y potenciar el desarrollo endógeno dando respuesta a sus necesidades y demandas. A tal objeto, se entiende necesario beneficiar a las entidades promotoras de dichos proyectos de la excepción establecida por el artículo 29.1, párrafo segundo, de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, en concordancia con el artículo 13.2 de Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

Asimismo, y teniendo en cuenta la repercusión que sobre el tejido productivo de nuestra Comunidad Autónoma tienen tanto la iniciación de su actividad por nuevos autónomos como la consolidación de las actividades de los ya existentes, las personas que soliciten las ayudas reguladas en el Programa para fomentar el empleo a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica, así como las medidas de apoyo a la financiación para consolidación de negocio establecidas dentro del Programa para la consolidación y apoyo a la actividad económica del trabajador y trabajadora autónomos se verán igualmente beneficiadas por la excepción anteriormente descrita.

Las ayudas previstas en esta Orden se concederán en régimen de concurrencia competitiva, de conformidad con lo establecido en el apartado 3 del artículo 17 de la Ley 38/2003, de 28 de diciembre, General de Subvenciones, aplicándose a las solicitudes aquellos criterios objetivos de valoración que se recogen de forma específica en los distintos programas de misma, excepto para aquellas medidas en las que expresamente se determine el no sometimiento a dicho procedimiento de concesión de conformidad con lo establecido en el artículo 31.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de medidas tributarias administrativas y financieras.

Por otra parte, las ayudas reguladas en el Capítulo II, en la Sección 2.ª del Capítulo V y en el Capítulo VII de esta Orden, les será de aplicación lo establecido en el artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre, respecto a norma de «minimis» y así deberá constar en la descripción de las actuaciones a efectos de seguimiento y control.

**ORDEN de 20 de diciembre de 2006, por la que se establece para el año 2007, la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre. (BOJA núm. 3, de 4 de enero)**

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 Autónoma de Andalucía, en el apartado 2 de su Disposición Adicional única 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.

El mencionado Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, establece en el apartado 1 de su artículo 9 que los dentistas de cabecera privados habilitados serán retribuidos mediante sistema capítativo para la cobertura de la asistencia dental básica y por tratamiento realizado para los casos previstos de tratamientos especiales.

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 apartado 4 del artículo 44 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 2007.**—Durante el año 2007 tendrán derecho a la asistencia dental básica y a los tratamientos especiales establecidos en el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, los niños y las niñas nacidos en los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.

**Disposición derogatoria única. Derogación normativa.**—Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente Orden.

**Disposición final única. Entrada en vigor.**—La presente Orden entrará en vigor el día 1 de enero de 2007.

Sevilla, 20 de diciembre de 2006

MARÍA JESÚS MONTERO CUADRADO  
Consejera de Salud

**ORDEN de 15 de marzo de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía. (BOJA núm. 64, de 30 de marzo)**

Siendo intención de la Consejería de Empleo crear un marco normativo que recoja las normas comunes a todos los programas y medidas que desarrolla la Administración de la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Empleo, en orden a fomentar y consolidar el trabajo autónomo en Andalucía, se ha procedido a aprobar recientemente el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía, en el que se recogen de forma homogénea e integral todas las medidas y actuaciones que desde la Consejería de Empleo se están desarrollando y todas aquellas nuevas medidas que, a favor de los trabajadores y las trabajadoras autónomos, contribuirán a seguir fomentando el trabajo autónomo, estableciendo los requisitos y obligaciones genéricos que han de cumplir las personas o entidades beneficiarias de las ayudas en ellos contenidas.

Con base en el propio Decreto, se hace necesario desarrollar el mismo en aquellos aspectos que por su detalle no pueden ser objeto de tratamiento a tal nivel. Así mismo, la articulación de las ayudas para los autónomos y autónomas que el citado Decreto contempla se efectúa a través de ayudas, cuya concesión en muchos supuestos se articula a través de concurrencia competitiva, lo que exige, conforme a la Ley 38/2003, General de Subvenciones, y su reglamento de desarrollo, mediante Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, la aprobación de las bases reguladoras de concesión de las mismas previamente a su otorgamiento.

Así pues, la presente Orden recoge las bases reguladoras de las concesión de subvenciones reguladas en los distintos programas del Decreto 175/2006, antes citado, estableciendo las especificidades de cada medida así como un Capítulo de normas comunes aplicables a todas ellas. Completa el desarrollo reglamentario el citado Decreto regulando lo concerniente al premio anual al trabajador o trabajadora autónoma de Andalucía.

Tomando en consideración que la finalidad perseguida por el Programa para impulsar proyectos promovidos por Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo es dinamizar el tejido productivo del territorio donde se implanten y potenciar el desarrollo endógeno dando respuesta a sus necesidades y demandas, se considera necesario beneficiar a las entidades promotoras de dichos proyectos de la excepción establecida por el artículo 29.1, párrafo segundo, de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, en concordancia con el artículo 13.2 de Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

Asimismo, y teniendo en cuenta la repercusión que sobre el tejido productivo de nuestra Comunidad Autónoma tienen tanto la constitución de nuevos autónomos como la consolidación de los mismos en nuestro territorio, las personas que soliciten las ayudas reguladas en el Programa para fomentar el empleo a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica, así como las medidas de apoyo a la financiación para consolidación de negocio establecidas dentro del Programa para la con-

solidación y apoyo a la actividad económica del trabajador y trabajadora autónomos se verán igualmente beneficiadas por la excepción anteriormente descrita.

Las ayudas previstas en la presente Orden se concederán en régimen de concurrencia competitiva, de conformidad con lo establecido en el apartado 3 del artículo 17 de la Ley 38/2003, de 28 de diciembre, General de Subvenciones, aplicándose a las solicitudes aquellos criterios objetivos de valoración que se recogen de forma específica en los distintos programas de misma, excepto para aquellas medidas en las que expresamente se determine el no sometimiento a dicho procedimiento de concesión de conformidad con lo establecido en el artículo 31.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de medidas tributarias administrativas y financieras.

Asimismo, a las ayudas reguladas en el Capítulo II, en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo V y en el Capítulo VII de esta Orden, les será de aplicación lo establecido en el artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre, respecto a norma de «minimis» y así deberá constar en la descripción de las actuaciones a efectos de seguimiento y control.

En cumplimiento del artículo 8.3.f) de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, por la que se crea el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, la presente Orden ha sido sometida al Consejo de Administración del referido organismo. Asimismo, y por acuerdo unánime de todos sus miembros se informa favorablemente encomendar la gestión de determinadas líneas de ayudas al Consejo Andaluz de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.2 de la Ley 10/2001, de 11 de octubre, de Cámaras

Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Andalucía.

En su virtud, y en uso de las facultades que me han sido conferidas, y a propuesta conjunta de las Direcciones Generales de Fomento del Empleo y Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, así como de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo,

DISPONGO

CAPÍTULO I

### **Objeto, definiciones y régimen de concesión**

**Artículo 1.º Objeto.**—La presente Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la concesión de ayudas por la Consejería de Empleo y el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo a aquellas personas desempleadas demandantes de empleo que vayan a iniciar una actividad económica como autónomo/a, así como para los trabajadores y trabajadoras autónomas ya constituidos, con la finalidad de desarrollar las medidas de fomento y consolidación del trabajo autónomo previstas en el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía.

### **Art. 2.º Ámbito de aplicación.**—

1. A los efectos de la presente Orden se entenderá por trabajador o trabajadora autónoma aquella persona física que ejerce una actividad económica de forma individual, por cuenta propia y con hasta 5 trabajadores por cuenta ajena, y tenga residencia y domicilio fiscal en Andalucía.

2. A los efectos de la presente Orden, se entenderá por persona desempleada demandante de empleo

aquella que se encuentre inscrita como tal en el Servicio Andaluz de Empleo, extremo que será comprobado por éste.

**Art. 3.º Definiciones.**—De conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 8 del Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía, a los efectos de la presente Orden se entenderá como:

a) Colectivo con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo: Aquellas personas desempleadas en las que concurra alguna de las siguientes características:

- Mujeres víctimas de violencia de género.
- Personas con discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 33%.
- Personas ex-reclusas.
- Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.
- Jóvenes que se incorporen al mercado de trabajo procedentes de instituciones de protección y reforma.
- Personas usuarias del Programa de Solidaridad.
- Parados de larga duración mayores de 45 años.
- Pertenecientes a minorías étnicas.
- Víctimas de actos terroristas, y/o sus familiares en primer grado de consanguinidad o afinidad.
- Parados de larga duración que lleven más de 24 meses en desempleo, así como demás personas en riesgo de exclusión. La acreditación de pertenencia a cualquiera de los anteriores colectivos se efectuará mediante declaración responsable.

b) Áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de em-

pleo: Aquellas áreas que cumplan con los indicadores demográficos y de mercado de trabajo que se recogen en el Decreto 109/2006, de 6 de junio, por el que se establecen los indicadores para las Áreas Territoriales Preferentes para Actuaciones Integrales de Empleo, y así sean declaradas por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

c) Nuevos Yacimientos de Empleo: Aquellas actividades económicas que provean en el ámbito del empleo los servicios necesarios que satisfagan las nuevas necesidades sociales. Dichas actividades se encuadran en los siguientes apartados:

- Los servicios de la vida diaria.
- Los servicios de mejora del marco de vida
- Los servicios culturales, de ocio y deporte
- Los servicios de medio ambiente

d) Sistema coordinado de orientación, seguimiento, acompañamiento y evaluación, en adelante, Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo: Al objeto de prestar servicios de sensibilización e información sobre el trabajo autónomo, así como de apoyo y asesoramiento en la puesta en marcha de proyectos, seguimiento y tutorización de los mismos hasta su consolidación así como a las personas autónomas ya constituidas, se establecerá un sistema de atención al autónomo, en el que participarán las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, en adelante UTEDLT, así como aquellas entidades que trabajen en materia de acompañamiento y tutorización para el trabajo autónomo que así se designen, en el marco de lo establecido en los Capítulos II y III de la presente Orden.

e) Plan de viabilidad. El plan de viabilidad es aquel instrumento que permitirá estimar las inversiones nece-

sarias para el inicio de la actividad proyectada por el trabajador o trabajadora autónomo, diseñar la estrategia más adecuada para la implantación y consolidación del proyecto en el mercado, detectar debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades así como estimar la previsión de resultados. Para ello, el Sistema coordinado de orientación, seguimiento y evaluación del autoempleo pondrán a disposición de los interesados recursos humanos y materiales para el estudio de proyectos y la realización de los planes de viabilidad.

**Art. 4.º Régimen de concesión.**—1. Las ayudas previstas en la presente Orden se concederán en régimen de concurrencia competitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.1 de la Ley 38/2003, de 18 de noviembre, General de Subvenciones, y el artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y financieras, aplicándose a las solicitudes aquellos criterios objetivos de valoración que se recogen de forma específica en los distintos programas de la misma. En dichos supuestos ejercerá como instructor del expediente el órgano jerárquicamente dependiente a aquel que tenga la competencia para resolver, por razón de la materia.

2. De conformidad con lo establecido en el artículo 31.1 de la antes citada Ley 3/2004, de 28 de diciembre, y en el artículo 28 del Decreto 175/2006, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía, y en función de la especial finalidad que se persigue con la puesta en marcha de las medidas recogidas en los Capítulos II, V, VI, VII y VIII, así como la medida prevista en la Sección Tercera del Capítulo IX de la presente Orden, y las características de los posibles benefi-

ciarios, las solicitudes de ayuda acogidas a dichas medidas no se someterán al régimen de concurrencia competitiva, por lo que no será necesario establecer la comparación de las solicitudes ni la prelación entre las mismas.

3. Dado que la finalidad perseguida por el programa para fomentar el empleo a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica, así como las medidas de apoyo a la financiación para consolidación del negocio, establecidas dentro del programa para la consolidación y apoyo a la actividad económica de la trabajadora y trabajador autónomos están dirigidas a favorecer el inicio de una actividad autónoma por parte de personas desempleadas, y a facilitar la financiación necesaria para la consolidación o ampliación del negocio, se considera necesario beneficiar a las personas que soliciten dichas ayudas de la excepción establecida por el artículo 29.1, párrafo segundo, de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, en concordancia con el artículo 13.2 de Ley 38/2003, de 17 de noviembre. Asimismo, tomando en consideración que el objetivo perseguido por el Programa para impulsar proyectos promovidos por Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo es dinamizar el tejido productivo del territorio donde se implanten y potenciar el desarrollo endógeno dando respuesta a sus necesidades y demandas, se considera necesario beneficiar a las entidades promotoras de dichos proyectos de la excepción anteriormente descrita.

4. Las ayudas reguladas en el Capítulo II, en la Sección 2.ª del Capítulo V y en el Capítulo VII, se encontrarán sometidas a «*minimis*», siéndole de aplicación lo establecido en el artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre, respecto a tal norma de

«minimis» y así deberá constar en la descripción de las actuaciones a efectos de seguimiento y control, debiendo aportar el solicitante declaración expresa responsable de que no ha recibido ayuda de mínimis de cualquier naturaleza o forma y finalidad o, en su caso, de que ha recibido ayudas de mínimis, en los últimos tres años, que en concurrencia con la subvención solicitada, en base a la presente Orden, no superan los 200.000 euros, indicando la fecha de la concesión, la entidad concedente y los importes.

#### CAPÍTULO II

### **Programa para fomentar el empleo a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica**

**Art. 5.º Objeto y régimen de concesión.**—Este Programa tiene por objeto el establecimiento de un marco de medidas y otros instrumentos de colaboración destinados a fomentar, impulsar y apoyar el empleo por cuenta propia a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica en Andalucía. Para ello se establecen las siguientes medidas:

- a) Ticket del Autónomo para el inicio de la actividad.
- b) Financiación para inicio de actividad de trabajo autónomo.
- c) Medida para el apoyo y gestión necesarios en el ejercicio de la actividad económica.

**Art. 6.º Período mínimo de mantenimiento a efectos de seguimiento.**—Las personas beneficiarias de las ayudas previstas en el presente programa estarán obligadas a mantener la condición de autónomas durante al menos un año desde la fecha de inicio de actividad acreditada en el Régimen Especial de Trabajadores

Autónomos de la Seguridad Social o aquel que legal o estatutariamente les corresponda, y su incumplimiento podrá determinar el reintegro de la ayuda correspondiente.

**Art. 7.º Encomienda de gestión.**—1. La gestión y pago de las ayudas previstas en estas medidas se realizará por el Consejo Andaluz de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, como entidad colaboradora, instrumentándose ésta mediante encomienda de gestión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevista por el apartado 3 del artículo 4 del Decreto 175/2006, de 10 de octubre, y en los términos que se establezcan en el correspondiente instrumento de colaboración.

2. El plazo máximo para resolver y notificar al interesado la resolución de las ayudas contenidas en el presente programa será de dos meses contados a partir día siguiente a la presentación de la solicitud.

Transcurrido en cada supuesto el citado plazo sin que recaiga resolución expresa, las solicitudes podrán entenderse desestimadas por silencio administrativo conforme a lo establecido en el 31.4 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financiaras.

#### SECCIÓN PRIMERA

### *Ticket del autónomo para el inicio de la actividad*

**Art. 8. Requisitos específicos de los beneficiarios.**—Podrán solicitar la medida prevista en esta sección aquellas personas que, reuniendo los requisitos generales que se establecen en el artículo 2.2 de la presente Orden,

decidan iniciar una actividad económica o profesional como trabajador o trabajadora autónomos en los términos establecidos en esta Orden cuando concurren los siguientes requisitos:

a) Que se encuentren inscritas como desempleadas demandantes de empleo.

b) Que dicha situación se mantenga hasta el mismo día en el que causen alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social o aquel que legal o estatutariamente les corresponda.

c) Ser usuarias del Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo.

d) Pertenezcan a uno de los siguientes colectivos:

— Mujeres.

— Jóvenes menores de 30 años.

— Personas con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo en los términos establecidos en el artículo 3 de la presente Orden.

e) Que se realice a tiempo completo, no pudiendo compatibilizarse con cualquier otra actividad por cuenta ajena.

f) Que haya un informe favorable del plan de viabilidad del proyecto de actividad o negocio, conforme a lo establecido en el artículo 3 de la presente Orden.

**Art. 9.º Colectivos y sectores de actividad preferentes.**—1. Dentro de los posibles beneficiarios conforme a lo establecido en el artículo anterior tendrán preferencia para cada una de las convocatorias a las que se refiere el artículo 119.2 de esta Orden las siguientes personas:

a) Aquellas que hayan participado y superado Programas de Escuelas Taller, Casas de Oficio o Taller de Empleo, siempre que la labor realizada en los mismos esté directamente relacionada con la actividad a desarrollar.

b) Aquellas que hayan completado y superado Cursos de Formación Profesional Ocupacional relacionados con la actividad a desarrollar.

c) Aquellas que en el plazo de 6 meses tras su participación en proyectos y servicios de interés general y social inicien una actividad económica autónoma.

d) Aquellas cuya situación legal de desempleo provenga de expedientes de regulación de empleo.

e) Aquellas personas que provengan de itinerarios personalizados de inserción.

f) Aquellas personas que residan y vayan a realizar la actividad en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo.

g) Aquellas personas participantes en otros programas del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo en que así expresamente se contemple.

2. Estos extremos se acreditarán por el beneficiario mediante declaración responsable en la solicitud, y, en su caso, podrán ser comprobados por el SAE.

3. Tendrán preferencia en el ámbito de aplicación de las ayudas de la presente medida los CNAES de los sectores de actividad no incluidos en los Anexos I, II y III de esta Orden, excepto para los que se enmarquen en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo.

**Art. 10. Exclusiones específicas.**—En todo caso no podrán ser beneficiarias de esta medida:

a) Aquellas personas que en los tres años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud del incentivo hayan ejercido la misma actividad como autónomas.

b) Aquellas personas que ya hayan sido beneficiarias de estas ayudas al inicio de la actividad en cualquiera



de los tres ejercicios anteriores, computándose dicho período desde la anterior fecha de alta de la actividad hasta la nueva alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social o aquel que legal o estatutariamente le corresponda.

**Art. 11. Concepto y cuantía.—**

El ticket del autónomo consistirá en una ayuda a tanto alzado de una cantidad de 6.000 euros. Dicha cantidad alcanzará 9.000 euros en los siguientes supuestos:

a) Cuando la actividad económica a iniciar se desarrolle en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo, y así sean declaradas por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, de conformidad con lo establecido en el Decreto 109/2006, de 6 de junio, por el que se establecen los indicadores de dichas áreas.

b) Cuando el plan de viabilidad específico de la actividad o negocio pretendido contemple la creación de al menos un puesto de trabajo por cuenta ajena y con carácter estable y esté prevista su materialización durante el primer año de ejercicio. En este supuesto, además del mantenimiento de la actividad autónoma durante un año, a efectos de seguimiento, se comprobará la efectiva creación del puesto de trabajo por cuenta ajena de carácter estable, que deberá mantenerse en el plazo y condiciones establecidos en el artículo 55.2 de la presente Orden.

**Art. 12. Forma específica de presentación solicitud del ticket.—**

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 117 de la presente Orden, respecto de la presentación de la solicitud, en el supuesto del ticket del autónomo para el inicio de actividad, la solicitud se podrá presentar:

a) Mediante solicitud impresa, dirigida a la persona titular de la Consejería de Empleo y que se podrá descargar de la página web de la Consejería de Empleo. La solicitud impresa contendrá una lista de todas las entidades que pertenecen al Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo, debiendo el solicitante señalar en cuál de ellas quiere que se le preste el asesoramiento, con la apreciación de que en el plazo máximo de 10 días desde la fecha de presentación de dicha solicitud deberá dirigirse a la entidad elegida para que se le asigne un tutor. El incumplimiento de ello podrá determinar la apreciación del desistimiento de la solicitud y el consiguiente archivo de la misma.

Junto con el tutor personal asignado, el solicitante procederá a:

1. Revisar el plan de viabilidad en aquellos supuestos en los que lo hubiera aportado junto con la solicitud.

2. O confeccionar el plan de viabilidad de la actividad económica o profesional que pretende desarrollar.

b) También podrán solicitar la ayuda a través del tramitador de solicitudes telemática del portal de Autoempleo sito en la web de la Consejería de Empleo.

c) Así mismo, podrán dirigirse a cualquiera de las entidades que conforman el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo y proceder a solicitar telemáticamente la ayuda con la asistencia del tutor que por ésta le sea asignado.

**Art. 13. Tramitación, resolución-ticket y pago de la ayuda.—1.**

El Consejo Andaluz de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación como entidad colaboradora que tiene encomendada la gestión y pago de la ayuda tramitará los expedientes, procederá al análisis y revisión de las solicitudes, los planes de viabilidad, así

como a la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos y, en su caso si fuera necesario, requerir al interesado la acreditación oportuna. Tras ello emitirá informe que elevará a la Consejería de Empleo sobre la oportunidad de conceder, denegar o entender el desistimiento de la solicitud y el consiguiente archivo de la misma.

2. A la vista del informe, la Dirección General de Fomento del Empleo determinará la cuantía de la ayuda de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la presente Orden. Tras ello elevará propuesta de resolución al Consejero de Empleo.

3. Notificada la concesión de la ayuda a la persona beneficiaria, ésta dispondrá de un plazo máximo de 30 días naturales para proceder a darse de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social o aquel que legal o estatutariamente le corresponda. La acreditación de este extremo habrá de ser dirigida al Consejo Andaluz de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. Dentro del plazo máximo de 30 días siguientes al cumplimiento de la citada obligación, el referido Consejo, por orden de la Consejería de Empleo, procederá al pago de la ayuda mediante transferencia bancaria a la cuenta que el beneficiario haya consignado en la solicitud.

#### SECCIÓN SEGUNDA

#### *Financiación para inicio de actividad de trabajo autónomo*

**Art. 14. Tipos de ayudas.**—La presente medida se articula a través de los siguientes instrumentos:

a) Bonificación de intereses de préstamo que faciliten la disposición de recursos necesarios para financiar las inversiones requeridas para el inicio de la actividad autónoma.

b) Crédito sin aval o microcrédito.

#### a) **Bonificación de intereses**

**Art. 15. Beneficiarios.**—1. Podrán solicitar la medida prevista en esta sección aquellas personas que pretendan iniciar una actividad económica o profesional como trabajador o trabajadora autónomos, reúnan los mismos requisitos señalados en el artículo 8 de la presente Orden, cuenten con el informe favorable del plan de viabilidad, y que hayan formalizado el préstamo con las entidades financieras.

2. En todo caso no podrán ser beneficiarias de esta medida aquellas personas que en los 3 años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud del incentivo hayan ejercido la misma actividad.

**Art. 16. Colectivos y actividades económicas preferentes.**—A las personas solicitantes de estas ayudas les será de aplicación las prescripciones del artículo 9 de la presente Orden respecto a colectivos y actividades económicas preferentes.

**Art. 17. Concepto y cuantía.**—1. Consistirá en una ayuda a tanto alzado con carácter de pago en firme para pagar los intereses del préstamo para el que se solicita.

2. Esta ayuda alcanzará como máximo al cómputo de 6 puntos del tipo de interés fijado por la entidad financiera que concede el préstamo al solicitante y hasta una cuantía máxima de 3.005 euros.

**Art. 18. Tramitación, resolución y pago de las ayudas.**—1. La tramitación, resolución y pago de la presente ayuda se regirá en todo por lo dispuesto en el artículo 13 relativo al ticket del autónomo, con la única

salvedad de que junto con la documentación a la que se hace referencia en el apartado 4 de dicho artículo deberá incluirse la formalización del correspondiente préstamo con entidad bancaria.

2. En aquellos supuestos en que los beneficiarios lo sean también de la ayuda al inicio de actividad económica, la resolución- Ticket podrá contemplar la concesión de ambas medidas.

**b) Crédito sin aval o microcrédito**

**Art. 19. Objeto.**—1. Esta ayuda tiene por finalidad fomentar el autoempleo a través de la concesión de pequeños créditos de carácter personal a aquellas personas desempleadas que, no pudiendo acceder al sistema crediticio ordinario, quieran constituirse como trabajadores o trabajadoras autónomas y presenten un proyecto viable de autoempleo.

2. Los créditos que, en estas condiciones, sean prestados por las entidades financieras o entidades colaboradoras con las que la Junta de Andalucía haya suscrito un Convenio de Colaboración a estos efectos, no precisarán más aval que la valoración favorable del proyecto de actividad autónoma emitido con anterioridad a la concesión del mismo por parte del Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo, así como por el seguimiento a que dicho sistema someterá a la actividad autónoma hasta la devolución del mismo.

**Art. 20. Destinatarios.**—Podrán ser beneficiarios de esta ayuda aquellas personas que, cumpliendo los requisitos del párrafo 1 del artículo anterior, cuenten con el Informe favorable del plan de viabilidad de actividad o negocio por parte del tutor personal asignado por el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo.

SECCIÓN TERCERA  
*Medida para el apoyo y gestión  
necesarios en el ejercicio  
de la actividad*

**Art. 21. Objeto.**—La presente medida tiene por objeto facilitar el ejercicio de la actividad económica al trabajador o trabajadora autónomos, apoyando la contratación por éstos de servicios externos de asesoramiento tales como análisis de mercado, marketing, publicidad, gestión financiera y comercial que no puedan ser atendidos por el sistema de atención al autónomo ni con las herramientas e instrumentos existentes en el portal del autoempleo sito en la página web de la Consejería de Empleo, así como servicios de apoyo a la gestión definidos en el artículo siguiente.

**Art. 22. Apoyo a la gestión externa que precise la persona autónoma.**—A efectos de la presente Orden se entiende por apoyo a la gestión susceptible de ayuda la llevanza de contabilidad, gestión de nóminas y seguros sociales, gestión de impuestos o tributos de ámbito estatal, autonómico o municipal, así como cualquier tipo de asesoramiento específico en las áreas de marketing o comercialización de productos o servicios, y/ o herramientas para el desarrollo del comercio electrónico.

**Art. 23. Requisitos específicos.**—1. Podrán solicitar esta medida aquellas personas que vayan a iniciar una actividad productiva o profesional como trabajador o trabajadora autónomos o que, habiéndola iniciado, solicite este incentivo durante el primer año de actividad desde la fecha de inicio, y cumplan con el resto de los requisitos exigidos por la presente medida.

2. Para la concesión de esta ayuda es necesario que exista valoración

favorable del plan de viabilidad del proyecto de actividad o negocio por parte del tutor personal asignado por dicho Sistema que contemple la necesidad del citado apoyo a la gestión.

3. No podrán obtener la condición de personas beneficiarias cuando concurren alguno de los siguientes supuestos:

a) Las personas que en los 3 años anteriores a la fecha de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, o aquel que legal o estatutariamente le corresponda, hayan ejercido la misma actividad.

b) Aquellas personas que ya hayan sido beneficiarias de estas ayudas en cualquiera de los tres ejercicios anteriores, computándose dicho período desde la anterior fecha de alta de la actividad hasta la nueva según declaración censal de la actividad por la que solicita la ayuda.

**Art. 24. Concepto y cuantía.—**

La ayuda consistirá en una cantidad a tanto alzado destinada a financiar el coste de la contratación de terceras personas para la prestación de servicios de apoyo a la gestión, y con un importe máximo de hasta 4.000 euros.

**Art. 25. Tramitación, resolución y pago de las ayudas.—1.**

La tramitación, resolución y pago de la presente ayuda se regirá en todo por lo dispuesto en el artículo 13 relativo al ticket del autónomo, con la única salvedad de que junto con la documentación a la que hace referencia el apartado 4 de dicho artículo deberá incluirse la correspondiente factura pro forma respecto de los servicios que se van a contratar.

2. Ejecutada la acción para la que se concedió la ayuda, el beneficiario del mismo deberá aportar facturas o documentación justificativa del pago

realizado a cargo de los servicios prestados. 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 real de la actividad desarrollada.

3. En aquellos supuestos en que los beneficiarios lo sean también de la ayuda al inicio de actividad económica, la resolución-Ticket podrá contemplar la concesión de ambas medidas.

CAPÍTULO III

**Programa de asesoramiento y acompañamiento al trabajo autónomo**

**Art. 26. Objeto.—1.** Este Programa está destinado a proporcionar información básica y orientación personalizada para promover la inserción en el mercado de trabajo de las personas desempleadas demandantes de empleo a través del trabajo autónomo, así como al asesoramiento técnico y acompañamiento de los mismos, para la puesta en marcha de su actividad económica. Igualmente, está destinado al asesoramiento técnico y acompañamiento de los trabajadores y trabajadoras autónomos ya constituidos para la consolidación de su negocio.

2. Para ello se establecerá el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo, cuyas funciones serán las siguientes:

a) Sensibilizar e informar sobre el autoempleo.

b) Apoyar y asesorar en la puesta en marcha de las actividades económicas así como realizar el seguimiento, tutorización y consolidación de las mismas

c) Acompañar y asistir técnicamente a los trabajadores y trabajadoras autónomos.

3. Dicho sistema estará participado por las siguientes entidades:

a) Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico que, además de informar y asesorar en la puesta en marcha de los proyectos, podrán realizar el seguimiento y la tutorización de los mismos

b) Aquellas entidades que trabajen en materia de acompañamiento y tutorización para el trabajo autónomo que colaboran con el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

La Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo mediante resolución que será publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, designará las entidades que, junto con las UTEDLTs, integrarán el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo al que se refiere el apartado anterior.

4. El Servicio Andaluz de Empleo, a través de sus oficinas y resto de entidades colaboradoras, prestará información básica acerca del autoempleo como opción profesional, y derivará a las personas desempleadas demandantes de empleo a los dispositivos especializados que integran el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo.

5. Para la consecución del objetivo del presente programa se establezca una medida de apoyo de entidades que colaborarán con el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo en materia de asesoramiento y tutorización en proyectos de trabajo autónomo y que consistirá en ayudas a la financiación de los siguientes proyectos:

a) Proyectos destinados a acompañar a los trabajadores y trabajadoras autónomos

b) Proyectos destinados a la elaboración de herramientas e instru-

mentos técnicos metodologías de asesoramiento.

c) Proyectos destinados al seguimiento y evaluación de las tareas de acompañamiento y asistencia técnica al trabajo autónomo.

**Art. 27. Obligaciones específicas.**—1. Sin perjuicio de las obligaciones genéricas establecidas por el artículo 129 de la presente Orden, las entidades que participen en el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo se comprometen dentro de las directrices y protocolos de actuación por él establecidos, al cumplimiento de las siguientes obligaciones específicas:

— Realizar puntualmente los trámites administrativos que le sean exigidos y a presentar la información estadística sobre las actividades que realicen en base a los indicadores y metodología que el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo establezca para el seguimiento y evaluación de los proyectos.

— Facilitar cuantos informes cualitativos y cuantitativos se le soliciten por el Servicio Andaluz de Empleo, al objeto de conocer con mayor profundidad el desarrollo del proyecto.

— La entidad se compromete a cooperar con el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo en los sistemas de seguimiento y evaluación que se establezcan para cualquiera de los proyectos que se ejecuten.

— La entidad facilitará al Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo información periódica, así como Memoria Final sobre el desarrollo del proyecto, de acuerdo a los modelos que para ello se determine y en los plazos que se establezcan.

— Para la realización de cualquier tipo de actividad que conlleve divulgación y difusión, tanto en materia de trabajo autónomo como del propio

proyecto, la entidad seguirá las directrices que para ello se establezcan por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

— Promover acciones de información, motivación y difusión al autoempleo que favorezcan la captación de ideas y proyectos de autoempleo de carácter individual, salvo en el caso de los proyectos presentados para la elaboración de instrumentos o herramientas.

— Tanto la entidad como el personal destinado a la ejecución del proyecto se comprometen formalmente a mantener en secreto, fuera de los trámites requeridos para prestar la Asistencia Técnica, todas las informaciones que les sean suministradas por la Administración en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal. El uso de los datos facilitados directamente por las personas interesadas estará limitado a la autorización expresa de éstos.

— Cumplir las características de identidad común de dicho sistema en cuanto a calidad, imagen, utilización de nuevas tecnologías de la información y tipología de los servicios que se presten.

2. Para las medidas contempladas en las Secciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del presente Capítulo, las entidades solicitantes de las ayudas en ellas establecidas se comprometen, así mismo, a someterse al procedimiento de evaluación que se lleve a cabo por las entidades beneficiarias de las ayudas desarrolladas en la sección tercera del presente Capítulo.

**Art. 28. Cuantía.**—Las ayudas previstas en el presente programa podrán ascender hasta el 100% del coste de los proyectos presentados por las entidades para las acciones contempladas en dichos capítulos, cuan-

do la entidad solicitante tenga ámbito autonómico e implantación y sede en todas las provincias andaluzas

La cuantía máxima que se establece para el desarrollo de los Proyectos destinados a la elaboración de herramientas, instrumentos técnicos y metodologías de asesoramiento, regulados por la Sección 2.<sup>a</sup> del presente Capítulo, será de 120.000 euros. Excepcionalmente, la Dirección General de Fomento del Empleo podrá autorizar una cuantía superior, en atención a las especiales características y dificultades técnicas del proyecto.

#### SECCIÓN PRIMERA

#### *Proyectos destinados al acompañamiento de los trabajadores y trabajadoras autónomos*

**Art. 29. Beneficiarios.**—Los proyectos regulados en la presente Sección podrán ser promovidos por Corporaciones de Derecho Público y Entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro, en las que concurren los siguientes requisitos:

a) Que la entidad tenga al menos ámbito autonómico e implantación y sede en todas las provincias andaluzas.

b) Que tenga carácter intersectorial.

c) Que la entidad cuente con una experiencia mínima de tres años en la realización de proyectos similares al presentado para el que se solicita la ayuda.

d) Que la entidad ponga a disposición del proyecto los recursos humanos, materiales y técnicos suficientes para ejecutar las acciones que el proyecto contemple, así como aquellos que faciliten el seguimiento y posterior evaluación del proyecto. Los técnicos-tutores contratados para la ejecución del proyecto habrán de contar con titulación universitaria adecuada a los

requisitos necesarios para el desempeño del puesto y una experiencia mínima de dos años en asesoramiento al autoempleo. Acreditado dicho perfil profesional, se valorarán los conocimientos en algunas de la siguientes materias: herramientas ofimáticas e internet; técnicas de motivación, comunicación y entrevistas; mercado de trabajo y NYE; Políticas públicas de empleo; tramitación de subvenciones.

e) Que la entidad se comprometa a desarrollar el proyecto bajo las directrices y coordinación que establezca el Servicio Andaluz de Empleo, usando para ello las herramientas que se le faciliten desde dicho Servicio, y todo ello en el marco del Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo.

**Art. 30. Destinatarios.**—Los destinatarios de estos proyectos serán aquellas personas desempleadas e inscritas como demandantes de empleo en el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo que pretendan constituirse como trabajadores y trabajadoras autónomos, y aquellas que se hayan constituido como tales.

**Art. 31. Duración y contenido de los proyectos.**—Los proyectos a desarrollar tendrán una duración máxima de tres años, en cuyo período deberán desarrollarse al menos las siguientes acciones:

a) Las destinadas a informar, sensibilizar, motivar y orientar a aquellas personas desempleadas que pretendan constituirse como autónomas.

b) Las destinadas al asesoramiento individualizado a aquellas personas que tienen una idea de negocio o un proyecto de autoempleo concreto, y requieren de apoyo técnico para la elaboración y puesta en marcha de su Plan de Negocio.

En este tipo de acciones se incluirán, al menos, las siguientes actividades:

— Aquellas destinadas a facilitar apoyo técnico y asesoramiento a las personas desempleadas que pretenden constituirse como autónomas y quieran solicitar las ayudas recogidas en los programas contemplados en la presente Orden. A tal fin, a todos los solicitantes de estas ayudas se les asignará un técnico-tutor, quien además se encargará de apoyarle en la elaboración de su plan de negocio y, en aquellos casos en que proceda, emitirá un valoración acerca de la viabilidad del mismo.

— Desarrollo del Plan de viabilidad del negocio de que se trate, diagnóstico, estudio económico-financiero, organización de los recursos, comercialización, y otros estudios de naturaleza análoga.

— Apoyo para la búsqueda de formulas de financiación.

— Asesoramiento en las diversas áreas de gestión empresarial.

c) Las destinadas a proporcionar un acompañamiento y tutorización de aquellos proyectos de autoempleo que, una vez puestos en marcha, requieran de un apoyo y seguimiento continuo durante sus dos primeros años de vida y hasta su consolidación.

d) Las destinadas al acompañamiento y asistencia técnica a los trabajadores y trabajadoras autónomas.

En estas acciones se incluirán, al menos, las siguientes actividades:

— Revisión de Plan de Viabilidad tras la puesta en marcha con la finalidad de realizar los ajustes necesarios, que incluirá entre otros, el informe económico-financiero del estado del negocio y resto de elementos del Plan.

— Asesoramiento en las diferentes áreas de gestión empresarial.

— Estudios necesarios para obtener otras fórmulas de financiación para

el caso de que se pretenda mejorar o ampliar el negocio.

— Apoyo técnico para la tramitación de las diferentes ayudas reguladas en esta Orden.

**Art. 32. Criterios de valoración.**—De conformidad con lo establecido en el artículo 17.3.e) de la Ley 38/2003, los criterios objetivos para la concesión en régimen de concurrencia competitiva de estas ayudas serán los siguientes:

1. Justificación de la necesidad del proyecto (máximo 10 puntos).

— Viabilidad y necesidad del mismo.

2. Coherencia y calidad del Proyecto (máximo 40 puntos).

— Claridad en la exposición y desarrollo metodológico de las actuaciones.

— Actuaciones específicas innovadoras que complementen o implementen las previstas por el Sistema coordinado de orientación, seguimiento y evaluación del autoempleo.

— Actuaciones previstas para la atención a colectivos con especiales dificultades que pretendan desarrollar un proyecto de autoempleo, o requieran de apoyo para la consolidación de sus negocios.

— Actuaciones previstas que garanticen el principio de igualdad de oportunidades.

— Mecanismos y actuaciones previstas que favorezcan la consolidación de los proyectos de autoempleo que se pongan en marcha.

— Carácter innovador y originalidad en el uso de nuevas tecnologías, en relación a las actuaciones previstas, metodologías, instrumentos y sistemas de seguimiento y evaluación.

3. Previsión de resultados y calidad en el empleo que se genere (máximo 25 puntos).

— Número total de personas destinatarios del proyecto.

— Número total de personas a atender por cada técnico-tutor.

— Número total de personas desempleadas previstas a atender para el inicio de su negocio, indicando la media a atender por cada técnico-tutor.

— Número de informes de viabilidad previstos emitir por cada técnico-tutor para las diferentes medidas contempladas en el Decreto para el inicio de la actividad, con especial mención al ticket del autónomo.

— Número total de proyectos de autoempleo previstos crear y número total de empleos por cuenta propia generados.

— Número total de autónomos y autónomas previstos a atender para la consolidación de sus negocios, indicando la media a atender por cada técnico-tutor.

— Número total de empleos por cuenta ajena previstos generar.

— Número total de autónomos y autónomas previstos atender una vez finalizada la fase de consolidación del negocio.

4. Experiencia de la entidad y recursos previstos emplear en la ejecución del Proyecto (máximo 25 puntos).

— Experiencia de la entidad y resultados de anteriores proyectos promovidos por la misma en relación con el autoempleo y concretamente con el trabajo autónomo.

— Capacidad de la entidad para desarrollar las actuaciones generales y específicas previstas en este proyecto, acreditadas por su experiencia en la gestión de otras políticas activas de empleo, y especialmente con las dirigidas al trabajo autónomo

— Número de dispositivos con los que cuenta la entidad en la zona donde se va a desarrollar el proyecto.

— Aportaciones complementarias de la Entidad en recursos humanos,



técnicos, económicos, materiales o instalaciones no imputadas a cargo del proyecto.

— Adecuación de los costes en relación a los recursos humanos, técnicos, materiales e instalaciones necesarias

— Adecuación del coste total del proyecto en relación con los resultados previstos

**Art. 33. Gastos subvencionables.—1.** Para el desarrollo de este proyecto se considerarán como gastos subvencionables los relacionados a continuación y dentro de los límites establecidos en este mismo apartado:

a) Gastos de personal, entendiéndose por tales aquellos gastos destinados a sufragar los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, incluidos en los mismos el correspondiente al prorrateo de pagas extraordinarias y las cotizaciones a la Seguridad Social, no pudiendo exceder de las cantidades que se establecen a continuación, por año y a jornada completa:

— Coordinador/a: 35.384 euros.

— Técnico/a: 29.321,50 euros.

— Apoyo Administrativo: 20.525 euros.

Los gastos contemplados en este apartado no podrán superar el 90% del total del proyecto. En el supuesto de que se precise imputar más de un coordinador al proyecto, deberá solicitarse autorización y justificar dicha necesidad ante la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

Los incrementos anuales para años naturales sucesivos de estos módulos serán del 3%, mientras no se dicte disposición en contra. El valor de los mismos será único para todo el proyecto aun cuando éste se desarrolle en dos ejercicios anuales distintos,

y será el que corresponda al mes de inicio del mismo.

b) Gastos Generales, se considerarán como tales los relacionados a continuación:

— Otros costes relacionados con tareas de coordinación, evaluación, formación, mentoring.

— Gastos de viaje y estancia del personal para la realización de actuaciones relacionadas con el desarrollo del proyecto.

— Publicaciones y publicidad.

— Alquiler de edificios y equipamientos sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing

— Amortización de equipos conforme a la legislación vigente.

— Material fungible y otros bienes consumibles no amortizables.

— Material de oficina, didáctico e informático.

— Gastos corrientes, entendiéndose por tales suministros de luz, agua, calefacción, teléfono, fax, internet y correos.

— Seguros de responsabilidad civil.

— Limpieza.

— Gastos de auditoría externa para la comprobación de las certificaciones de gastos.

2. Las limitaciones de cantidades establecidas en el apartado anterior podrán ser actualizadas y/o modificadas por Resolución de la Dirección General de Fomento del Empleo.

#### SECCIÓN SEGUNDA

*Proyectos destinados a la elaboración de herramientas, instrumentos técnicos y metodologías de asesoramiento*

**Art. 34. Beneficiarios.—**Estos proyectos podrán ser promovidos por entidades sin ánimo de lucro y entidades privadas en que concurran los siguientes requisitos:

— Que la entidad cuente con una experiencia mínima de tres años en la realización de proyectos similares al presentado para el que se solicita la ayuda.

— Que la entidad ponga a disposición del proyecto los recursos humanos, materiales y técnicos suficientes para ejecutar las acciones que el proyecto contemple, así como aquellos que faciliten el seguimiento y posterior evaluación del proyecto.

— Que la entidad se comprometa a desarrollar el proyecto bajo las directrices y coordinación que establezca el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

**Art. 35. Duración y contenido.**—Estos proyectos podrán tener una duración de 2 años y contemplarán acciones destinadas a la elaboración de instrumentos metodológicos, así como herramientas técnicas innovadoras que implementen y faciliten las labores de acompañamiento y asesoramiento técnico al trabajo autónomo realizadas en el marco del Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo, y que contribuyan a mantener unos niveles óptimos de calidad en las herramientas o instrumentos que se generan.

**Art. 36. Criterios de valoración.**—De conformidad con lo establecido en el artículo 17.3.e) de la Ley 38/2003, los criterios objetivos para la concesión en régimen de concurrencia competitiva de estas ayudas serán los siguientes:

1. Justificación de la necesidad del proyecto (máximo 10 puntos).

— Viabilidad y necesidad del proyecto que se presenta y su adecuación a los objetivos previstos en esta norma.

2. Coherencia y calidad del proyecto (máximo 40 puntos).

— Precisión y claridad en la descripción de los objetivos generales y específicos.

— Claridad en el desarrollo metodológico de las herramientas e instrumentos que se pretenden elaborar.

— Actuaciones innovadoras que a través de los mismos se pretenden obtener y su complementariedad con los diseñados por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

— Carácter innovador y originalidad en el uso de nuevas tecnologías, en relación con las metodologías e instrumentos que se generen.

— Adaptación de herramientas e instrumentos dirigidos a los colectivos con especiales dificultades.

3. Previsión de resultados (máximo 20 puntos).

— Valor añadido que representan los instrumentos y herramientas que se elaboren en relación con aquellos de los que ya dispone el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo.

4. Experiencia de la entidad y recursos previstos emplear en la ejecución del proyecto. (máximo 30 puntos).

— Experiencia de la entidad en políticas activas de empleos.

— Experiencia y capacidad de la entidad acreditada en la realización de proyectos similares dirigidas al trabajo autónomo.

— Capacidad de la entidad para desarrollar las actuaciones generales y específicas previstas en este proyecto, acreditadas por su experiencia en la gestión de otras políticas activas de empleo.

— Aportaciones complementarias de la entidad en recursos humanos, técnicos, económicos, materiales o instalaciones no imputadas a cargo del proyecto.

— Adecuación de los costes en relación a los recursos humanos, téc-

nicos, materiales e instalaciones necesarias.

— Adecuación del coste total del proyecto en relación con los resultados previstos.

**Art. 37. Titularidad de los productos desarrollados por los proyectos.**—La propiedad de los instrumentos o herramientas aprobados corresponderá al Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo de conformidad con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. En tal sentido podrá, si lo considera oportuno, incorporar dichos instrumentos o herramientas aprobados al Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo para su uso generalizado por la entidades que lo conforman.

**Art. 38. Gastos elegibles.**—En cualquier caso, sólo se considerarán gastos subvencionables los conceptos que se relacionan a continuación:

a) Costes salariales y de Seguridad Social del personal necesario para el desarrollo de este tipo de actividades incluyendo el personal que presta servicios en la entidad beneficiaria y aquel otro que pudiera contratarse para tal fin.

En el primer caso se imputarán al proyecto las partes proporcionales del tiempo efectivamente dedicado al proyecto.

b) Gastos de viaje y estancia del personal para la realización de actuaciones relacionadas con el desarrollo del proyecto.

c) Gastos Generales necesarios para la ejecución del proyecto en la parte proporcional correspondiente a esa ejecución, entre los siguientes:

- Publicaciones y publicidad.
- Alquiler de edificios y equipamientos sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing.
- Amortización de equipos conforme a la legislación vigente.
- Material fungible y otros bienes consumibles no amortizables.
- Material de oficina o informático.
- Gastos corrientes, entendiéndose por tales suministros de luz, agua, calefacción, teléfono, fax, internet y correos.

— Gastos de auditoria externa para la comprobación de las certificaciones de gastos.

d) Cualquier otro gasto directo derivado de la elaboración de las herramientas y que sea expresamente aprobado con anterioridad por la Dirección General de Fomento del Empleo, y en función de que la metodología y objetivos perseguidos por las mismas, se adecuen a los servicios prestados por el sistema de asesoramiento al autoempleo, establecido por el Servicio Andaluz de Empleo.

#### SECCIÓN TERCERA

#### *Proyectos destinados al seguimiento y evaluación de las tareas de acompañamiento y asistencia técnica al trabajo autónomo*

**Art. 39. Beneficiarios.**—Estos proyectos serán promovidos por entidades sin ánimo de lucro en que concurren los siguientes requisitos:

a) Que la entidad tenga ámbito autonómico y sede en todas las provincias andaluzas.

b) Que la entidad cuente con una experiencia mínima de 2 años en el ámbito de la planificación, seguimiento y evaluación de las tareas de acompañamiento y asistencia técnica al trabajo autónomo.

c) Que la entidad ponga a disposición del proyecto los recursos huma-

nos, materiales y técnicos suficientes para ejecutar las acciones que el proyecto contemple, así como aquellos que faciliten el seguimiento y posterior evaluación del proyecto. El personal que la entidad ponga a disposición del proyecto ha de contar con la cualificación necesaria para ejecutar las acciones que el mismo contempla y una experiencia mínima de al menos dos años.

d) Que la entidad se comprometa a desarrollar el proyecto bajo las directrices y coordinación que establezca el Servicio Andaluz de Empleo.

**Art. 40. Duración y contenido de los proyectos.**—1.

Estos proyectos podrán tener una duración de hasta de 4 años, y contemplarán acciones destinadas a la mejora continua de los servicios de atención personalizada que se presten a los autónomos y autónomas en el marco de este programa por las entidades que conforman el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo, lo que contribuirá a mantener unos niveles óptimos de calidad, continuados y estables en los productos y herramientas que se elaboren y en los servicios que se presten desde este programa.

2. Por ello, en el marco de este proyecto, bajo las directrices del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y en el marco del citado Sistema, se podrán realizar, entre otras, las siguientes acciones:

a) Diseño de sistemas validados por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo que permitan evaluar cada uno de los procesos que intervienen en el mencionado Sistema coordinado, así como de las herramientas y los procesos de información y comunicación que se incorporen al mismo.

b) Elaboración de mecanismos que faciliten e implementen los siste-

mas de seguimiento y evaluación, diseñados para la valoración y mejora continuas de los servicios de acompañamiento y asesoramiento al trabajo autónomo.

c) Diseño de instrumentos que permitan reducir o eliminar los déficit que el referido Sistema coordinado pueda presentar, elaborando y proponiendo los instrumentos técnicos necesarios a fin de conseguir los objetivos previstos y obtener mejores resultados.

d) Diseño e impartición de programas formativos, dirigidos a los técnicos-tutores que integran el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo, con el objetivo de garantizar la adecuada cualificación de los profesionales que prestan dicho Sistema.

e) Acciones de asesoramiento y apoyo a las entidades que conforman el mencionado Sistema.

f) Acciones de difusión y seminarios relacionados con el proyecto.

g) Otras Acciones Innovadoras, así como de soporte y apoyo técnico dirigidas a mejorar el funcionamiento del propio Sistema.

**Art. 41. Criterios de valoración.**—

De conformidad con lo establecido en el artículo 17.3.e) de la Ley 38/2003, los criterios objetivos para la concesión en régimen de concurrencia competitiva de estas ayudas serán los siguientes:

1. Justificación de la necesidad del proyecto (máximo 10 puntos).

— Viabilidad y necesidad del proyecto que se presenta y su adecuación a los objetivos previstos en la normativa reguladora.

2. Coherencia y calidad del proyecto (máximo 40 puntos).

— Claridad en la exposición, contenido y desarrollo metodológico de las actuaciones a desarrollar, encardinándolas en cada una de las acciones pre-

vistas en esta norma para este tipo de proyectos.

— Acciones para mejorar e implementar la calidad de las actuaciones propuestas en relación con las ya previstas en el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo.

— Actuaciones innovadoras que complementen a las establecidas en el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo.

— Carácter innovador y originalidad en el uso de nuevas tecnologías, en relación a las actuaciones previstas, metodologías, instrumentos y sistemas de seguimiento y evaluación.

3. Previsión de resultados (máximo 25 puntos).

— Resultados previstos obtener tanto cualitativos como cuantitativos en relación a cada una de las actuaciones previstas en el proyecto que se presente.

— Valor añadido que representan cada una de las actuaciones previstas desarrollar en relación con las establecidas en el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo.

4. Experiencia de la entidad y recursos previstos emplear en la ejecución del proyecto (máximo 25 puntos).

— Experiencia de la entidad y resultados de anteriores proyectos promovidos por la misma y similares al proyecto presentado.

— Experiencia y capacidad de la entidad para desarrollar las actuaciones generales y específicas previstas en este proyecto, acreditadas por su gestión de políticas activas de empleo, con especial mención a las dirigidas al trabajo autónomo.

— Aportaciones complementarias de la Entidad en recursos humanos, técnicos, económicos, materiales o instalaciones no imputadas a cargo del proyecto.

— Adecuación de los costes en relación a los recursos humanos, téc-

nicos, materiales e instalaciones necesarias.

— Adecuación del coste total del proyecto en relación con los resultados previstos.

**Art. 42. Gastos subvencionables.**—Para el desarrollo de este proyecto se considerarán como gastos subvencionables los relacionados a continuación y dentro de los límites establecidos en este mismo apartado:

a) Gastos de personal, entendiéndose por tales aquellos gastos destinados a sufragar los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, incluidos en los mismos el correspondiente al prorrateo de pagas extraordinarias y las cotizaciones a la Seguridad Social.

b) Gastos Generales, se considerarán como tales los relacionados a continuación:

— Otros costes relacionados con tareas de coordinación, evaluación, formación, mentoring.

— Gastos de viaje y estancia del personal para la realización de actuaciones relacionadas con el desarrollo del proyecto.

— Publicaciones y publicidad.

— Alquiler de edificios y equipamientos sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing.

— Amortización de equipos conforme a la legislación vigente.

— Material fungible y otros bienes consumibles no amortizables.

— Material de oficina, didáctico e informático.

— Gastos corrientes, entendiéndose por tales suministros de luz, agua, calefacción, teléfono, fax, internet y correos.

— Seguros de responsabilidad civil.

— Limpieza.

— Gastos de auditoría externa para la comprobación de las certificaciones de gastos.

c) Cualquier otro gasto directo derivado del seguimiento y la evaluación, que sea expresamente aprobado con anterioridad por el órgano competente y en función de que la metodología y objetivos perseguidos por las mismas, se adecuen a los servicios prestados por el sistema de asesoramiento al autoempleo, establecido por el Servicio Andaluz de Empleo.

#### CAPÍTULO IV

### **Programa para impulsar proyectos promovidos por las corporaciones locales en el marco de los nuevos yacimientos de empleo**

**Art. 43. Objeto.**—1. Este Programa tiene por objeto impulsar nuevas actividades económicas a través del trabajo autónomo en proyectos promovidos por las Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo, destinadas a promover proyectos capaces de dinamizar el tejido productivo del territorio donde se implanten y potenciar el desarrollo endógeno dando respuesta a sus necesidades y demandas.

2. El desarrollo de este Programa se articula mediante la presentación de proyectos con carácter experimental, que consistan en la puesta en marcha de iniciativas innovadoras de autoempleo en aquellos territorios que presenten mayor potencial de generación de nuevas actividades económicas, en función del conocimiento y análisis previo del territorio

**Art. 44. Beneficiarios.**—1. Podrán ser beneficiarios de las medidas previstas en el presente programa las Entidades Locales, que cuenten con recursos humanos y materiales suficientes, y dispongan de instalaciones adecuadas para desarrollar las acciones contempladas en el presente programa. Los/as profesionales encarga-

dos de asesorar a las personas destinatarias de este proyecto deberán contar con una experiencia mínima de 2 años en asesoramiento en proyectos de autoempleo, así como acreditar la cualificación adecuada para el desempeño del puesto.

2. De entre los proyectos presentados tendrán preferencia aquellos que se desarrollen en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 del Decreto 149/2005, de 14 de junio.

3. Podrán colaborar con las Corporaciones Locales en la puesta en marcha y desarrollo de estas acciones piloto las entidades, instituciones, asociaciones, centros especiales de empleo u organizaciones públicas o privadas sin ánimo de lucro que acrediten ante el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo una experiencia mínima de al menos 3 años en materia de asesoramiento al autoempleo, orientación, apoyo y formación gerencial.

4. Las entidades que integran el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo, especialmente la Unidad Territorial de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico de la zona de actuación del proyecto que se presente, colaborarán en la ejecución del mismo, desarrollando su labor fundamental en la fase de consolidación de los negocios que se pongan en marcha. Además, continuarán prestando ese asesoramiento técnico al autónomo al menos un año más a partir de la finalización del proyecto.

**Art. 45. Duración y contenido de los proyectos.**—1. Las Corporaciones Locales promotoras deberán realizar un diagnóstico y análisis previo del territorio o zonas de actuación, en las cuales se desarrollen sus proyectos, al objeto de identificar y selec-

cionar tanto las actividades de autoempleo como los ámbitos de Nuevos Yacimientos de Empleo, en los que se enmarcan, que presentan mayor potencial de desarrollo y creación de empleo. Dicho diagnóstico deberá acompañarse al proyecto que se presente junto con la solicitud.

2. Los proyectos incentivados mediante esta medida tendrán un plazo de ejecución de 2 años y habrán de contemplar las siguientes fases:

- a) Fase de información, difusión y formación.
- b) Fase de puesta en marcha y lanzamiento de los proyectos.
- c) Fase de seguimiento y consolidación de los negocios de trabajo autónomo.

A. Fase de información, difusión y formación.

Dentro de esta fase se desarrollarán aquellas acciones tendentes a la difusión del proyecto entre la población destinataria del mismo, dando a conocer las oportunidades de trabajo autónomo que presentan los Nuevos Yacimientos de Empleo en aquellos ámbitos elegidos en base al diagnóstico y análisis previo; seleccionar aquellas iniciativas económicas que se encuadren en dichos ámbitos y dotar a los destinatarios de una formación que les posibilite la puesta en marcha de su proyecto a través de una atención personalizada. Esta fase tendrá una duración máxima de 6 meses, y en ella se desarrollarán, al menos las siguientes actividades:

A.1) Información y difusión del proyecto.

La Corporación Local fomentará la cultura del autoempleo, dando a conocer las oportunidades de empleo que a través del trabajo autónomo ofrecen los Nuevos Yacimientos de Empleo. Asimismo serán dadas a conocer las actividades económicas que hayan sido seleccionadas sobre

la base del diagnóstico previo del territorio.

A.2) Selección beneficiarios.

El colectivo destinatario de estos proyectos estará integrado por aquellas personas desempleadas demandantes de empleo, que muestren interés en poner en marcha una idea de negocio de autoempleo, en el marco de las actividades económicas previamente seleccionadas en ese territorio, y que cuenten con una formación básica o experiencia profesional para desarrollar dicha actividad.

A.3) Formación.

La Corporación Local podrá diseñar, planificar e implementar la formación específica que dote al futuro/a autónomo/a de los conocimientos teórico-prácticos y las competencias necesarias para desarrollar su idea de negocio y que posibiliten la posterior consolidación del mismo.

Para ello, las Corporaciones Locales contemplarán, entre otros, módulos destinados a la formación gerencial, la comercialización, y nuevas tecnologías de la Información y la Comunicación. Esta formación teórica podrá complementarse con sesiones prácticas en las que la simulación de la puesta en marcha de cada una de las iniciativas de autoempleo sirva de entrenamiento al lanzamiento real de los negocios. Durante esta simulación se llevarán a cabo actuaciones dirigidas al análisis de estrategias, identificación de obstáculos, planes de negocios y estudios de viabilidad, así como cualesquiera otras que se consideren de interés para esta finalidad.

Asimismo, las Corporaciones Locales informarán a los destinatarios de su proyecto del Plan Más Autónomos, de las actividades sobre prevención de riesgos laborales y de la programación formativa dirigida a los autónomos y autónomas que se ponga en marcha desde el Servicio Andaluz de Empleo.

B. Fase de puesta en marcha y lanzamiento de los proyectos.

En esta fase se desarrollarán acciones dirigidas a prestar un asesoramiento individualizado a aquellas personas que van a poner en marcha un proyecto de trabajo autónomo. Esta fase tendrá una duración máxima de 6 meses, y en ella se desarrollarán, al menos las siguientes actividades:

— Desarrollar el Plan del negocio que acredite la viabilidad del mismo, así como aquellas otras tareas vinculadas con el mismo.

— Asesorar en las diversas áreas de gestión del negocio.

— Gestionar los trámites administrativos necesarios para la puesta en marcha del proyecto de autoempleo: Alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

— Fomentar y orientar en la creación de redes entre autónomos.

— Apoyo técnico para la tramitación de las diferentes ayudas reguladas en la presente Orden, así como para la búsqueda de otras fórmulas de financiación.

Para el lanzamiento de aquellos negocios que se hayan iniciado en esta fase podrán otorgarse ayudas económicas.

Los beneficiarios de estas ayudas serán aquellas personas incluidas en el proyecto que reúnan los siguientes requisitos:

- Que se hayan dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (persona física) durante el plazo de ejecución del proyecto.

- Que presenten un Plan de Negocio, acompañado de un informe emitido por el técnico-tutor que acredite la viabilidad del mismo.

Asimismo, los beneficiarios de estas ayudas deberán mantenerse de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, al menos durante dos años desde la fecha de concesión

de la ayuda. Si se incumpliere esta obligación el perceptor deberá reintegrar esta ayuda.

Las cuantías para esta ayuda serán las mismas que se establecen en la medida del ticket del autónomo, teniendo en cuenta para el establecimiento de la misma, los criterios establecidos en el capítulo II de la presente Orden.

C) Fase de seguimiento y consolidación de los negocios de trabajo autónomo.

En esta fase mediante la prestación de asistencia técnica individualizada se contemplarán aquellas acciones destinadas al seguimiento, tutorización y consolidación de cada uno de los proyectos que se están desarrollando:

— Seguimiento regular, personalizado y continuo de cada una de las iniciativas de autoempleo emprendidas.

— Revisión de Plan de Negocio, así como de aquellos otros elementos vinculados al mismo.

— Asesoramiento en las diferentes áreas de gestión y comercialización.

— Difusión y divulgación de los negocios puestos en marcha, al objeto de promocionarlos.

— Apoyo técnico para la tramitación de las diferentes ayudas reguladas en el Plan de Fomento y consolidación del trabajo autónomo en Andalucía, así como para la búsqueda de otras fórmulas de financiación, para los casos de mejora o ampliación del negocio.

En esta fase de consolidación podrán establecerse ayudas dirigidas a incentivar la demanda de los servicios que ofertan los trabajadores y trabajadoras autónomos especialmente aquellos que se enmarcan dentro del ámbito de la vida diaria y que van dirigidos a la atención de personas dependientes. Para ello se establece una



ayuda destinada a sufragar hasta el 50% del coste del servicio con una cuantía máxima de 2.000 €.

No obstante todo lo anterior, la entidad deberá presentar para su aceptación expresa ante la Dirección General de Fomento del Empleo propuesta pormenorizada sobre el procedimiento a seguir y las medidas de control que se establezcan para la concesión de las ayudas contempladas tanto en la fase B) de lanzamiento como en la fase C) de consolidación de los negocios de trabajo autónomo. Todo ello, sin perjuicio de las instrucciones y directrices que para las mismas se desarrollen por ese mismo Centro Directivo.

**Art. 46. Incompatibilidad de las ayudas.**—1. De conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan para el Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo, las ayudas previstas en el artículo 45.2.B) son incompatibles con las ayudas reguladas en la sección primera del Capítulo II de la presente Orden.

2. Asimismo y en relación con las ayudas para incentivar la demanda del servicio, las mismas serán incompatibles con otras para la misma finalidad que se regulen en el ámbito autonómico o estatal, correspondiendo a la Corporación Local fijar las medidas de control necesarias para velar por el correcto cumplimiento de esta disposición. A tal efecto deberán establecerse los canales de coordinación y comunicación que se estimen necesarios por el Servicio Andaluz de Empleo.

**Art. 47. Criterios de valoración.**—De conformidad con lo establecido en el artículo 17.3.e) de la Ley 38/2003, los criterios objetivos para la concesión en régimen de concurrencia

competitiva de estas ayudas serán los siguientes:

A) Justificación de la necesidad del proyecto (máximo 25 puntos).

— Diagnóstico y análisis del territorio en relación a los Nuevos Yacimientos de Empleo.

— Elementos y factores analizados para concretar el ámbito de actuación en el territorio en función de los Nuevos Yacimientos de Empleo.

— Análisis de la zona o zonas teniendo en cuenta las necesidades existentes, la demanda, potencial y efectiva, y la oferta, todo ello en comparación con la media provincial y autonómica.

— Obstáculos identificados en el territorio que dificulten la implantación y desarrollo de los Nuevos Yacimientos de Empleo.

— Calidad y precisión metodológica del diagnóstico elaborado.

— Justificación y criterios empleados para la selección de los ámbitos Nuevos Yacimientos de Empleo y actividades económicas propuestas.

B) Coherencia y calidad del proyecto (máximo 40 puntos).

— Adecuación del proyecto a las necesidades detectadas, a los objetivos señalados, a los recursos humanos, técnicos y materiales necesarios, al colectivo destinatarios y a los resultados previstos en relación al número de proyectos de autoempleo que se generen y los empleos por cuenta ajena que se creen.

— Precisión y claridad en la descripción de los objetivos generales y específicos.

— Claridad en la exposición y desarrollo metodológico de las actuaciones.

— Carácter innovador y originalidad en el uso de nuevas tecnologías, en relación a las actuaciones previstas, metodología, instrumentos y sistemas de seguimiento y evaluación.

— Actuaciones previstas para dar respuesta a los obstáculos identificados en el diagnóstico, en relación entre otros al entorno social, administrativo, financiero y de recursos.

— Actuaciones que complementen y se integren con otros proyectos puestos en marcha por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo en relación con el trabajo autónomo, a fin de conseguir la mayor optimización en relación con la eficiencia y eficacia de todos los recursos que en ese territorio actúan en esta materia.

— Actuaciones innovadoras no existentes en el territorio en relación al trabajo autónomo.

— Actuaciones previstas que garanticen el principio de igualdad de oportunidades.

— Mecanismos de colaboración y cooperación establecidos con el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo especialmente las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, para el apoyo y complementariedad de las actuaciones a desarrollar con los autónomos y autónomas, especialmente en la fase de consolidación de sus proyectos.

— Otras vías de colaboración y participación que para el desarrollo del proyecto se establezcan con las distintas entidades públicas y privadas existentes en el territorio.

— Mecanismos y actuaciones previstas que favorezcan la consolidación de los proyectos de autoempleo que se pongan en marcha.

— Adecuación del proyecto a las necesidades detectadas, a los objetivos señalados, a los recursos humanos, técnicos y materiales necesarios, al colectivo destinatario y a los resultados previstos en relación al número de proyectos de autoempleo que se generen y los empleos por cuenta ajena que se creen.

C) Previsión de resultados y calidad en el empleo que se genere (máximo 25 puntos).

— Número total de participantes previstos.

— Número de proyectos de autoempleo que se pretenden poner en marcha.

— Número total de empleos por cuenta propia previstos crear.

— Número total de empleos por cuenta ajena previstos generar.

— Capacidad de supervivencia prevista de las iniciativas de autoempleo puestas en marcha a través del proyecto, basado en los análisis del contexto donde se pretende desarrollar.

— Grado de generalización de los resultados, procedimientos y metodologías del proyecto para otras experiencias proyectadas en este territorio

D) Experiencia de la entidad y recursos a emplear en la ejecución del proyecto (máximo 10 puntos).

— Experiencia de la entidad y resultados de anteriores proyectos promovidos por la misma en relación con el autoempleo.

— Experiencia de la entidad en relación con el trabajo autónomo y los nuevos yacimientos de empleo.

— Aportaciones complementarias de la Corporación Local o sus Entidades colaboradoras en recursos humanos, técnicos, económicos, materiales o instalaciones no imputadas a cargo del proyecto.

— Adecuación de los costes en relación a los recursos humanos, técnicos, materiales e instalaciones necesarias.

— Adecuación del coste total del proyecto en relación con los resultados previstos.

**Art. 48. Obligaciones específicas.**—1. Sin perjuicio de las obligaciones genéricas establecidas por el artículo 129 de la presente Orden, las

Entidades Locales se comprometen dentro de las directrices y protocolos de actuación por él establecidos, al cumplimiento de las siguientes obligaciones específicas:

— Mantener en secreto, fuera de los trámites requeridos para la realización de sus proyectos, todas las informaciones que les sean suministradas por la Administración en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal.

— Realizar puntualmente los trámites administrativos que le sean exigidos y a presentar la información estadística sobre las actividades que realicen en base a los indicadores y metodología que el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo establezca para el seguimiento y evaluación de los proyectos.

— Facilitar cuantos informes cualitativos y cuantitativos se le soliciten, sobre el proyecto al objeto de conocer el desarrollo del mismo.

— Cooperar con el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo en los sistemas de seguimiento y evaluación que se establezcan para cualquiera de los proyectos que se ejecuten.

— Facilitar al Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo información periódica así como Memoria Final sobre el desarrollo del proyecto, de acuerdo a los modelos que para ello se determine y en los plazos que se establezcan.

— Para la realización de cualquier tipo de actividad que conlleve divulgación y difusión, tanto en materia de trabajo autónomo como del propio proyecto, la entidad seguirá las directrices que para ello se establezcan por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo. A tales efectos se entenderán como incluidas la identificación de los locales en los que se

preste servicio, el material que se emplee las convocatorias de ayudas al lanzamiento y la identificación de cualquier otra actividad subvencionada por la Consejería de Empleo.

**Art. 49. Cuantía de la ayuda.**—La ayuda consistirá en la cofinanciación por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo de hasta el 80% del coste global de los proyectos presentados por las Corporaciones Locales.

**Art. 50. Gastos subvencionables.**—1. Para el desarrollo de este programa se considerarán como gastos subvencionables los relacionados a continuación y dentro de los límites establecidos en este mismo apartado:

a) Gastos de personal, entendiéndose por tales aquellos gastos destinados a sufragar los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, incluidos en los mismos el correspondiente al prorrateo de pagas extraordinarias y las cotizaciones a la Seguridad Social, así como los derivados de otros costes relacionados con tareas de coordinación, evaluación, formación, mentoring.

Los gastos contemplados en este apartado no podrán superar el 25% del coste total del proyecto, salvo para el supuesto de que para la ejecución del mismo se formalicen nuevas contrataciones en cuyo caso este apartado podrá suponer hasta un máximo del 50% del coste total del proyecto.

Asimismo, los costes salariales imputados con cargo al proyecto no podrán exceder de las cantidades que se establecen a continuación, por año y a jornada completa:

— Coordinador/a: 35.384 euros.

— Técnico/a: 29.321,50 euros.

— Apoyo Administrativo: 20.525 euros.

Los incrementos anuales para años naturales sucesivos de estos

módulos serán del 3%, mientras no se dicte disposición en contra. El valor de los mismos será único para todo el proyecto aun cuando éste se desarrolle en dos ejercicios anuales distintos, y será el que corresponda al mes de inicio del mismo.

b) Gastos Generales, se considerarán como tales los relacionados a continuación:

— Gastos de viaje y estancia del personal para la realización de actuaciones relacionadas con el desarrollo del proyecto.

— Publicaciones y publicidad.

— Alquiler de edificios y equipamientos sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing

— Amortización de equipos conforme a la legislación vigente.

— Material fungible y bienes consumibles no amortizables.

— Material de oficina, didáctico e informático.

— Gastos corrientes, entendiéndose por tales suministros de luz, agua, calefacción, teléfono, fax, internet y correos.

— Seguros de responsabilidad civil.

— Limpieza.

— Ayudas contempladas en este programa.

— Gastos de auditoría externa para la comprobación de las certificaciones de gastos

2. Las limitaciones de cantidades establecidas en el apartado anterior podrán ser actualizadas y/o modificadas por Resolución de la Dirección General de Fomento del Empleo

#### CAPÍTULO V

### Programa para la consolidación y apoyo de la actividad económica del trabajador y trabajadora autónomos

**Art. 51. Objeto.**—Este Programa está destinado a favorecer la consoli-

dación de las iniciativas económicas que han constituido los trabajadores y trabajadoras autónomos a través de las siguientes medidas:

a) Medida de apoyo a la/s primera/s contratación/es de carácter indefinido, o transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos que realice de forma simultánea el trabajador o trabajadora autónomo.

b) Medida de apoyo a la financiación para consolidación o ampliación de negocio.

**Art. 52. Procedimiento de concesión.**—De conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, los incentivos establecidos en el presente Capítulo no se someterán al régimen de concurrencia competitiva, sin que sea necesario establecer la comparación de las solicitudes ni la prelación entre las mismas, pudiéndose conceder en atención a que la persona perceptora de la ayuda ostenta la condición de trabajadora autónoma y cumple los requisitos en cada una de las medidas en las que se instrumenta.

#### SECCIÓN PRIMERA

*Medida de apoyo a las primeras contrataciones de carácter indefinido, o transformaciones de contratos de duración determinada en indefinido que realice de forma simultánea el trabajador o trabajadora autónomo individual*

**Art. 53. Finalidad.**—La presente medida tiene por objeto fomentar la contratación indefinida mediante el apoyo a aquellos trabajadores y trabajadoras autónomos que realicen primera/s contratación/es de carácter indefinido o transformación/es de contrato/s de duración determinada en indefinidos de forma simultánea hasta un máximo de cinco trabajadores.

**Art. 54. Beneficiarios.—**1. Serán beneficiarios de esta medida aquellas personas que acrediten el ejercicio de una actividad productiva o profesional como trabajador o trabajadora autónomos en los términos establecidos en el artículo 2 de esta Orden.

2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente medida las siguientes contrataciones:

a) Relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2.1, apartados a), b), c), d), e), f), h) e i) 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 empresas o entidades sin ánimo de lucro.

3. El trabajador o trabajadora autónomo que formalice contrataciones con familiares, podrá beneficiarse del incentivo establecido siempre que éstos cumplan los requisitos establecidos en la legislación laboral y en los términos establecidos en este programa.

**Art. 55. Colectivos preferentes de contratación y cuantía.—**1. Podrán ser objeto de la contratación indefinida incentivada aquellas personas desempleadas demandantes de empleo inscritas como tales y aquellas que se hallan contratadas mediante un contrato de duración determinada, consistiendo la medida en una ayuda a tanto alzado por cada contrato indefinido o transformación de contrato de duración determinada en indefinido que se formalice cuya cuantía podrá alcanzar hasta 5.000 euros en función de lo establecido a continuación:

— En las contrataciones que se formalicen con mujeres o supongan dos o más contrataciones simultáneas, así como aquellas que se formalicen

en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo, la ayuda ascenderá hasta 5.000 € por cada contratación.

— En los restantes supuestos la ayuda ascenderá a 4.750 € por cada contratación, teniendo preferencia las contrataciones indefinidas formalizadas con los siguientes colectivos:

a) Jóvenes menores de 30 años, que hayan participado y superado Programas de Escuelas Taller o Casas de Oficio.

b) Aquellas que hayan completado y superado Cursos de Formación Profesional Ocupacional relacionados con la actividad a desarrollar.

c) Personas con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo en los términos establecidos en el artículo 3 de esta Orden.

d) Personas que hayan completado su participación en un Taller de Empleo.

e) Personas que hayan participado en proyectos y servicios de interés general y social.

f) Todas aquellas personas cuya situación legal de desempleo provenga de expedientes de regulación de empleo.

g) Aquellas personas que provengan de itinerarios personalizados de inserción.

h) Aquellas que se hallen en supuestos expresamente contemplados en cualquier otro programa del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

La pertenencia a estos colectivos se acreditará mediante declaración responsable junto a la solicitud y, en su caso, podrá ser comprobado por el Servicio Andaluz de Empleo.

2. El período mínimo de mantenimiento de los puestos indefinidos creados por nueva contratación o por transformación de un contrato de duración determinada en indefinido será

de 4 años. Si por cualquier incidencia, las personas contratadas causaran baja sin haber transcurrido dicho período mínimo, en el plazo máximo de un mes se realizará la sustitución mediante otra contratación de las mismas características y que deberá ser comunicada a la Consejería competente en materia de empleo, acompañada del nuevo contrato que no generará derecho a nueva subvención. En caso contrario, la cuantía del incentivo será reintegrada en su totalidad. Igualmente, en los supuestos de despido declarado improcedente por los órganos jurisdiccionales del Orden Social, sin que se opte por la readmisión de la persona trabajadora, procederá el reintegro.

**Art. 56. Incompatibilidad.**—La obtención del incentivo a las primeras contrataciones de carácter indefinido, o transformaciones de contratos de duración determinada en indefinido que realice de forma simultánea el trabajador o trabajadora autónomo individual, establecidas en la presente Sección, es incompatible con la obtención de las ayudas establecidas por la Orden de 21 de julio de 2005 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de incentivos a la contratación con carácter indefinido y a la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos a favor de empresas y entidades sin ánimo de lucro, al amparo del Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido, o norma que lo sustituya.

**Art. 57. Documentación específica.**—Además de la documentación que, tal y como establece el artículo 118 de la presente Orden ha de acompañarse con carácter general a las solicitudes de las ayudas en ellas desa-

rolladas, para la presente medida se adjuntará la siguiente:

— Fotocopia compulsada de los contratos indefinidos para los que se solicita la ayuda, excepto para aquellos supuestos en los que se haya hecho uso del aplicativo Gescontrata.

— Fotocopia compulsada de los TC2 correspondientes al mes en que se produce/n la/s contratación/es indefinida/s. Si la persona solicitante 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 mismo.

— Autorización de la persona o personas contratadas al órgano gestor para recabar información a la Tesorería General de la Seguridad Social.

— Para el caso de transformación/es de contrato/s de duración determinada en indefinido fotocopia compulsada del modelo normalizado de contrato de «Comunicación de conversión de contrato temporal en contrato indefinido» aprobado por el órgano competente.

#### SECCIÓN SEGUNDA

#### *Medida de apoyo a la financiación para consolidación de negocio*

**Art. 58. Tipos de ayudas.**—La presente medida se articula a través de los siguientes instrumentos:

a) Bonificación de intereses de préstamo que faciliten la disposición de recursos necesarios para financiar las inversiones requeridas para la ampliación, la adquisición de instalaciones, equipamiento o maquinaria del negocio.

b) Crédito sin aval o microcrédito.

a) **Bonificación de intereses**

**Art. 59. Beneficiarios.**—1. Podrán ser beneficiarios de esta ayuda

aquellas personas que acrediten el ejercicio de una actividad económica o profesional como trabajador o trabajadora autónomos, cuenten con el Informe favorable del plan de viabilidad para ampliación o mejora de actividad o negocio por parte del tutor personal asignado por el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo.

2. Las personas beneficiarias de estas ayudas estarán obligadas a mantener la condición de autónomas durante al menos un año desde la fecha de formalización del crédito.

3. En todo caso no podrán ser beneficiarias de esta medida aquellas personas que ya hayan sido beneficiarias de estas ayudas en cualquiera de los tres ejercicios anteriores.

**Art. 60. Encomienda de gestión.**—1. La gestión y pago de las ayudas previstas en este programa se realizará por el Consejo Andaluz de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, como entidad colaboradora, instrumentándose ésta mediante encomienda de gestión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevista por el apartado 3 del artículo 12 del Decreto 175/2006, de 10 de octubre, y en los términos que se establezcan en el correspondiente instrumento de colaboración.

2. El plazo máximo para resolver y notificar al interesado la resolución de las presente ayudas será de dos meses, contados a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud.

Transcurrido en cada supuesto el citado plazo sin que recaiga resolución expresa, las solicitudes podrán entenderse desestimadas por silencio admi-

nistrativo conforme a lo establecido en el 31.4 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financiaras.

**Art. 61. Tramitación, resolución y pago de las ayudas.**—La tramitación, resolución y pago del presente incentivo se regirá en todo por lo dispuesto en el artículo 13 relativo al ticket del autónomo, con la única salvedad de que junto con la documentación a la que hace referencia el apartado 4 de dicho artículo deberá incluirse la formalización del correspondiente préstamo con entidad bancaria.

**Art. 62. Concepto y cuantía.**—1. Consistirá en una ayuda a tanto alzado en cuantía calculada como si la ayuda se devengase cada año de la duración del mismo, incluido el posible periodo de carencia.

2. Esta bonificación será como máximo de 6 puntos del tipo de interés fijado por la entidad financiera que concede el préstamo al solicitante y hasta una cuantía máxima de 3.005 euros.

**Art. 63. Inversión elegible.**—1. Esta ayuda está destinada a financiar las inversiones necesarias para la ampliación o mejora del negocio. A estos efectos, se entenderá por inversión:

— Adquisición de inmuebles de uso exclusivo para el ejercicio de la actividad.

— Acondicionamiento de inmuebles de uso exclusivo para el ejercicio de la actividad.

— Traspaso de negocio, excluidas las existencias.

— Vehículos necesarios y exclusivos para el desarrollo de la actividad y cuyo titular sea la persona solicitante.

— Mobiliario, maquinaria, utillaje y otros enseres.

- Equipos de oficina.
- Equipos para procesos de información, instalaciones de diseño y fabricación asistido por ordenador.

2. En ningún caso podrá admitirse como inversión subvencionable las inversiones realizadas mediante fórmulas de arrendamiento financiero sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing, el IVA recuperable, las tasas o impuestos, así como la realización de gastos que no sean estrictamente necesarios para la actividad de que se trate.

#### b) Crédito sin aval o microcrédito

**Art. 64. Objeto.**—1. Esta ayuda tiene por finalidad fomentar el autoempleo a través de la concesión de pequeños créditos de carácter personal a aquellas personas que, no pudiendo acceder al sistema crediticio ordinario, pretendan consolidar la actividad económica o profesional como trabajador o trabajadora autónomos mediante su ampliación, adquisición de instalaciones, equipamiento o maquinaria y presenten un proyecto viable de autoempleo.

2. Los créditos que, en estas condiciones, sean prestados por las entidades financieras o entidades colaboradoras con las que la Junta de Andalucía haya suscrito un Convenio de Colaboración a estos efectos no precisarán más aval que la valoración favorable del proyecto de actividad autónoma emitido con anterioridad a la concesión del mismo por parte del Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo, así como por el seguimiento a que dicho sistema someterá a la actividad autónoma hasta la devolución del mismo.

**Art. 65. Destinatarios.**—Para poder acogerse a la presente medida aquellas personas que, además de re-

unir los requisitos exigidos en el artículo 8 de la presente Orden, justifiquen la carencia de recursos financieros para la consolidación de su negocio, y acrediten que no se es beneficiario de otro préstamo.

#### CAPÍTULO VI

### Programa de formación para los trabajadores y trabajadoras autónomos

**Art. 66. Objeto.**—1. La presente Orden establece las bases reguladoras de concesión de ayudas, en régimen de concurrencia no competitiva, para el desarrollo de las medidas previstas en el Programa de Formación de trabajadores y trabajadoras autónomos, así como para el Programa formativo en prevención de riesgos laborales contemplado en el art. 17.c) del Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía.

2. De acuerdo a lo previsto en el párrafo anterior las medidas a desarrollar serán las siguientes:

a) Medida de formación profesional ocupacional para destinatarios que sean personas desempleadas cuya inserción en el mercado laboral vaya dirigida al autoempleo, que podrán consistir en:

1. Acciones formativas relacionadas con las competencias técnicas específicas de la ocupación en la que se va a desarrollar la actividad como autónomo.

2. Acciones formativas relacionadas con competencias de carácter gerencial necesarias para el desarrollo de la actividad como autónomo.

b) Medidas de formación continua cuyos destinatarios sean personas constituidas en autónomas que deseen actualizar sus competencias profesionales. Podrán consistir en:



1. Acciones formativas relacionadas con las competencias técnicas específicas de la ocupación en la que se está desarrollando la actividad como autónomo.

2. Acciones formativas relacionadas con competencias de carácter gerencial necesarias para el desarrollo de la actividad como autónomo.

3. Acciones formativas relacionadas con la prevención de riesgos laborales de carácter general y específicos de los sectores de actividad concernidos.

**Art. 67. Beneficiarios.**—1. Podrán optar a estas ayudas, en el caso de las medidas de formación profesional ocupacional para personas desempleadas contempladas en el art. 66.2.a):

a) Las empresas privadas, ya sean personas físicas o jurídicas, que estén radicadas y desarrollen su actividad en el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma Andaluza, siempre que tengan una experiencia acreditada en actividades de formación para el empleo durante los tres años anteriores a la convocatoria.

b) Entidades sin ánimo de lucro, radicadas en Andalucía y con una experiencia acreditada en formación para el empleo en los tres años anteriores a la convocatoria.

c) Empresas Públicas y otros Entes Públicos que cumplan los requisitos anteriores en cuanto a radicación geográfica y experiencia en el ámbito de la formación para el empleo.

2. En el caso de las medidas de formación continua contempladas en el art. 66.2.b) podrán optar a estas ayudas las asociaciones de trabajadores autónomos, con carácter intersectorial, que tengan suficiente implantación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con experiencia acreditada en la gestión y desarrollo de acciones formativas por sí mismas o a

través de sus organizaciones asociadas, así como aquellos entes públicos que cumplan con los requisitos anteriores en cuanto a implantación territorial y experiencia en la formación.

**Art. 68. Conceptos subvencionables.**—1. Se considerarán gastos subvencionables aquellos que de manera indubitada respondan a la naturaleza de la actividad subvencionada y se realicen dentro del plazo previsto en la presente Orden. En concreto, los conceptos subvencionables serán los siguientes:

a) Gastos del personal necesario para el desarrollo de la actividad subvencionable, como los gastos del profesorado, tutores, personal técnico y de coordinación y dirección del proyecto.

b) Gastos de medios y materiales didácticos, así como materiales de trabajo fungibles necesarios para el desarrollo de las actividades.

c) Gastos de amortización de instalaciones y equipos y/o alquileres de los mismos sin que en ningún caso la suma de ambos conceptos pueda superar el 20% del coste total de la subvención.

d) Gastos de auditoría, en los casos en que se presente ésta a efectos de justificación de las ayudas.

e) Otros gastos directamente relacionados con la acción subvencionada y que no hayan sido incluidos en los apartados anteriores, como el coste del seguro de alumnos, costes de suministros y en general de aquellos que sean necesarios para el desarrollo la actividad subvencionable.

2. No serán subvencionables aquellos gastos que tengan carácter de inversión, ni se podrá imputar cantidad alguna en concepto de gastos de difícil justificación.

**Art. 69. Tramitación y cuantía.**—1. Las solicitudes se tramitarán

por la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo.

2. La Dirección General realizará cuantas actuaciones estime necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe formularse la propuesta de resolución.

3. El importe de las ayudas reguladas en esta Orden podrán cubrir parcial o totalmente los costes derivados del desarrollo de las acciones.

4. En ningún caso este importe podrá ser superior al resultado de aplicar la ratio de 12 € hora lectiva/alumno para el caso de acciones formativas en régimen presencial o de 6,75 € hora lectiva/alumno en el caso de que se desarrollen en régimen a distancia. En el caso de que las acciones formativas se desarrollen en régimen semipresencial, se aplicarán los módulos anteriores en función de las horas presenciales y a distancia que tenga la acción formativa.

**Art. 70. Documentación técnica.**—Sin perjuicio de la documentación que con carácter general se establece en el artículo 118 de la presente Orden, la solicitud se acompañará de la siguiente documentación:

a) Descripción del proyecto en la que se contengan al menos los datos referentes al colectivo destinatario, contenido de las acciones formativas, ámbito geográfico del mismo, y si se impartirá en régimen presencial, semipresencial o a distancia. En el caso de que se imparta en régimen semipresencial deberá indicarse el desglose de horas presenciales y a distancia de que consta el proyecto.

b) Descripción del equipo de trabajo que desarrolla el proyecto.

c) Planificación del proyecto a ejecutar, con indicación de su fecha de inicio y duración total del mismo.

d) Coste del proyecto debidamente desglosado por conceptos, en su caso, justificación y coste de la subcontratación.

**Art. 71. Criterios preferentes para la selección de las acciones formativas.**—La selección de las solicitudes para la impartición de las acciones formativas se realizará teniendo en cuenta los siguientes criterios preferentes:

a) Capacidad acreditada de la entidad solicitante para desarrollar las acciones formativas propuestas, teniendo en cuenta la experiencia y recursos puestos a disposición para su ejecución.

b) Acciones formativas que contengan enseñanzas relativas tanto a competencias específicas de una ocupación como aquellas competencias gerenciales necesarias para el desarrollo de la actividad como autónomo.

c) En el caso de que el colectivo a quien van dirigidas las acciones formativas sea población desempleada, que éste sea alguno de los colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2.a) del Decreto 178/2006, de 10 de octubre.

d) Factores que afecten a la calidad de la formación, como el tener implantado por parte de la entidad solicitante un sistema de calidad para la gestión de la formación.

**Art. 72. Ejecución de las acciones formativas.**—1. Las acciones podrán ser de carácter presencial, semipresencial o a distancia. Las modalidades semipresencial o a distancia deberán suponer la utilización de metodologías innovadoras que se desarrollen a través de plataformas tecnológicas de teleformación.

2. En las acciones presenciales el número de alumnos no podrá ser su-

terior a 20, ni superior a 50 en las acciones semipresenciales o a distancia.

3. Todos los cursos incluirán un módulo de prevención de riesgos laborales de 10 horas de duración, salvo en aquellos en que el contenido del curso sea precisamente esa materia.

Asimismo se incluirá un módulo de sensibilización medioambiental de 5 horas de duración y otro sobre igualdad de género de 3 horas.

En todos los cursos para desempleados relacionados con las competencias específicas de la ocupación se deberá incluir un módulo de orientación de 15 horas de duración, dirigido al fomento y desarrollo de la actividad profesional correspondiente como trabajador autónomo.

4. En el caso de los cursos de formación continua dirigidos a personas constituidas en autónomas que deseen actualizar sus competencias profesionales, los módulos anteriores tendrán al menos la siguiente duración:

- Módulo de prevención de riesgos laborales: 3 horas.
- Módulo de sensibilización medioambiental: 1 hora.
- Módulo de igualdad de género: 1 hora.

**Art. 73. Alumnado.**—1. Los aspirantes a participar en las acciones formativas deberán reunir los requisitos exigidos en cada caso, atendiéndose igualmente al perfil requerido para seguir las enseñanzas de cada curso. El 50% de las plazas se reservarán a mujeres.

El alumnado participante en las acciones formativas tendrá la obligación de aportar la documentación justificativa, de cumplir con los requisitos exigidos y seguir las mismas con interés y regularidad, lo contrario será motivo de exclusión.

2. Las acciones formativas serán gratuitas para los alumnos, y en nin-

gún caso su realización generará derecho a ayudas.

3. A los alumnos que hayan finalizado el curso con aprovechamiento se les facilitará un certificado de participación en el que se hará constar la denominación del curso, la entidad que lo ha impartido, la duración en horas y el programa de contenidos desarrollado.

4. Los alumnos deberán tener cubiertos los riesgos de accidentes que pudieran producirse como consecuencia de la asistencia a las acciones formativas.

Si el aseguramiento se efectúa a través del Régimen de Accidentes de Trabajo de la Seguridad Social, en materia de cobertura se estará a lo dispuesto por la normativa de prestaciones de la Seguridad Social al respecto. Por el contrario, si el aseguramiento del riesgo de accidente se efectúa mediante póliza con una entidad aseguradora privada, la cobertura mínima que deberá contener dicha póliza será la siguiente:

- a) Fallecimiento por Accidente: 20.000 euros.
- b) Invalidez Permanente: 20.000 euros.
- c) Lesión Permanente no invalidante: Según valoración oficial de prestaciones de la Seguridad Social al respecto.
- d) Responsabilidad Civil: Daños a terceros causados por alumnos: 30.050,61 €.

5. En todo caso se entenderá que la Administración no será responsable directa ni indirectamente en cuanto a los riesgos de accidentes de los alumnos ni respecto a los daños causados a terceros por los mismos.

**Art. 74. Seguimiento, control y evaluación.**—1. El Servicio Andaluz de Empleo realizará el seguimiento y control de los proyectos subvencionados, con el fin de comprobar el desa-

rollo y verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos de ejecución de los mismos, sin perjuicio de los controles que pudieran realizar otros órganos de control.

2. Las entidades deberán presentar para cada acción formativa:

a) Comunicación del inicio de cada acción, donde se refleje los datos identificativos de la entidad, del expediente y del curso, profesorado, perfil del alumnado, proceso de captación y selección del alumnado, contenido del curso, convocatoria del curso y, en su caso, centro de impartición.

b) Comunicación de los datos del proceso de captación y selección del alumnado, de las incidencias que pudieran producirse durante el curso.

c) Comunicación de la finalización del curso, con la relación de alumnos finalizados, y, en su caso, las bajas o incidencias que se hubieran producido.

Dichas comunicaciones se realizarán en los modelos y formatos que a tal efecto se establezcan.

#### CAPÍTULO VII

### **Programa para el fomento de la cultura preventiva en materia de riesgos laborales para los trabajadores y trabajadoras autónomos**

**Art. 75. Objeto y medidas.**—1. El presente programa tiene por objeto implantar en el ámbito del trabajo autónomo una cultura preventiva, que permita una mayor seguridad y salud laboral y unas óptimas condiciones de trabajo, tanto para el trabajador o trabajadora autónomos como para, en su caso, los trabajadores por cuenta de aquellos, incluidos en el ámbito de aplicación de esta Orden.

2. Para la articulación del objeto anterior se regulan ayudas económicas para la realización de proyectos e

inversiones y de programas formativos de carácter general y específicos de los sectores de su actividad económica, en materia de prevención de riesgos laborales.

**Art. 76. Modalidades y conceptos subvencionables.**—1. Las actividades susceptibles de ser objeto de estas ayudas deberán estar encuadradas en las siguientes modalidades:

Modalidad 1 (M1): Proyectos dirigidos a implantar una cultura preventiva, que permita una mayor seguridad y salud laboral y unas óptimas condiciones de trabajo.

Modalidad 2 (M2): Proyectos dirigidos a la incorporación de medidas específicas de prevención.

Se consideran gastos subvencionables en cada una de estas modalidades los previstos en los artículos 77 y 78 de la presente Orden.

2. En cada convocatoria anual, el número máximo de proyectos a subvencionar por solicitante será de un proyecto por cada modalidad. Cada proyecto podrá contemplar una o varias actividades subvencionables de las especificadas para cada modalidad.

3. No se considerarán susceptibles de subvención las inversiones efectuadas bajo la fórmula de arrendamiento financiero (leasing), el alquiler por obra o figuras similares, el IVA satisfecho por la adquisición de bienes o servicios facturados y, en general, cualquier tasa o impuesto.

4. Los bienes que hayan sido objeto de subvención deberán mantenerse y dedicarse a los fines previstos en la solicitud y en la concesión, durante un período, como mínimo, de 5 años, a contar desde la fecha de la concesión, en caso de bienes inscribibles en un registro público, y como mínimo de dos años para el resto de los bienes.

5. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 12.000 euros en el supuesto de suministro de bienes de equipo o prestación de servicios por empresas de consultoría o asistencia técnica, el beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contratación del compromiso para la prestación del servicio o la entrega del bien, salvo que por las especiales características de los gastos no exista en el mercado suficiente número de entidades que lo suministren o presten, o salvo que el gasto se hubiera realizado con anterioridad a la solicitud de subvención. La elección entre las ofertas presentadas, que deberán aportarse en la justificación, o, en su caso, en la solicitud de la subvención, se realizará conforme a criterios de eficiencia y economía, debiendo justificarse expresamente en la memoria la elección, cuando no recaiga en la propuesta económica más ventajosa.

**Art. 77. Acciones y conceptos subvencionables en la Modalidad 1.**

1.—1. Dentro de la Modalidad 1 (M1) se engloban aquellos proyectos dirigidos a implantar una cultura preventiva, que permita una mayor seguridad y salud laboral y unas óptimas condiciones de trabajo, que incluyan algunas de las siguientes actividades:

1.<sup>a</sup> Diagnóstico preventivo de la actividad desarrollada por el trabajador o la trabajadora autónomos.

2.<sup>a</sup> Participación en programas formativos en prevención de riesgos laborales de carácter general y específicos de los sectores de su actividad económica y cursos de emergencia, evacuación y primeros auxilios. No podrán ser objeto de estas ayudas las

acciones formativas previstas en el Programa formativo en prevención de riesgos laborales, contemplado en el artículo 17.c) del Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía, reguladas en el Capítulo VI de la presente Orden.

3.<sup>a</sup> Asesoramiento para la realización de estudios de adecuación de equipos de trabajo.

4.<sup>a</sup> Asesoramiento en el cumplimiento de las obligaciones en relación con la coordinación de actividades empresariales.

5.<sup>a</sup> Participación en actividades de sensibilización y concienciación, orientadas a implantar una cultura preventiva.

6.<sup>a</sup> Evaluación del riesgo de incendios y definición e implantación de planes de emergencia y de autoprotección.

7.<sup>a</sup> Realización de estudios ergonómicos y psicosociales.

2. Tendrán la consideración de conceptos subvencionables en la Modalidad 1 (M1) los servicios facturados prestados por Servicios de Prevención Ajenos, entidades especializadas o profesionales, personas físicas o jurídicas, asociados a la ejecución de las actividades preventivas especificadas, tales como: gastos de asistencia técnica y asesoramiento facturados por las entidades y los profesionales externos citados; gastos por la inscripción o matriculación en los programas formativos; gastos derivados de la participación en las actividades de sensibilización y concienciación, etc.

**Art. 78. Conceptos subvencionables en la Modalidad 2.**—Tendrán la consideración de conceptos subvencionables en la Modalidad 2 (M2) los costes de adquisición de maqui-

naria y equipos necesarios para la realización de las siguientes actividades preventivas:

1.<sup>a</sup> Adquisición, adaptación y renovación de equipos de trabajo que supongan una mejora significativa en las condiciones de seguridad y salud de la actividad, tales como maquinaria con marcado CE, cuadros eléctricos móviles y pequeños equipos de elevación de cargas.

2.<sup>a</sup> Instalaciones específicas para el control de contaminantes de naturaleza química, física y/o biológica.

3.<sup>a</sup> Adquisición de equipo e instalaciones de protección contra incendios y/o emergencia.

4.<sup>a</sup> Adquisición de equipos de emergencia, socorro y salvamento de los lugares de trabajo.

5.<sup>a</sup> Adquisición de medios de señalización de zonas y locales de trabajo, vías e instalaciones.

6.<sup>a</sup> Aplicación de medidas preventivas en el ámbito ergonómico y psicosocial.

7.<sup>a</sup> Adquisición de andamios modulares, fabricados bajo normativa europea y certificados conforme a los requisitos de las normas UNE 76502.1900 (HD-1000.1988) o UNE EN 12810-1.2003. En este supuesto serán conceptos subvencionables los costes de adquisición e instalación de los andamios especificados.

2. Tendrán la consideración de conceptos subvencionables en la Modalidad 2 (M2) los costes de adquisición de la maquinaria y equipos necesarios para la realización de las actividades preventivas relacionadas.

**Art. 79. Beneficiarios.**—Tendrán la consideración de beneficiarios a los efectos del presente Programa las trabajadoras y los trabajadores autónomos, incluidos en el ámbito de aplicación de la presente

Orden, que tengan alguno de los siguientes CNAE:

1.<sup>a</sup> Agricultura, ganadería, caza y actividades de los servicios relacionados con las mismas (01).

2.<sup>a</sup> Industria de productos alimenticios, bebidas y tabacos (15 y 16).

3.<sup>a</sup> Industria de la confección y de la peletería (18)

4.<sup>a</sup> Industria de la madera y corcho (20).

5.<sup>a</sup> Fabricación de productos de caucho y materias plásticas (25).

6.<sup>a</sup> Fabricación de productos minerales no metálicos (26).

7.<sup>a</sup> Metalurgia (27).

8.<sup>a</sup> Fabricación de productos metálicos, excepto maquinaria (28).

9.<sup>a</sup> Construcción de maquinaria y equipo mecánico (29).

10.<sup>a</sup> Fabricación de otro material de transporte (35).

11.<sup>a</sup> Fabricación de muebles, otras industrias manufactureras (36).

12.<sup>a</sup> Construcción (45).

13.<sup>a</sup> Hostelería (55).

14.<sup>a</sup> Transporte por carretera (60).

15.<sup>a</sup> Comercio al por mayor e intermediarios del comercio, excepto de vehículos de motor y motocicletas (51).

16.<sup>a</sup> Comercio al por menor, excepto el comercio de vehículos de motor, motocicletas y ciclomotores; reparación de efectos personales y enseres domésticos (52).

**Art. 80. Documentación.**—Además de la documentación que con carácter general se establece en el artículo 118 de la presente Orden, las solicitudes irán acompañadas de la siguiente documentación:

a) Boletines de cotización al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos TC/1, y en su caso, documentos de cotización a la Seguridad Social TC/2 de los tres últimos meses anteriores a la fecha de finalización del plazo para presentar la

solicitud, de sus trabajadores por cuenta ajena.

b) Declaración expresa responsable relativa al mantenimiento y la dedicación a los fines previstos en la solicitud de los bienes que hayan sido objeto de subvención, durante un período, como mínimo, de 5 años, a contar desde la fecha de la concesión.

c) Presupuesto del Servicio de Prevención Ajeno actuante, en los proyectos de la Modalidad 1.

d) Presupuesto de otras Entidades actuantes, en los proyectos de la Modalidad 1, con explicación detallada sobre sus medios técnicos y especialización en el ámbito del proyecto.

e) Factura proforma extendida por la entidad suministradora relativa a los bienes o equipos objeto de la solicitud, así como certificación acreditativa de su seguridad, conforme a la normativa que les sea de aplicación, en los proyectos de la Modalidad 2.

f) Acreditación de los Servicios de Prevención Ajenos intervinientes, conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 81 de esta Orden.

**Art. 81. Requisitos de las actividades o proyectos susceptibles de ser objeto de las ayudas.—1.**

Las actividades o proyectos susceptibles de ser objeto de las ayudas de este programa deberán reunir, con carácter general, los siguientes requisitos:

— Ser adecuados a la consecución de los objetivos concretos de implantación de una cultura preventiva que permita una mayor seguridad y salud laboral y unas óptimas condiciones de trabajo.

— Justificar su necesidad por los riesgos a prevenir, permitiendo una mayor seguridad y salud laboral, y su relación con la actividad desarrollada.

— Ser considerados viables y coherentes desde el punto de vista técnico, económico y financiero.

— Ajustarse a los plazos máximos de ejecución de los proyectos o actividades establecidos en el apartado 3.

— El 25% de la inversión libre de todo incentivo.

Esta aportación de fondos propios al proyecto subvencionado habrá de ser acreditada en los términos previstos en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

2. El plazo de ejecución de las actividades subvencionables será de 12 meses

3. Los proyectos de la Modalidad 2 deberán contemplar en su presupuesto exclusivamente conceptos de inversión en bienes de equipo o instalaciones.

4. Los Servicios de Prevención Ajenos intervinientes deberán haber sido acreditados por la Autoridad Laboral en fase definitiva para desarrollar la actividad preventiva en la provincia donde desarrolle la actividad principalmente el solicitante, al menos en tres especialidades preventivas de entre las de Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicología Aplicada y Medicina del Trabajo.

**Art. 82. Cuantía.—1.** El importe de la ayuda a conceder no podrá exceder, en ningún caso, para cada proyecto o actividad de los porcentajes máximos sobre el presupuesto aceptado, que se indican en los apartados siguientes.

2. En la Modalidad 1 la cuantía oscilará entre la mínima de 500 euros y la máxima de 6.000 euros, siendo el porcentaje máximo sobre el presupuesto aceptado del 50%

3. En la Modalidad 2 la cuantía oscilará entre la mínima de 1.000

euros y la máxima de 12.000 euros, siendo el porcentaje máximo sobre el presupuesto aceptado del 50%

**Art. 83. Tramitación de las ayudas.**—1. El órgano competente para la instrucción del procedimiento de concesión de estas ayudas es la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo de la provincia en que se vaya a realizar el proyecto o actividad, a través del Centro de Prevención de Riesgos Laborales, quien realizará de oficio cuantas actuaciones estime necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. La Delegación Provincial de la Consejería de Empleo correspondiente, a través del Centro de Prevención de Riesgos Laborales, procederá al examen de las solicitudes y documentación presentadas, a cuyos efectos podrá solicitar una ampliación de la información relativa a la actividad o bien recabar la presencia y/o informe de expertos. La documentación complementaria deberá ser aportada en el plazo de diez días hábiles, según lo previsto en el artículo 76 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Comprobada y completada, en su caso, la documentación, el Centro de Prevención de Riesgos Laborales correspondiente procederá a la emisión de un informe técnico, evaluando el grado de interés del proyecto desde el punto de vista preventivo.

4. El Centro de Prevención de Riesgos Laborales elevará al órgano concedente una propuesta de resolu-

ción motivada, en la que se indicará la cuantía de las ayudas a otorgar.

#### CAPÍTULO VIII

### **Programa de apoyo a la trabajadora autónoma y a proyectos destinados a la conciliación familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos**

**Art. 84. Objeto.**—El presente programa tiene por objeto favorecer una mayor presencia de la mujer en el trabajo autónomo. A tal efecto se establecen las siguientes medidas:

- a) Medida de apoyo a la trabajadora autónoma.
- b) Medida de apoyo a proyectos destinados a la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadoras y trabajadores autónomos

#### SECCIÓN PRIMERA

### *Medida de apoyo a la trabajadora autónoma*

**Art. 85. Finalidad y procedimiento de concesión.**—1. Esta medida se establece con la finalidad de apoyar a aquellas trabajadoras autónomas que por motivos de maternidad, adopción, o acogimiento preadoptivo, precisen realizar la contratación de una persona que les permita disfrutar de permisos por las citadas causas.

2. Teniendo en cuenta lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, el incentivo contenido por la presente medida no se someterá al régimen de concurrencia competitiva, sin que sea necesario establecer la comparación de las solicitudes ni la prelación entre las mismas, pudiéndose conceder en atención a la condición de trabajadora autónoma de la mujer perceptora del mis-



mo, y al cumplimiento del resto de los requisitos exigidos en ésta.

**Art. 86. Beneficiarias.**—Para ser beneficiarias de esta medida la trabajadora autónoma que, integrada en el ámbito de aplicación descrito por el artículo 2 de la presente Orden, acredite los siguientes extremos:

- a) Situación de maternidad, adopción o acogimiento preadoptivo.
- b) Formalización dentro del período de 4 meses desde que se produce el hecho determinante de la contratación de una persona para prestar apoyo a la mujer autónoma.

**Art. 87. Colectivo preferente a contratar.**—Los destinatarios de las contrataciones serán personas desempleadas demandantes de empleo inscritas como tales, teniendo carácter preferente las contrataciones que se realicen con mujeres.

**Art. 88. Documentación específica.**—Además de la documentación que, tal y como establece el artículo 118 de la presente Orden, ha de acompañarse con carácter general a las solicitudes de las ayudas en ellas desarrolladas, para la presente medida se adjuntará la siguiente:

— Alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social o aquel que legal o estatutariamente le corresponda.

— Fotocopia compulsada del contrato de trabajo suscrito, excepto para aquellos supuestos en los que se haya hecho uso del aplicativo Gescontrata.

— Fotocopia compulsada de los TC2 correspondientes al mes en que se produce la contratación. Si la persona solicitante 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 mismo.

— Autorización de la persona o personas contratadas al órgano gestor para recabar información a la Tesorería General de la Seguridad Social.

— Documentación acreditativa de la situación de maternidad o asimilada.

**Art. 89. Cuantía.**—1. La presente ayuda consiste en una cantidad a tanto alzado, que se tramitará como pago en firme y por la totalidad de la cuantía concedida, destinada a sufragar los gastos derivados de los costes salariales y de Seguridad Social por todos los conceptos derivados de la contratación de hasta un máximo de 3.000 €, reduciéndose proporcionalmente cuando la contratación se realice por periodo inferior a cuatro meses.

2. Si finalizada la contratación temporal se optara por la transformación del contrato de trabajo en indefinido, se podrá obtener la ayuda prevista en la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo V de esta Orden, siempre que se reúnan los requisitos en ella previstos, o, en su caso, las ayudas previstas en el Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido.

#### SECCIÓN SEGUNDA

#### *Medida de apoyo a proyectos destinados a la conciliación familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos*

**Art. 90. Finalidad.**—1. Esta medida está destinada a impulsar y fomentar acciones que favorezcan la conciliación de la vida familiar y laboral entre las trabajadoras autónomas y los trabajadores autónomos a través de la realización de estudios e inves-

tigaciones, o la realización de acciones innovadoras en esta materia.

2. Teniendo en cuenta la finalidad perseguida por los proyectos incentivados en la presente medida, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, las ayudas en las que ésta se implementa no se someterá al régimen de concurrencia competitiva, sin que sea necesario establecer la comparación de las solicitudes ni la prelación entre las mismas, pudiéndose conceder en atención al cumplimiento de los requisitos exigidos en ésta.

**Art. 91. Beneficiarios.**—1. Podrán ser beneficiarias de esta medida las Entidades de Derecho Público y Entidades sin ánimo de lucro.

2. En todo caso habrán de cumplir los siguientes requisitos:

a) Deberán estar radicadas en Andalucía.

b) Deberán disponer de los medios tecnológicos necesarios que faciliten el seguimiento y posterior evaluación del proyecto, así como de unas instalaciones adecuadas para su desarrollo y ejecución.

c) Las entidades solicitantes o el personal que se designe para la coordinación del proyecto presentado por la entidad deberán contar con una experiencia de al menos dos años en el desarrollo de acciones similares o relacionadas con las que se contemplan en esta medida.

3. La entidad beneficiaria habrá de comprometerse a desarrollar el proyecto bajo las directrices y coordinación que establezca el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

**Art. 92. Duración y contenido de los proyectos.**—Estos proyectos tendrán una duración de 2 años y con

base en ellos podrán desarrollarse las siguientes acciones:

a) Proyectos de estudio e investigación: Estos Proyectos irán dirigidos a analizar la realidad social, económica, familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomas con el objetivo de detectar y profundizar en los obstáculos que impiden esta conciliación, y propiciar medidas que contribuyan a la reducción de dichos obstáculos. Este análisis englobará diferentes perspectivas, teniendo en cuenta, entre otros, el grado de afectación de dichos obstáculos según los colectivos, los territorios y las actividades económicas.

b) Proyectos sobre acciones innovadoras: podrán versar, entre otras, en actuaciones de carácter experimental que presenten alternativas mediante las cuales se pueda:

— Reducir o eliminar los obstáculos que impiden esta conciliación.

— Evitar cualquier tipo de discriminación en razón al género.

— Propiciar y fomentar nuevos valores y comportamientos, que sin discriminación de género, favorezcan una cooparticipación real y efectiva, en la asunción de las cargas y responsabilidades de ambos, permitiéndoles compatibilizar su vida laboral y familiar en plano de igualdad.

— Impulsar una cultura de participación y presencia real de las mujeres para el desarrollo de su vida laboral y profesional

— Potenciar el desarrollo de buenas prácticas en materia de conciliación de la vida laboral y familiar

**Art. 93. Proyectos preferentes.**—Tendrán preferencia los proyectos que se presenten y en los que concurren:

a) Claridad y precisión en la descripción de los objetivos generales y específicos.

b) Desarrollo metodológico: técnicas de análisis, seguimiento y evaluación.

c) El carácter innovador y la calidad del proyecto que se presente.

d) La relación entre los costes y los resultados previstos.

e) El grado de generalización de los resultados y los colectivos a los que se dirigen.

f) La capacidad y experiencia de la entidad en el desarrollo de proyectos similares.

**Art. 94. Gastos subvencionables.**—1. Para los proyectos sobre estudios e investigaciones se considerarán gastos subvencionables los conceptos que se relacionan a continuación:

a) Costes salariales y de Seguridad Social del personal necesario para el desarrollo de este tipo de actividades incluyendo el personal que presta servicios en la entidad beneficiaria y aquel otro que pudiera contratarse para tal fin.

En el primer caso se imputarán al proyecto las partes proporcionales del tiempo efectivamente dedicado al proyecto.

b) Gastos de viaje y estancia del personal para la realización de actuaciones relacionadas con el desarrollo del proyecto.

c) Gastos Generales necesarios para la ejecución del proyecto en la parte proporcional correspondiente a esa ejecución, entre los siguientes:

— Publicaciones y publicidad.

— Alquiler de edificios y equipamientos sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing

— Amortización de equipos conforme a la legislación vigente.

— Material fungible y otros bienes consumibles no amortizables.

— Material de oficina o informático.

— Gastos corrientes, entendiendo por tales suministros de luz, agua, calefacción, teléfono, fax, internet y correos.

— Gastos de auditoría externa para la comprobación de las certificaciones de gastos.

2. Para el desarrollo de los proyectos sobre acciones innovadoras en materia de conciliación familiar y laboral se considerarán como gastos subvencionables los relacionados a continuación y dentro de los límites establecidos en este mismo apartado:

a) Gastos de personal, entendiendo por tales aquellos gastos destinados a sufragar los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, incluidos en los mismos el correspondiente al prorrateo de pagas extraordinarias y las cotizaciones a la Seguridad Social, no pudiendo exceder de las cantidades que se establecen a continuación, por año y a jornada completa:

— Coordinador/a: 35.384 euros.

— Técnico/a: 29.321,50 euros.

— Apoyo Administrativo: 20.525 euros.

Los gastos contemplados en este apartado no podrán superar el 85% del total del proyecto y sólo podrá imputarse con cargo al proyecto que se presente un Coordinador/a.

Los incrementos anuales para años naturales sucesivos de estos módulos serán del 3%, mientras no se dicte disposición en contra. El valor de los mismos será único para todo el proyecto aun cuando éste se desarrolle en dos ejercicios anuales distintos, y será el que corresponda al mes de inicio del mismo.

b) Gastos Generales, se considerarán como tales los relacionados a continuación:

— Otros costes relacionados con tareas de coordinación, evaluación, formación, mentoring.

— Gastos de viaje y estancia del personal para la realización de actuaciones relacionadas con el desarrollo del proyecto.

— Publicaciones y publicidad.

— Alquiler de edificios y equipamientos sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing

— Amortización de equipos conforme a la legislación vigente.

— Material fungible y otros bienes consumibles no amortizables.

— Material de oficina, didáctico e informático.

— Gastos corrientes, entendiendo por tales suministros de luz, agua, calefacción, teléfono, fax, internet y correos.

— Seguros de responsabilidad civil.

— Limpieza.

— Gastos de auditoria externa para la comprobación de las certificaciones de gastos.

Las limitaciones de cantidades establecidas en este apartado podrán ser actualizados y/o modificadas por Resolución de la Dirección General de Fomento del Empleo

**Art. 95. Cuantía de la ayuda.—**

Las ayudas previstas en la presente medida podrán ascender hasta el 100% del coste de los proyectos cuando la entidad solicitante tenga ámbito autonómico e implantación y sede en todas las provincias andaluzas.

CAPÍTULO IX

**Programa para potenciar el conocimiento del trabajo autónomo en andalucía, fomentando el asociacionismo de los trabajadores y trabajadoras autónomos**

**Art. 96. Objeto.—**1. Este programa está destinado a fomentar el asociacionismo entre el colectivo de

trabajadores y trabajadoras autónomos, potenciar el conocimiento del trabajo autónomo por parte de la sociedad, incorporando el valor añadido que el trabajo autónomo representa para el crecimiento, desarrollo y para la generación de empleo en Andalucía.

2. Para el desarrollo del presente programa se establecen las siguientes medidas:

a) Medida de apoyo a las organizaciones que representen a los trabajadores y trabajadoras autónomos.

b) Medida de apoyo para el análisis, conocimiento y difusión del autoempleo.

c) Medida para el fomento y creación de canales de colaboración entre trabajadores y trabajadoras autónomos.

SECCIÓN PRIMERA

*Medida de apoyo a las organizaciones que representen a los trabajadores y trabajadoras autónomos*

**Art. 97. Objeto.—**Esta medida está destinada a fomentar y consolidar las estructuras representativas de las personas trabajadoras autónomas, tanto a nivel técnico como de infraestructuras, estableciendo ayudas anuales para financiar los gastos derivados del funcionamiento de las mismas durante el referido período.

**Art. 98. Beneficiarios.—**Podrán ser beneficiarios de estas ayudas aquellas organizaciones de trabajadores y trabajadoras autónomos, siempre que:

a) Tengan personalidad jurídica y estén legalmente constituidas e inscritas en el Registro Público para las organizaciones de trabajadores autónomos que a tal efecto se creará con los requisitos que la normativa de desarrollo establezca. Hasta la creación

del citado registro se estará a lo prescrito por el Registro de Asociaciones del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

b) Tengan carácter intersectorial, ámbito autonómico e implantación y sede en cada una de las provincias andaluzas.

**Art. 99. Criterios de selección.—**

Para determinar la concesión y el importe de las ayudas se tendrán en cuenta los siguientes criterios de valoración:

a) Implantación y dispositivos territoriales y representatividad que ostente la Entidad en todas las provincias andaluzas tanto a nivel de capital como de municipios de provincia (máximo 35 puntos).

b) Actividades realizadas y servicios que presta a sus asociados (máximo 35 puntos).

c) Actuaciones y proyectos desarrollados en el marco de las políticas activas de empleo de la Junta de Andalucía, con mención especial a las dirigidas al trabajo autónomo (máximo 20 puntos).

d) Pertenencia a entidades de ámbito superior (máximo 10 puntos).

**Art. 100. Cuantía.—**Esta ayuda podrá alcanzar la financiación de hasta el 100% de los gastos derivados del funcionamiento de las mismas, en la siguiente proporción: hasta un 80% de gastos de personal y hasta un 20% de gastos generales, con el límite máximo anual de 120.000 euros.

**Art. 101. Gastos subvencionables.—**1. Podrán concederse ayudas para los siguientes gastos que haya realizado la entidad, tendentes a la consecución de los fines que le son propios, y dentro de los límites establecidos:

a) Gastos de personal, entendiéndose por tales aquellos gastos des-

tinados a sufragar los costes salariales del personal asalariado sujeto a relación laboral con la entidad solicitante, incluidos en los mismos el correspondiente al prorrateo de pagas extraordinarias y las cotizaciones a la Seguridad Social, a excepción de las indemnizaciones por despido y jubilaciones anticipadas. No serán subvencionables ni los gastos de personal ni los gastos por servicios profesionales que pudieran derivarse de la contratación de algún miembro de los órganos de gobierno de la entidad solicitante.

b) Gastos Generales se considerarán como tales los relacionados a continuación:

1. Gastos de viaje y estancia del personal para la realización de actuaciones relacionadas con el desarrollo del proyecto.

2. Cuotas de inscripción a publicaciones, propaganda y publicidad.

3. Primas de seguros.

4. Alquiler de oficinas y equipamientos sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing.

5. Limpieza y comunidad.

6. Gastos corrientes, entendiéndose por tales suministros de luz, agua, gas y teléfono.

7. Gastos de correos y comunicaciones, sin que puedan entenderse incluidos en este concepto los gastos de mensajería.

8. Material de oficina, reproducciones e imprenta.

9. Material fungible y otros bienes consumibles no amortizables.

2. No serán subvencionables aquellos gastos que, en concepto de prestación de servicios, o de arrendamientos, abone la entidad solicitante a otras entidades asociativas que integre o en las que se encuentre integrada.

3. Los porcentajes y límites establecidos en el artículo anterior podrán ser revisados por Resolución de

la Dirección General de Fomento del Empleo.

SECCIÓN SEGUNDA

*Medida para el análisis, conocimiento y difusión del autoempleo*

**Art. 102. Objeto.**—Esta medida está destinada a dar a conocer a la sociedad en general, y a los sectores económicos en particular, el valor añadido que el trabajo autónomo supone para el tejido social, la actividad económica y en la generación de empleo en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

**Art. 103. Beneficiarios.**—1. Los beneficiarios de estas ayudas podrán ser las organizaciones sindicales y empresariales, y las organizaciones de trabajadores y trabajadoras autónomos, siempre que tengan carácter intersectorial, ámbito autonómico, implantación y sede en cada una de las provincias andaluzas, así como las Entidades de Derecho Público y las Universidades Andaluzas.

2. En todo caso estas Entidades:  
— Deberán estar radicadas en Andalucía.

— Deberán contar con una experiencia mínima de dos años o, en su caso, el personal que se designe para la coordinación y desarrollo del proyecto presentado contará con una experiencia de al menos dos años en el desarrollo de acciones similares a las que contempla este programa.

3. Las entidades beneficiarias se comprometerán a desarrollar el proyecto bajo las directrices y coordinación que establezca el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

**Art. 104. Duración y contenido de los proyectos.**—Estos proyectos podrán tener una duración de 2 años

y con base en ellos podrán desarrollarse las siguientes acciones:

a) Estudiar y difundir el autoempleo, a través de acciones que promuevan el análisis y conocimiento del mismo.

b) Aquellas otras que se requieran para sensibilizar e informar sobre el empleo por cuenta propia.

c) Promover la cultura del autoempleo, en el marco del sistema educativo.

A. Estudios e investigaciones.

Los estudios e investigaciones se centrarán, entre otros:

1. En el análisis que permita profundizar y conocer periódicamente la evolución y cambios del colectivo, teniendo en cuenta el perfil de las autónomas y autónomos, los sectores de actividad, nuevos yacimientos de empleo y otros sectores emergentes, la distribución territorial, los nuevos colectivos que se integran, así como cualquier otro elemento que intervenga en la evolución y cambios del trabajo autónomo.

2. En el análisis que desde una perspectiva cualitativa y cuantitativa aproxime a un mayor y mejor conocimiento de las necesidades y demandas desde una perspectiva global o específica.

3. Asimismo, en este proyecto se podrán elaborar instrumentos o metodologías de investigación innovadoras que faciliten el conocimiento y análisis del trabajo autónomo, bajo las directrices del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y en coordinación con el Sistema de atención al autónomo de la Consejería de Empleo.

B. Acciones de sensibilización e información sobre el trabajo autónomo.

Las acciones de sensibilización e información sobre el trabajo autónomo se realizarán a través de la celebración de jornadas, encuentros, fo-

ros y ferias, entre otros. Estas acciones irán dirigidas a potenciar un tejido productivo más amplio, diversificado y articulado, así como un entorno socioeconómico más competitivo, así como a promover la capacidad de innovación y asunción de riesgos necesarios para la creación de proyectos de autoempleo, y a fomentar la cultura emprendedora.

Asimismo, se contemplarán acciones dirigidas a dar a conocer al conjunto de la sociedad andaluza el valor añadido que el trabajo autónomo representa para el desarrollo de la actividad económica, la creación de empleo y generación de riqueza en nuestra comunidad autónoma.

C. Promoción de la cultura del autoempleo, en el marco del sistema educativo proyectos de promoción de la cultura del autoempleo destinados a los alumnos de los ciclos formativos de Educación Secundaria, Formación Profesional y Formación Universitaria, a través de la realización de acciones tales como jornadas, encuentros, ciclos formativos, etc.

Las acciones tendrán como objetivos, entre otros, los siguientes:

— Sensibilizar a la comunidad educativa (alumnos, profesores y padres) sobre la importancia del fomento de la cultura emprendedora a través del trabajo autónomo en el desarrollo personal y profesional del individuo.

— Difundir la cultura del autoempleo y fomentar actitudes emprendedoras desde los sistemas educativos

— Facilitar el acceso y proporcionar información sobre el trabajo autónomo a la población andaluza más joven, ayudando al alumno o alumna a descubrir sus capacidades y potencialidades emprendedoras.

— Dotar a los jóvenes de las capacidades y habilidades básicas para emprender un proyecto de autoempleo de carácter individual, reforzando los

contenidos y aprendizajes de los alumnos y alumnas.

— Promover la capacidad de innovación y asunción de riesgos para desarrollar una idea de negocio.

— Facilitar a los jóvenes mecanismos que contribuyan a la generación de su propio puesto de trabajo.

2. Las acciones contempladas en los proyectos previstos en las letras A y B del presente artículo deberán adecuarse a las características de los beneficiarios a fin de que conozcan las características del autoempleo.

Para el desarrollo de las acciones previstas en la letra C las entidades deberán actuar en estrecha colaboración con el sistema educativo, adaptando los objetivos del proyecto a las características del colectivo al que se dirigen.

**Art. 105. Criterios de valoración.**—De conformidad con lo establecido en el artículo 17.3.e) de la Ley 38/2003, los criterios objetivos para la concesión en régimen de concurrencia competitiva de estas ayudas serán los siguientes:

a) Justificación de la necesidad del proyecto (máximo 10 puntos).

— Viabilidad y necesidad del proyecto que se presenta y su adecuación a los objetivos previstos en esta norma.

b) Coherencia y calidad del proyecto (máximo 40 puntos).

— Claridad en la exposición y desarrollo de las actuaciones a ejecutar, incardinándolas en cada una de las acciones previstas en esta norma para este tipo de proyecto.

— Desarrollo metodológico: técnicas de análisis, seguimiento y evaluación.

— Carácter innovador y la calidad del proyecto que se presenta, en relación al contenido, los colectivos, materia de estudio.

— Carácter innovador y originalidad en el uso de nuevas tecnologías, en el desarrollo de las actuaciones previstas.

c) Previsión de resultados (máximo 20 puntos).

— Resultados previstos obtener tanto cualitativos como cuantitativos en relación a cada una de las actuaciones previstas.

— Valor añadido que representan cada una de las actuaciones previstas desarrollar en relación al fomento y consolidación al trabajo autónomo.

d) Experiencia de la entidad y recursos previstos emplear en la ejecución del proyecto (máximo 30 puntos).

— Experiencia de la entidad y resultados de anteriores proyectos promovidos por la misma y similares al proyecto presentado.

— Experiencia y capacidad de la entidad para desarrollar las actuaciones generales y específicas previstas en este proyecto, acreditadas por su gestión de políticas activas de empleo, con especial mención a las dirigidas al trabajo autónomo.

— Aportaciones complementarias de la entidad en recursos humanos, técnicos, económicos, materiales o instalaciones no imputadas a cargo del proyecto.

— Adecuación de los costes en relación a los recursos humanos, técnicos, materiales e instalaciones necesarias.

— Adecuación del coste total del proyecto en relación con los resultados previstos.

**Art. 106. Gastos subvencionables.**—1. Se considerarán gastos subvencionables los conceptos que se relacionan a continuación:

a) Costes salariales y de Seguridad Social del personal necesario para el desarrollo de este tipo de actividades incluyendo el personal que

presta servicios en la entidad beneficiaria y aquel otro que pudiera contratarse para tal fin.

En el primer caso se imputarán al proyecto las partes proporcionales del tiempo efectivamente dedicado al proyecto.

b) Gastos de viaje y estancia del personal para la realización de actuaciones relacionadas con el desarrollo del proyecto.

c) Gastos generales necesarios para la ejecución del proyecto en la parte proporcional correspondiente a esa ejecución, entre los siguientes:

— Publicaciones y publicidad.

— Alquiler de edificios y equipamientos sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing

— Amortización de equipos conforme a la legislación vigente.

— Material fungible y otros bienes consumibles no amortizables.

— Material de oficina o informático.

— Gastos corrientes, entendiendo por tales suministros de luz, agua, calefacción, teléfono, fax, internet y correos.

— Gastos de auditoría externa para la comprobación de las certificaciones de gastos.

2. Esta ayuda podrá alcanzar la financiación de hasta el 100% de los gastos derivados del funcionamiento de las mismas.

#### SECCIÓN TERCERA

#### *Medida para el fomento y creación de canales de colaboración entre trabajadores y trabajadoras autónomos*

**Art. 107. Objeto.**—Esta medida está destinada a incentivar aquellos proyectos que contemplen acciones dirigidas a la creación y al mantenimiento de canales de colaboración entre trabajadores y trabajadoras au-



tónomos, con el fin de que se fortalezca la posición de los mismos aumentando su presencia tanto en el mercado de trabajo como en los ámbitos sociales y económicos.

**Art. 108. Beneficiarios.**—1. Podrán ser beneficiarias de esta medida aquellas entidades sin ánimo de lucro que reúnan los siguientes requisitos:

a) Deberán estar radicadas en Andalucía.

b) Deberán disponer de los medios tecnológicos necesarios que faciliten el seguimiento y posterior evaluación del proyecto, así como, de unas instalaciones adecuadas para su desarrollo y ejecución.

c) Deberán contar con una experiencia mínima de dos años, o en todo caso, el personal que se designe para la coordinación del proyecto presentado contará con una experiencia de al menos dos años, en el desarrollo acciones similares a las que contempla este programa.

2. Las entidades beneficiarias se comprometerán a desarrollar el proyecto bajo las directrices y coordinación que establezca el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

**Art. 109. Preferencia de los proyectos.**—Tendrán preferencia aquellos proyectos en los que concurra alguna de la siguientes circunstancias:

— Claridad y precisión en la descripción de los objetivos generales y específicos.

— Desarrollo metodológico: técnicas de análisis, seguimiento y evaluación.

— El carácter innovador y la calidad del proyecto que se presente.

— La relación entre los costes y los resultados previstos.

— El grado de generalización de los resultados y los colectivos a los que se dirigen.

— La capacidad y experiencia de la entidad en el desarrollo de proyectos similares.

**Art. 110. Acciones.**—1. Para el desarrollo de esta medida se realizarán, entre otras, acciones tendentes a:

a) Impulsar y favorecer el asociacionismo entre los trabajadores y trabajadoras autónomos.

b) Apoyar la consolidación del tejido asociativo de los trabajadores y trabajadoras autónomos existentes.

c) Potenciar la creación de redes entre todos ellos para fortalecer la posición que ocupan los autónomos y autónomas en el contexto socioeconómico, aumentar su presencia en el mismo y elevar los niveles de competitividad y calidad de los negocios que emprendan.

d) Impulsar lugares de encuentro entre las asociaciones de autónomos y autónomas para conocer la pluralidad de los puntos de vista, ópticas diferenciadoras, necesidades y demandas, así como otras cuestiones específicas que puedan presentar, en función de los ámbitos, los colectivos, las actividades económicas que desarrollan y lugar donde se ubican dentro de la Comunidad Autónoma

e) Incrementar la presencia de las mujeres autónomas en las diferentes organizaciones donde se integran, con una participación activa y representatividad en los órganos de poder y decisión de las mismas.

f) Propiciar la presencia de la mujer autónoma en los diferentes foros y lugares de encuentro que se establezcan al objeto de impulsar su participación en los mismos, dar a conocer la problemática específica que presentan, así como las barreras y obstáculos que impiden o limitan su mayor presencia en el tejido productivo.

2. La duración de las acciones será de dos años.

**Art. 111. Gastos subvencionables.**—1. Para el desarrollo de este programa se considerarán como gastos subvencionables los relacionados a continuación y dentro de los límites establecidos en este mismo apartado:

a) Gastos de personal, entendiéndose por tales aquellos gastos destinados a sufragar los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, incluidos en los mismos el correspondiente al prorrateo de pagas extraordinarias y las cotizaciones a la Seguridad Social, no pudiendo exceder de las cantidades que se establecen a continuación, por año y a jornada completa:

- Coordinador/a: 35.384 euros.
- Técnico/a: 29.321,50 euros.
- Apoyo Administrativo: 20.525 euros.

Los gastos contemplados en este apartado no podrán superar el 85% del total del proyecto y sólo podrá imputarse con cargo al proyecto que se presente un Coordinador/a.

Los incrementos anuales para años naturales sucesivos de estos módulos serán del 3%, mientras no se dicte disposición en contra. El valor de los mismos será único para todo el proyecto aun cuando éste se desarrolle en dos ejercicios anuales distintos, y será el que corresponda al mes de inicio del mismo.

b) Gastos generales se considerarán como tales los relacionados a continuación:

- Otros costes relacionados con tareas de coordinación, evaluación, mentoring.
- Gastos de viaje y estancia del personal para la realización de actuaciones relacionadas con el desarrollo del proyecto.
- Publicaciones y publicidad.
- Alquiler de edificios y equipamientos sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing

— Amortización de equipos conforme a la legislación vigente.

— Material fungible y otros bienes consumibles no amortizables.

— Material de oficina, didáctico e informático.

— Gastos corrientes, entendiéndose por tales suministros de luz, agua, calefacción, teléfono, fax, internet y correos.

— Seguros de responsabilidad civil.

— Limpieza.

Las limitaciones de cantidades establecidas en este apartado podrán ser actualizadas y/o modificadas por Resolución de la Dirección General de Fomento del Empleo.

2. Esta ayuda podrá alcanzar la financiación de hasta el 100% de los gastos derivados del funcionamiento de las mismas, cuando dichas entidades tengan implantación en cada una de las provincias andaluzas.

#### CAPÍTULO X

### Premio anual a los trabajadores o trabajadoras autónomos de andalucía

**Art. 112. Objeto y beneficiarios.**—1. Se establece el premio anual a los trabajadores o trabajadoras autónomos que podrá concederse a aquellas personas que se hayan hecho acreedores del mismo por sus méritos, acciones y servicios extraordinarios realizados, o por la trayectoria desarrollada en el ámbito del trabajo autónomo.

2. El Premio anual a los trabajadores o trabajadoras autónomos de Andalucía podrá ser concedido a favor de personas fallecidas a título póstumo.

**Art. 113. Carácter de los premio.**—1. El premio anual a los trabajadores o trabajadoras autónomos de

Andalucía tendrá un carácter meramente honorífico, no generando, por tanto, ningún devengo ni efecto económico.

2. No podrá ser concedida anualmente más de una distinción, salvo excepción acordada por el Consejo de Gobierno. No se computarán en dicho número las que puedan ser concedidas a título póstumo.

**Art. 114. Otorgamiento.**—1. El premio a los trabajadores o trabajadoras autónomas de Andalucía, que tendrá carácter anual, será compatible con cualquier otra distinción, y será otorgada por el Consejero de Empleo, mediante Orden, a propuesta de la Dirección General de Fomento del Empleo previo expediente tramitado al efecto, con las comprobaciones a que hubiere lugar, debiendo quedar acreditados los méritos que avalan la concesión.

2. Con carácter general, la iniciación del procedimiento corresponderá a la Dirección General de Fomento del Empleo, y podrá efectuarse tanto de oficio como a instancia de cualquier persona física o entidad que tenga constancia de dichos méritos. Con carácter particular podrá iniciarse a instancia de los agentes sociales y económicos más representativos de Andalucía y de las Organizaciones de autónomos más representativos de Andalucía.

3. En ningún caso podrán ser tramitados expedientes a solicitud de los propios destinatarios de la distinción.

**Art. 115. Comisión de valoración y plazo de presentación.**—1. Las candidaturas al premio anual a las trabajadoras y trabajadores autónomos de Andalucía serán valoradas por una comisión cuyos miembros serán nombrados por Resolución de la Dirección General de Fomento del Empleo,

que se publicará en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

2. La Comisión en sus actuaciones se regirá en todo lo no previsto por este artículo por las normas que sobre funcionamiento de los órganos colegiados establece el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Para su decisión, la comisión valorará todos aquellos méritos que guarden relación con los objetivos de la concesión que se describen en el artículo.

3. Una vez efectuada su valoración, la Comisión trasladará su decisión a la Dirección General de Fomento del Empleo, quien elevará propuesta de concesión al Consejero de Empleo para su resolución definitiva.

4. El plazo de presentación de las candidaturas estará abierto durante todo el año, y se resolverá en el primer trimestre del siguiente ejercicio.

**Art. 116. Diseño.**—El premio anual a los trabajadores y trabajadoras autónomas de Andalucía y su correspondiente insignia tendrán el diseño y características que se establezca mediante Resolución de la Dirección General de Fomento del Empleo.

#### CAPÍTULO XI Normas comunes

**Art. 117. Solicitud de las ayudas.**—1. Los modelos de las solicitudes de las ayudas reguladas en la presente Orden se podrán obtener y confeccionar en el portal del autónomo de la página web de la Consejería de Empleo, y estarán a disposición de los interesados en la Consejería de Empleo, en el Servicio Andaluz de Empleo y en las UTELDTs.

2. Sin perjuicio de las especificaciones contempladas para las ayudas

establecidas en el Capítulo II y la Sección Segunda del Capítulo V de la presente Orden, las solicitudes se dirigirán al órgano competente para su resolución conforme a lo establecido en el artículo 121 de la misma, y se presentarán en el registro de la Consejería de Empleo, del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, UTEDLTs, en soporte papel y/o informático, pudiéndose, además, presentar en los registros y oficinas a que hace referencia el artículo 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. En la solicitud se deberán hacer constar, al menos, los siguientes datos:

a) Nombre y apellidos o razón social del solicitante, y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la firma del mismo o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.

b) Denominación de la medida e importe de la ayuda solicitada, junto con el presupuesto necesario para la realización de la actividad propuesta, en su caso.

4. La presentación de esta solicitud por parte del beneficiario conllevará la autorización al órgano gestor para recabar los certificados a emitir por la Agencia Estatal de Administración Tributaria tal y como dispone el apartado 3 del artículo 23 de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, así como por la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía.

5. En caso de que la solicitud no reúna los requisitos generales exigidos en este artículo o no se acompañe de la documentación específica prevista para cada medida, el órgano competente para la tramitación de las solicitudes, conforme a lo previsto en el artículo siguiente, procederá a requerir al interesado para que en un plazo de

diez días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, de conformidad con lo establecido en el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**Art. 118. Documentación adjunta a la solicitud.**—1. A excepción de las solicitudes de ayuda reguladas en el Capítulo II y Sección Segunda del Capítulo V de la presente Orden, con carácter general la solicitud de las ayudas desarrolladas en la presente Orden se acompañará de la siguiente documentación:

a) Declaración responsable de que el solicitante no está incurso en ninguna de las prohibiciones para ser persona beneficiaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 de la presente Orden.

b) Declaración responsable de no haber obtenido otras ayudas o ayudas públicas por el mismo concepto y ejercicio, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales. En el supuesto de que hubieran sido solicitadas u obtenidas otras ayudas para la misma finalidad, siempre que pudieran ser compatibles, relación de las acciones financiadas y del importe subvencionado.

c) Documentación acreditativa de la personalidad del solicitante, o representante legal del mismo: copia compulsada del DNI, del número de identificación de extranjero y/o pasaporte, y, en los casos que proceda, de la tarjeta de identificación fiscal de la entidad (NIF), así como fotocopia compulsada de los estatutos debidamente legalizados, en su caso.

d) Acreditación de las facultades de representación del firmante de la solicitud para actuar en nombre de la persona jurídica solicitante, en su caso.

e) Solicitud de transferencia bancaria firmada por la persona solicitante o, en su caso, la persona que actúe en su representación y la entidad bancaria.

f) En los casos que corresponda, acreditación de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, por cualquier medio o forma jurídica de las contempladas en el artículo 13.7 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

g) En los casos en que corresponda, declaración expresa responsable del solicitante de que no ha recibido ayuda de mínimis de cualquier naturaleza o forma y finalidad conforme al Reglamento (CE) 1998/2006, de 15 de diciembre, de la Comisión Europea, o, en su caso, de que ha recibido ayudas de mínimis en los últimos tres años, que en concurrencia con la subvención solicitada, en base a la presente Orden, no superan los 200.000 euros, indicando la fecha de la concesión, la entidad concedente y los importes.

2. En caso de que se presente más de una solicitud, siempre y cuando se haga constar tal extremo, la documentación requerida en el apartado primero de este artículo sólo deberá acompañarse en la que se presente en primer lugar.

**Art. 119. Plazo de presentación de solicitudes.**—1. Las solicitudes de las ayudas previstas en los Capítulos III, IV, VI, VII y IX, así como en la Sección Segunda del Capítulo VIII de la presente Orden podrán presentarse durante el mes de diciembre del ejercicio inmediatamente anterior a aquel en el que se vayan a iniciar las acciones

2. Las medidas contempladas en el Capítulo II y en la Sección Segunda del Capítulo V de la presente Orden se convocan para los meses de enero, mayo y septiembre de cada año.

3. En el supuesto de las medidas contenidas por la Sección Primera del Capítulo V y la Sección Primera del Capítulo VIII de la presente Orden la solicitud del incentivo deberá realizarse dentro del período de dos meses desde la formalización de las citadas nuevas contrataciones o transformaciones, o de la contratación para apoyo de la mujer autónoma, sin perjuicio de que aquellas solicitudes que sean presentadas en el último trimestre de cada año puedan ser atendidas con cargo al presupuesto del ejercicio siguiente.

4. No serán admitidas a trámite las solicitudes que se presenten fuera del plazo establecido en el presente artículo, resolviéndose la inadmisión de las mismas, que deberá ser notificada a los interesados en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**Art. 120. Beneficiarios excluidos.**—1. De conformidad con lo establecido por los apartados 2 y 3 del artículo 13 de la Ley General de Subvenciones, y sin perjuicio de las exclusiones que, con carácter específico para las diversas modalidades de ayudas se contemplan en los distintos programas, no podrán obtener la condición de beneficiario de las ayudas reguladas en la presente Orden, las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declaradas culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, o tener deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público con la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de la exoneración recogida en el apartado 3 del artículo 4 de la presente Orden.

f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de ayudas en los términos que reglamentariamente se determinen.

h) Haber sido sancionada mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener ayudas

según de la Ley General de Subvenciones o la Ley General Tributaria.

2. Tampoco podrán obtener la condición de posibles beneficiarias de los incentivos regulados en este Decreto aquellos trabajadores y trabajadoras autónomos que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

a) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o sancionadas por resolución administrativa firme en los últimos tres años por falta muy grave en materia de prevención de riesgos laborales.

b) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o resolución administrativa firme por prácticas de discriminación laboral o en materia de género.

**Art. 121. Competencia para resolver.**—1. La competencia para resolver las ayudas establecidas en el Capítulo II, Capítulo IV y Sección Segunda del Capítulo V, corresponde al Consejero de Empleo, en su calidad de Presidente del Servicio Andaluz de Empleo.

2. No obstante lo anterior, se delega la competencia para resolver en relación a las siguientes ayudas:

a) Para aquellas medidas establecidas en el Capítulo III, la Sección Segunda del Capítulo VIII y las Secciones Segunda y Tercera del Capítulo IX, se delega la competencia en la Dirección General de Fomento del Empleo.

b) En los supuestos de la Sección Primera del Capítulo V y la Sección Primera del VIII, la delegación se efectúa en las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo.

c) Para las ayudas contempladas en el Capítulo VI la competencia para resolver se delega en la Dirección General de Formación para el Empleo.

3. La competencia para resolver las ayudas reguladas en el Capítulo VII de la presente Orden se delega en las

personas titulares de las Delegaciones Provinciales de Empleo.

**Art. 122. Resolución.—**1. La Resolución contendrá, como mínimo, los extremos previstos en el artículo 13.2 del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Concesión de Ayudas Públicas y Subvenciones de la Junta de Andalucía.

2. A excepción de lo regulado en el Capítulo II y en la Sección Segunda del Capítulo V de la presente Orden, el plazo máximo para resolver y notificar sobre las solicitudes de ayudas destinadas a persona física será de cuatro meses desde la fecha en que la misma haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. Por su parte, el plazo máximo para resolver y notificar sobre las solicitudes de ayudas destinadas a entidades será de seis meses desde la finalización del plazo de solicitud.

Transcurrido en cada supuesto el citado plazo sin que recaiga resolución expresa, las solicitudes podrán entenderse desestimadas por silencio administrativo conforme a lo establecido en el 31.4 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

3. De conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, la resolución del procedimiento se notificará a los interesados de acuerdo con lo previsto en el artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La práctica de dicha notificación o publicación se ajustará a las disposiciones contenidas en el artículo 59 de la citada Ley.

4. La resolución dictada pondrá fin a la vía administrativa. Frente a la

misma podrá interponerse recurso contencioso administrativo en la forma y plazos previstos por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o potestativamente recurso de reposición, de conformidad con lo establecido en los artículos 116 y 117 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**Art. 123. Abono.—**1. Para las medidas establecidas en los Capítulos II y V, y en la Sección Primera del Capítulo VIII, el abono de la misma se realizará en un solo pago del 100% de la ayuda.

2. Para las restantes medidas el abono de las ayudas que en su caso corresponda se realizará de la siguiente forma:

— Hasta el 75%, en concepto de anticipo, se tramitará a partir de la fecha de concesión.

— Una vez justificado al menos el 50% del total subvencionado mediante la oportuna presentación de los documentos acreditativos de la ejecución y de los gastos pagados se podrá tramitar hasta el 25% restante. Para ello, y en cualquier caso, los beneficiarios deberán cumplir las condiciones de justificación, que a tal efecto se establecen en el artículo 124 de la presente Orden, así como aquellas otras que el órgano concedente de la ayuda pueda dictar en la correspondiente Resolución de concesión.

3. Las entidades beneficiarias presentarán en el plazo de un mes desde que se produzcan los respectivos pagos certificación de asiento contable.

No procederá la tramitación del pago a quienes no hayan justificado en tiempo y forma las ayudas concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Admi-

nistración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos o, en el caso de entidades previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las concedidas por la propia entidad pública, ni aquellas que tengan deuda en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en los casos que corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre.

Tampoco procederá la tramitación del pago a quienes no hubiesen acreditado encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, en los supuestos que así corresponda.

**Art. 124. Justificación y liquidación de las ayudas.**—A excepción del Capítulo II, Capítulo V y Sección 1.ª del capítulo VIII de la presente Orden, la justificación y liquidación de las ayudas, estará sometida a los siguientes requisitos:

1. Se considerará gasto realizado el que ha sido efectivamente pagado con anterioridad a la finalización del período de justificación, y sean conformes con lo establecido en la normativa autonómica y nacional en materia de ayudas, así como en la normativa comunitaria.

2. En el plazo máximo de tres meses a partir de la fecha de finalización de la acción objeto de la subvención, el beneficiario deberá presentar ante el órgano gestor los justificantes del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención.

3. El beneficiario deberá presentar una certificación de gastos, que deberán haber sido realizados y efectivamente pagados con anterioridad a la finalización del plazo de justificación de la ayuda concedida. Dicha certifica-

ción se acompañará de las correspondientes facturas, justificantes de pago y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa, que procedan en cada caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 108 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

4. La acreditación de los gastos también podrá efectuarse mediante facturas electrónicas, siempre que cumplan los requisitos exigidos para su aceptación en el ámbito tributario.

5. La presentación de las facturas, justificantes de pago y demás documentos de valor probatorio contemplada en el apartado 3 de este artículo podrá ser sustituida por la cuenta justificativa con aportación de informe de un auditor de cuentas inscritos como ejerciente en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas dependiente del Instituto de Contabilidad y Auditorías de Cuentas, resultando de aplicación en este supuesto lo previsto en el artículo 74 del R.D. 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, General de Subvenciones. Dicho informe del auditor deberá garantizar el carácter elegible de los gastos que se pretenden imputar, de acuerdo a los criterios contenidos en los artículos anteriores.

Dicha cuenta justificativa deberá incorporar, además de una memoria de actuaciones, una memoria económica abreviada que contendrá al menos un estado representativo de los gastos incurridos en la realización de las actividades subvencionadas debidamente agrupados, y, en su caso, las cantidades inicialmente presupuestadas y las desviaciones acaecidas.

6. A efectos de justificaciones, para las subvenciones concedidas por importe inferior a 60.000 euros podrá



tener carácter de documento con validez jurídica la cuenta justificativa simplificada regulada en el artículo 75 del R.D. 887/2006, de 21 de julio, condiciones impuestas en la concesión de la subvención, con indicación de las actividades realizadas y los resultados obtenidos; una relación clasificada de gastos e inversiones de la actividad, con indicación del acreedor y del documento, su importe, fecha de emisión y, en su caso, fecha de pago; un detalle de otros ingresos o subvenciones que hayan financiado la actividad subvencionada con indicación del importe y su procedencia.

El órgano concedente requerirá al beneficiario la remisión de justificantes de gastos que supongan al menos el 5% del importe de la subvención, a efectos de obtener evidencias razonables sobre la adecuada aplicación de la subvención.

7. La Consejería de Empleo garantizará que, en el marco de las auditorías realizadas sobre las certificaciones de gastos a contratar, son selladas o estampilladas todas las facturas o documentos originales del gasto que hayan sido presentadas, de forma que figure su condición de gasto cofinanciado por el Fondo Social Europeo y la Consejería de Empleo.

8. El importe definitivo de la ayuda se liquidará aplicando al coste de la actividad o inversión efectivamente realizada por el beneficiario, según justificación, el porcentaje de la financiación de la Junta de Andalucía, definido en la resolución de concesión.

**Art. 125. Gastos subvencionables.**—Se considerarán gastos subvencionables a efectos de la presente Orden, sin perjuicio de los que así se determinan en las normas específicas de cada programa, todos aquellos que con carácter general y de manera indubitada respondan a la naturaleza

de la situación, actividad o proyecto objeto de las ayudas y medidas previstas en la misma, y en concreto, aquellos que hayan sido efectivamente pagados con anterioridad a la finalización del período de justificación, y sean conformes con lo establecido en la normativa autonómica, nacional y comunitaria en materia de subvenciones.

**Art. 126. Subcontratación.**—1. En aquellos programas en los que resulte de aplicación, los beneficiarios podrán subcontratar hasta el 100% de la ejecución de la actividad que constituye el objeto de la ayuda, en los términos establecidos en esta Orden. Cuando la actividad concertada con terceros exceda del 20% del importe de la ayuda y dicho importe sea superior a 60.000 euros, la celebración del correspondiente contrato deberá formalizarse por escrito y ser autorizado previamente por el órgano concedente, ya sea de forma expresa en la propia resolución de concesión de la ayuda o mediante resolución posterior, emitida en el plazo de 15 días a contar desde la solicitud de autorización. Se entenderá otorgada la autorización cuando transcurra el citado plazo sin pronunciamiento del órgano concedente. En ningún caso podrá fraccionarse un contrato con el objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir el cumplimiento de estos requisitos.

2. Asimismo, los beneficiarios podrán concertar con personas o entidades vinculadas a los mismos la ejecución parcial o total de las actividades subvencionadas siempre que la contratación se realice de acuerdo con las condiciones normales de mercado y se obtenga la previa autorización del órgano concedente, ya sea de forma expresa en la propia resolución de concesión de la ayuda o mediante resolución posterior, emitida en el plazo de 15 días a contar desde la solicitud

de autorización. Se entenderá otorgada la autorización cuando transcurra el citado plazo sin pronunciamiento del órgano concedente.

3. En todo caso, será de aplicación a los beneficiarios y contratistas los límites y obligaciones establecidos en el artículo 29 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en el artículo 68.2 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.

**Art. 127. Cuantía.**—El importe de las subvenciones en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada. En estos supuestos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad o proyecto desarrollado a través de la presente Orden.

**Art. 128. Revisión y modificación de las ayudas.**—Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la ayuda y, en todo caso, la obtención concurrente de ayudas o subvenciones otorgadas por otras Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión, conforme establece el artículo 110 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

**Art. 129. Obligaciones de los beneficiarios.**—Sin perjuicio de las obligaciones específicas que cada programa pueda establecer, serán, en todo caso, obligaciones del beneficiario:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamen-

ta la concesión de las ayudas, en la forma y plazos establecidos en la resolución de concesión.

b) Justificar ante el órgano o entidad concedente el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión de las ayudas.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación, a efectuar por el órgano concedente o la entidad que corresponda, en su caso, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como comunitarios, aportando cuanta información lesea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicar al órgano concedente la obtención de otras ayudas, subvenciones, ingresos o recursos que financien las actividades incentivadas. Esta comunicación deberá efectuarse tan pronto como se conozca, y en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos.

e) Acreditar con anterioridad a dictarse la propuesta de resolución de concesión que se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, en la forma que se determina en el artículo 22 del R.D. 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en el artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 120 de la presente Orden.

f) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable al beneficiario en cada caso, con la fina-

lidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y registro.

g) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

h) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente y a las de control financiero que correspondan a la Intervención General de la Junta de Andalucía, en relación con las ayudas concedidas, y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

i) Hacer constar en toda la información, publicidad y difusión de los proyectos y acciones objeto de ayuda, que la misma está subvencionada, bien por la Consejería de Empleo o por el Servicio Andaluz de Empleo, como Organismo Autónomo adscrito a la misma, así como la financiación del Fondo Social Europeo, cuando el supuesto lo requiera, de conformidad con el artículo 8.4 del Reglamento (CE) núm. 1828/2006 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2006. Igualmente en todos los elementos informativos y publicitarios elaborados por el beneficiario, la publicidad deberá ajustarse a lo descrito en el Manual de diseño gráfico de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 245/97, de 15 de octubre, modificado por el Decreto 126/2002, de 17 de abril.

j) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en la presente Orden.

k) Cumplir lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en cuanto al trata-

miento de los datos de carácter personal suministrados con ocasión del desarrollo de los proyectos.

**Art. 130. 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 acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la ayuda falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que la hubieren impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la ayuda.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualquiera Administración o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a los beneficiarios, así como de los

compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la ayuda, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la ayuda.

g) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a los beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la ayuda, distinto de los anteriores, cuando de ellos se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el incumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedente de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

h) La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual derive una necesidad de reintegro.

i) Incumplimiento de las normas medioambientales al realizar el objeto de la ayuda, de acuerdo con lo dispuesto en la letra f) del artículo 112 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Será causa de reintegro cuando se produzca la invalidez de la resolución de concesión según lo establecido en el art. 36 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

**Art. 131. Publicidad.—**1. Las ayudas concedidas al amparo de la presente Orden serán publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17

de noviembre, General de Subvenciones, y el artículo 32.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2. Las entidades que participen en el desarrollo de estos programas deberán hacer constar de modo expreso su colaboración con la Consejería de Empleo, el Servicio Andaluz de Empleo, y, en su caso, del Fondo Social Europeo, en todas las actuaciones que así lo requieran.

Para ello, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Manual de Diseño Gráfico para su utilización para el Gobierno y Administración de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 245/1997, de 15 de octubre, así como en la Normativa de la Unión Europea, Reglamento (CE) núm. 1159/2000 de la Comisión, de 30 de mayo.

El Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo podrá establecer las características que a tal efecto deberán reunir los materiales impresos o audiovisuales que elaboren las Entidades promotoras. Con independencia de ello, siempre que la entidad promotora elabore cualquier tipo de material de trabajo con cargo a la ayuda concedida, deberá llevar la identificación de su financiación por parte de la Consejería de Empleo en el formato que el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo establezca, teniendo la Entidad promotora la obligación de conservar un original de los mismos a disposición de los órganos de gestión y control competentes, por cuanto que el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo podrá darle la utilidad y publicidad que estime conveniente.

Para llevar a cabo la publicidad de las acciones formativas contempladas en la presente Orden deberán ser utilizados los modelos de anuncios que se anexionen a la resolución de concesión de la ayuda.

3. En el supuesto de las ayudas a la contratación reguladas en la Sección Primera del Capítulo V, así como en la Sección Primera del Capítulo VIII de la presente Orden, las personas beneficiarias comunicarán a los trabajadores que su contratación ha sido incentivada por la Consejería de Empleo, y en su caso, por el Fondo Social Europeo.

4. El incumplimiento por parte de la entidad promotora de cualquiera de las obligaciones respecto a la publicidad establecidas en este artículo podrá dar lugar al reintegro de la ayuda en los términos dispuestos por el artículo 130 de la presente Orden.

**Art. 132. Régimen sancionador.**—Las infracciones administrativas cometidas en relación con las ayudas reguladas en esta Orden se sancionarán de acuerdo con lo previsto en el Título IV de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y mediante expediente administrativo instruido al efecto de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

**Art. 133. Dotación presupuestaria.**—Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 119 de la presente Orden, la concesión de las ayudas previstas en la misma estará limitada por las disponibilidades presupuestarias previstas en cada ejercicio, pudiéndose adquirir compromisos de gastos de carácter plurianual, en las condiciones previstas en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y Normas de Desarrollo.

**Disposición transitoria primera. Régimen transitorio Ticket del autónomo.**—Aquellas personas que hallan

procedido a darse de alta como trabajadores o trabajadoras autónomas en el período comprendido entre el 1 de octubre de 2006 y la fecha de entrada en vigor de la presente Orden, y provinieran de la situación de demandante de empleo inscrito como tal en las Oficinas de Empleo en fecha inmediatamente anterior a la del alta, podrán solicitar el Ticket del autónomo dentro del plazo de un mes desde la citada entrada en vigor, siéndole de aplicación los requisitos y exclusiones y cuantías establecidos en la presente norma, a excepción de estar desempleado en el momento de la solicitud.

**Disposición transitoria segunda. Convocatoria 2007 para proyectos.**—1. Excepcionalmente para el ejercicio 2007, las solicitudes de las ayudas a la ejecución de proyectos, reguladas en esta Orden, se presentarán dentro del plazo de un mes desde la entrada en vigor de la misma.

2. Excepcionalmente, durante el ejercicio 2007, las convocatorias previstas en el apartado 2 del artículo 119 de esta Orden se abren durante los meses de abril y septiembre.

**Disposición derogatoria única.** Queda derogada la Orden de esta Consejería de 6 de mayo de 2005, por la que se regulan las ayudas al fomento del autoempleo, así como todas las disposiciones 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 mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 15 de marzo de 2007

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo