



TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

80

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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



CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

VOCALES

AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR	Viceconsejero de Empleo
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

© 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 80/2005

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- Violencia de género y derechos sociolaborales: la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 11
BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO
- Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo laboral calificable de accidente de trabajo. Progresos y dificultades 65
SOFÍA OLARTE ENCABO
- Las bolsas de trabajo de la Administración Pública de la Junta de Andalucía 95
TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ
- El tratamiento concursal del personal de alta dirección 121
ANTONIO COSTA REYES

2. MERCADO DE TRABAJO

- Informe trimestral sobre el Mercado de Trabajo en España y Andalucía (primer trimestre) 157
SANTOS M. RUESGA BENITO, JOSÉ L. MARTÍN NAVARRO Y CARLOS RESA NESTARES

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA
Universidad de Cádiz
Crédito horario 203
MARÍA DEL JUNCO CACHERO

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Universidad de Sevilla

La aplicación del criterio de proporcionalidad en las retribuciones en el trabajo a tiempo parcial 211

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

Reducción de jornada por cuidado de hijos y protección por desempleo y maternidad 229

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

El equilibrio entre el respeto a la forma y la jurisprudencia constitucional sobre tutela judicial efectiva en relación al lugar de presentación de los escritos en el proceso laboral 245

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de León

Ejecución de las obligaciones de hacer: eliminación de datos médicos sobre absentismo 257

RODRIGO TASCÓN LÓPEZ

4. INFORMES Y DOCUMENTOS

Libro blanco sobre la calidad del empleo en Andalucía: flexibilidad y seguridad laboral 277

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓNDECRETO 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido
BOJA núm. 122, de 24 de junio de 2005 297DECRETO 148/2005, de 14 de junio, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo
BOJA núm. 125, de 29 de junio de 2005 310

ORDEN de 21 de marzo de 2005, por la que se modifica la de 4 de julio de 2002, en la redacción dada por la Orden de 19 de noviembre



Índice

7

de 2002, por la que se desarrolla en el Programa de Apoyo al Empleo en Proyectos de Interés Social BOJA núm. 74, de 18 de abril de 2005	321
ORDEN de 6 de mayo de 2005, por la que se desarrollan y convocan determinadas líneas de ayuda al autoempleo al amparo de lo dispuesto en el Decreto 141/2002, de 7 de mayo BOJA núm. 99, de 24 de mayo de 2005	329
ORDEN de 12 de mayo de 2005, por la que se regula el programa de Turismo Social de Personas Mayores de Andalucía BOJA núm. 104, de 31 de mayo de 2005	343
ORDEN de 13 de mayo de 2005, de modificación de las de 6 y 7 de mayo de 2002, por la que se regula el acceso, el funcionamiento y la financiación de los programas de estancia diurna y respiro familiar BOJA núm. 104, de 31 de mayo de 2005	346
ORDEN de 10 de mayo de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria para el año 2005 de las subvenciones destinadas a Consorcios Escuela de Formación para el Empleo participados por la Junta de Andalucía BOJA núm. 106, de 2 de junio de 2005	347
CORRECCION de errores de la ORDEN de 21 de marzo de 2005, por la que se modifica la de 4 de julio de 2002, en la redacción dada por la de 19 de noviembre de 2002, por la que se desarrolla el Programa de Apoyo al Empleo en proyectos de interés social BOJA núm. 125, de 29 de junio de 2005	363

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







VIOLENCIA DE GÉNERO Y DERECHOS SOCIOLABORALES: LA L.O. 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid

EXTRACTO

Entre las normas que mayor interés ha despertado en los medios de comunicación y en la opinión pública general de cuantas se han aprobado en los últimos años, destaca la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOPIVIGE).

La LOPIVIGE es una de las primeras normas que pretenden atender de forma integral y específica esta manifestación de la discriminación del colectivo de mujeres, aunque hay que señalar que en el momento de su aprobación existía ya un abundante tejido de referencias institucionales y normativas en el plano internacional, en el de la Unión Europea y en las Comunidades Autónomas que, incluso, mediante leyes específicas, ya venían articulando actuaciones concretas para erradicar y prevenir las situaciones de violencia sobre las mujeres.

El estudio realiza una valoración de la norma centrándose en su contenido sociolaboral, desde la perspectiva del principio de no discriminación. Se dibuja, en un primer momento, el panorama de textos y normas internacionales, de la Unión Europea y de las Comunidades Autónomas que componen el marco en que nació la LOPIVIGE, para realizar, a continuación una sistematización de los aspectos más novedosos que pueden apreciarse en su contenido como manifestaciones de las nuevas connotaciones del principio de no discriminación; cuestión sobre la que se avecinan nuevos cambios en los próximos meses en España. El análisis y valoración del contenido sociolaboral se ha estructurado en tres grandes bloques temáticos con el fin de ofrecer una visión ordenada de las numerosas cuestiones que la norma contempla. Así, se atienden en primer lugar las relativas al acceso al empleo, en segundo lugar las condiciones de trabajo y en último término, las relativas a la protección social. Finalmente se subraya la importancia que ha de jugar la negociación colectiva en la determinación y mejora de los derechos que confiere la LOPIVIGE a las trabajadoras víctimas de violencia de género.

A lo largo del texto se trata de poner de manifiesto las principales deficiencias y contradicciones que la propia LOPIVIGE encierra en la regulación de una materia que merecería mayor rigor.

ÍNDICE

1. LA VIOLENCIA SOBRE LAS MUJERES COMO NUEVA «CUESTIÓN SOCIAL»
2. ASPECTOS GENERALES DE LA LOPIVIGE
3. LA LOPIVIGE EN EL CONTEXTO DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN
 - 3.1. La violencia como forma de discriminación
 - 3.2. Violencia y Acoso
 - 3.3. Discriminación por el diseño
 - 3.4. Discriminación múltiple
 - 3.5. Transversalidad y empoderamiento
 - 3.6. Accesibilidad universal
 - 3.7. Mecanismos de tutela
4. RASGOS GENERALES Y ESTRUCTURA DE LA LOPIVIGE
5. CONTENIDO SOCIOLABORAL DE LA LOPIVIGE
 - 5.1. Fomento del empleo de las víctimas de violencia de género
 - 5.1.1. Asistencia social integral
 - 5.1.2. Adaptación del compromiso de actividad
 - 5.1.3. Coordinación de los Servicios Públicos de Empleo
 - 5.1.4. El Programa específico de Empleo
 - 5.1.5. Bonificaciones empresariales
 - 5.2. Condiciones de trabajo derivadas de la situación de violencia
 - 5.2.1. Adaptación del tiempo de trabajo
 - 5.2.2. Traslados y desplazamientos
 - 5.2.3. Suspensión de la relación laboral
 - 5.2.4. Extinción de la relación laboral
 - 5.3. Protección social de las víctimas de violencia de género
 - 5.3.1. Los derechos de las trabajadoras víctimas de violencia en el Sistema de Seguridad Social
 - 5.3.2. Pérdida de los derechos de los agresores, «reconciliación» y revisión del Sistema de Seguridad Social desde la perspectiva de género
 - 5.3.3. Derechos y ayudas económicos
6. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
7. VALORACIÓN GENERAL

1. LA VIOLENCIA SOBRE LAS MUJERES COMO NUEVA «CUESTIÓN SOCIAL»

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre sobre medidas de protección integral contra la violencia de género (LOPIVIGE, en adelante ¹) nace en un momento en que la opinión pública manifiesta, más que interés, estupor ante las frecuentes y trágicas situaciones de violencia en el seno de las parejas o unidades de convivencia que, desgraciadamente, se están registrando en la sociedad española y que no parecen circunscribirse a ciertos

¹ Proponemos esta denominación, desde el convencimiento de la frecuencia con que de hora en delante de habrá de citar esta norma y a la vista de la dificultad de pronunciación de otras fórmulas más breves.

sectores, áreas geográficas, grupos de edad, niveles de renta u otros parámetros similares, sino que se constituyen como un fenómeno transversal que ha cobrado protagonismo a la vista de la frecuencia y de la brutalidad con que se manifiesta y que se ha convertido, sin lugar a dudas, en una nueva «cuestión social» a la que los responsables políticos, en sus diversos ámbitos competenciales, deben dar una respuesta contundente y efectiva.

Como mero apunte, cabe recordar, que en España, entre 1999 y 2004, 318 mujeres murieron a consecuencia este tipo de violencia, 72 de ellas en el año 2004. El 95% de las situaciones de violencia de género no se denuncian. En 2004, se presentaron casi 100.000 denuncias (99.111)² y fueron juzgadas por violencia doméstica 35.000 personas.

Son numerosos y de muy diversa procedencia los documentos, estudios e informes en los que se refleja la amplitud del fenómeno de la violencia sobre las mujeres. Entendemos de utilidad, apuntar ahora algunos de los más significativos. Así, «La violencia doméstica contra mujeres y niñas» de UNICEF (2000), viene constituir un referente de interés en la delimitación de los conceptos, en la tipología y los factores que intervienen en las situaciones de violencia y en la llamada a la necesidad de un enfoque integrado en el diseño de las políticas contra la violencia; «Mujeres invisibles, abusos impunes» de Amnistía Internacional (2003) relativo a la especial debilidad en que se encuentran las mujeres inmigrantes en España ante las situaciones de violencia; «V Informe de sentencias «benévolas» con los maltratadores» de la Federación de Mujeres progresistas (2004). «Guía sobre violencia y mujer con discapacidad», en el Proyecto METIS (dentro de la iniciativa DAPHNE de la Unión Europea) (1998); «Hacia un marco común europeo para medir los progresos en la lucha para erradicar la violencia contra las mujeres», del Lobby Europeo de Mujeres (2001); «Informe Anual de la Unión Europea sobre Derechos Humanos 2004»; «Informe sobre muertes violentas en el ámbito de violencia doméstica en el año 2003» e «Informe de la actividad de los Órganos Judiciales sobre Violencia Doméstica 2004», ambos del Consejo General del Poder Judicial; «Informe de la Ponencia sobre la erradicación de la violencia doméstica», constituida en le seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer, de las Cortes Generales (2002).

Aunque es cierto que la LOPIVIGE es una de las primeras normas que pretenden atender de forma integral y específica esta manifestación de la discriminación del colectivo de mujeres, hay que señalar que en el momento de su aprobación existía ya un abundante tejido de referencias institucionales y normativas en el plano internacional, en el de la Unión Europea

² De acuerdo con las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial.

y en las Comunidades Autónomas que, incluso, mediante leyes específicas, ya venían articulando actuaciones concretas para erradicar y prevenir las situaciones de violencia sobre las mujeres.

Suele señalarse como la primera norma que acometió la violencia sobre las mujeres, la L núm. 54/1989, de 15 de agosto para la Prevención e Intervención contra la Violencia Doméstica de Puerto Rico; habiéndole sucedido con posterioridad otras actuaciones normativas en el ámbito latinoamericano³. Por lo que respecta al área europea, la primera referencia normativa sobre violencia contra la mujer está constituida por la Ley Federal austriaca 756/1996, de 30 de diciembre⁴.

Respecto de los textos internacionales, son abundantes los que se han aprobado en el seno de Naciones Unidas, entre ellas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁵, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer⁶, o la Declaración de Beijing adoptada en septiembre de 1995 en la IV Conferencia Mundial sobre las mujeres.

Para la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, constituye «violencia contra la mujer»... *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*» (art. 1). En su artículo 2 especifica los principales casos de violencia «aunque sin limitarse a ellos» e incorpora la violencia en el ámbito familiar, o en otros ámbitos de la vida, como educativo, o el de trabajo.

³ Así, la Ley, 26260, de 24 de diciembre de 1993, de protección frente a la violencia familiar de Perú; la Ley 19.325, de 27 de agosto de 1994, de Chile; la Ley 24.417 de 7 de diciembre de 1994, sobre protección contra la violencia familiar en Argentina; Ley 27 de 16 de junio de 1995, sobre delitos de violencia intrafamiliar y maltrato en Panamá; Ley 839 de 14 de noviembre de 1995, contra la violencia a la mujer y a la familia de Ecuador; Ley 1674 de 15 de diciembre de 1995, contra la violencia en la familia o doméstica de Bolivia; Ley 7586 de 25 de marzo de 1996, contra la violencia doméstica de Costa Rica; Ley 294 de 16 de julio de 1996 para prevenir, remediar y sancionar la violencia intra-familiar en Colombia; Ley 230 de 19 de septiembre de 1996 en Nicaragua; Decreto ley 97 de 24 de octubre de 1996, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intra-familiar en Guatemala; Decreto Ley 902 de 28 de diciembre de 1996, contra la violencia intrafamiliar en El Salvador y Ley 24 de 27 de enero de 1997, de la República Dominicana. Sobre estas normas, la información publicada en la página de la Universidad de Valencia. www.uv.es.

⁴ Siguiendo experiencias similares en Alemania, Irlanda del Norte, Gran Bretaña y Suecia. Información al respecto en la página citada en nota anterior.

⁵ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

⁶ Adoptada por la Asamblea general mediante Resolución 48/104 de 30 de diciembre 1993.

En el área latinoamericana, es destacable la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer «Convención de Belém do Pará» (Brasil) adoptada el 9 de junio de 1994, en el seno de la Organización de Estados Americanos. Para este texto, la violencia contra la mujer significa (art. 1) «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado». A continuación especifica las diferentes manifestaciones de violencia contra la mujer e incluye, como la Declaración de Naciones Unidas de 1993, la que se produce en el ámbito laboral.

En el contexto del Consejo de Europa, las referencias más significativas sobre la materia son la Resolución de 1985 R (85) 4 «sobre la violencia en el seno de la familia», la Resolución de 1990 R (90) 2 «sobre las medidas Sociales respecto a la violencia en el seno de la familia», y la Resolución de 1993 aprobada en el Consejo celebrado en Roma en la III Conferencia Europea sobre «Igualdad entre mujeres y Hombres, relativa a la Violación y Agresiones sexuales a las Mujeres».

Por lo que respecta al ámbito de la Unión Europea, son también numerosos los referentes sobre esta materia, siendo la Resolución A-44/86 del Parlamento Europeo, sobre Agresiones a la Mujer, la primera manifestación de la creciente preocupación por este tema. El Parlamento Europeo ha adoptado posteriormente la Resolución A3-0349/94 sobre violaciones de las libertades y los derechos fundamentales de las mujeres y la Resolución A4-0250/97, sobre la campaña europea «Tolerancia cero» ante la violencia contra las mujeres, entendida esta no solo en el ámbito familiar o de convivencia, sino también en la esfera laboral, entre otras. Y apunta también como cuestiones directamente relacionadas con el contenido de la LOPIVIGE, la importancia de la actuación de las entidades locales, la necesidad coordinación de todas las Administraciones, la necesidad de formación de profesionales que puedan prestar el asesoramiento y apoyo necesario a las mujeres víctimas de violencia, la necesidad de establecer una regulación ad hoc, a parte de la ya existente en el derecho de familia, la necesidad de regular de forma expresa las situaciones de acoso, la necesidad de adecuar los procedimientos judiciales a las especiales dificultades que reviste para las mujeres víctimas de violencia, con el fin de que no se conviertan en disuasorios a la hora de acudir a ellos, y la necesidad de atender también la violencia que se produce en el entorno laboral.

Siguiendo la petición del Parlamento Europeo en esta Resolución de 1997, la Unión Europea declaró 1999 como el «año europeo contra la violencia hacia las mujeres».

Con posterioridad, el Parlamento y el Consejo han puesto en marcha el Programa Daphne en sus fases I y II, para prevenir y combatir la violencia

ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo⁷.

En el Informe de 2004 sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea, se dedica un apartado especial a la violencia sobre las mujeres, destacando la importancia de las administraciones locales, llamando a la necesidad de coordinación y de especialización de profesionales y reiterando, en buena medida, lo apuntado en la Resolución del parlamento de 1997.

Finalmente, en mayo de 2004 se aprobaron en Dublín las «Recomendaciones de la conferencia presidencial de la Unión Europea relativas a la lucha contra la violencia sobre las mujeres».

Pero el entramado de normas y programas que dibujan el marco en el que ha visto la luz de LOPIVIGE está compuesto también por referentes en el ámbito autonómico, provincial y local. En ocasiones, las Comunidades Autónomas cuentan con leyes o programas específicos sobre violencia de género y en otras, en cambio, incorporan esta materia en leyes y planes de igualdad de ámbito más general.

Sin ánimo acometer la tarea de sistematizar todas las referencias sobre violencia de género en éstos ámbitos inferiores al estatal, sí puede recordarse que antes que la LOPIVIGE ya se habían aprobado algunas leyes sobre violencia de género en algunas Comunidades Autónomas. Es el caso de la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Castilla-La Mancha⁸, la Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, de Navarra⁹; la Ley 16/2003, de 8 de abril, de Canarias; la Ley 1/2004, de 1 de abril, de Cantabria. En otras como Galicia¹⁰ o el País Vasco¹¹, con posterioridad, se aprobaron leyes sobre igualdad entre hombres y mujeres que incluyen una parte a esta cuestión.

Los antecedentes de la regulación de la violencia de género en España pueden remontarse a Código de las partidas de Alfonso X el Sabio¹², pero procurando un acercamiento a la realidad más actual, cabe mencionar que en el año 2003 se incorporaron modificaciones significativas en nuestro ordenamiento para la materia objeto de estudio. Así, la Ley 27/2003, de 31 de

⁷ Mediante la Decisión 293/2000/CE, de 24 de enero de 2000 se aprobó el Primer programa daphne y mediante la Decisión 803/2004/CE de 21 de abril de 2004, el segundo. El Informe de la Comisión de evaluación de este programa es de enero de 2002 (SEC (2002)338). COM/2002/0169 final.. El Informe de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades es de 19 de junio de 2002 A5-0233/2002.

⁸ BOE de 21 de junio de 2001.

⁹ BON de 12 de julio de 2002.

¹⁰ Ley 7/2004, de 16 de julio. BOE de 21 de septiembre de 2004.

¹¹ Ley 4/2005, de 18 de febrero. BOPV de 2 de marzo de 2005.

¹² Ver, al respecto el Informe del defensor del Pueblo sobre «La violencia sobre las mujeres» de 1999.



julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica, la Ley Orgánica 11/2003, de 20 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y, por último, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En 2004, el Real decreto 355/2004, de 5 de marzo reguló el Registro Central para la protección de las víctimas de violencia doméstica.

A ello se añaden el I Plan de Acción Contra la Violencia Doméstica 1998-2000 y el II Plan Integral contra la Violencia doméstica 2001-2004.

2. ASPECTOS GENERALES DE LA LOPIVIGE

Antes de analizar el contenido específicamente sociolaboral de la norma, conviene destacar todavía algunos de los rasgos más característicos y relevantes de la misma.

No puede pasarse por alto que una lectura detenida de la norma a la luz de su denominación, lleva a la siguiente conclusión (ciertamente llamativa):

- No se trata (en su totalidad) de una Ley Orgánica.
- No contempla rigurosamente una protección «integral».
- No regula la «violencia de género», sino las manifestaciones de ésta en un ámbito determinado y con ciertos condicionantes.

2.1. No se trata (en su totalidad) de una Ley orgánica

Decimos que no se trata en su totalidad de una ley Orgánica, en virtud de lo que señala su Disposición final tercera, sobre la «naturaleza de la presente Ley», y que viene a excluir del carácter orgánico de la norma el Título I, el Título II, algunos artículos del Título III, y la mayoría de las disposiciones adicionales, transitorias y finales. El resultado de ello es que, para lo que concierne al ámbito sociolaboral, la norma no es una Ley Orgánica, por quedar todas sus referencias excluidas de tal consideración.

2.2. No llega a perfilar una protección integral

El apartado 2 del artículo 1 viene a proclamar que «por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas».

Entendemos que la norma no contempla verdaderamente una «protección integral», en la medida en que las diferentes actuaciones que se perfilan no se dirigen a todas las mujeres, sino que, para poder ser receptoras de las mismas, han de reunir una serie de requisitos; y porque el grado de protección que se contempla no es tan «intenso» como cabría esperar en una norma como ésta, al menos en lo relativo a los derechos sociolaborales¹³. Sobre este punto volveremos en sucesivas ocasiones a lo largo de los epígrafes que siguen.

2.3. No regula la «Violencia de género»

Como se desprende de su artículo 1, la LOPIVIGE no abarca las diferentes manifestaciones de la «violencia de género» tal y como está definida en multitud de referentes internacionales e, incluso, en la normativa autonómica sobre la materia, sino que la delimita en función de ciertas circunstancias personales de la víctima y del agresor¹⁴.

Señala el artículo 1.3 de la norma:

«La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad»

Precepto que hay que leer de forma conjunta con lo que indica el artículo 1.1:

«La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas 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».

Ya hemos apuntado algunos de los principales textos internacionales que contienen una definición actualizada de qué debe entenderse por «violencia de género» en los que se define la violencia sobre las mujeres sin

¹³ En ocasiones, la protección, más que integral, cabría calificarse como «light».

¹⁴ Respecto de esta cuestión y sobre la LOPIVIGE, de forma detallada, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: *La dimensión laboral de la violencia de género*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2005. También, DE LA PUEBLA PINILLA, A. «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género». En *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2005, págs. 107 y ss.



delimitarla exclusivamente a la que pueda producirse en el seno de las relaciones personales que señala el artículo 1 LOPIVIGE y recordando que ha de contemplarse en la esfera de la vida privada y de la vida pública, incluyendo el ámbito propiamente laboral.

También entre las referencias de ámbito autonómico, la línea general es adoptar definiciones más amplias que la que finalmente ha asumido la norma estatal, pero, de entre ellas, cabe destacar la contenida en la Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las mujeres contra la violencia de género, de Canarias, en sus artículos 2 y 3. En esta norma se atiende específicamente la violencia laboral.

Uno de los principales núcleos de debate en la gestación de la LOPIVIGE fue, precisamente, la definición de la violencia sobre la que iba a actuar, su carácter unilateral o bilateral y su delimitación a ciertos ámbitos de la vida.

Se barajaron diversas propuestas como la «violencia doméstica», «violencia familiar» o «violencia sobre las mujeres», pero, finalmente, y como ya se ha destacado, la norma se acoge al término «violencia de género» con el fin de incorporar las interpretaciones más modernas sobre las situaciones de violencia sobre las mujeres, si bien, resulta restrictiva en la medida en que una vez definida así la violencia y dejar claro que se trata de una manifestación más de la situación de discriminación las mujeres, viene limitar su propio ámbito de aplicación en función del tipo de relación personal que una o haya unido a la víctima y al agresor¹⁵.

Más amplio resultaba el artículo 1 de esta norma en su redacción en el Anteproyecto de Ley: «Se entenderá por violencia ejercida sobre la mujer la utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Comprende la violencia física y la psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto en la vida pública como privada, cuando el principal factor de riesgo lo constituya el hecho de ser mujer».

¹⁵ Por razones obvias, no podemos detenernos en su análisis pormenorizado, pero sí debemos destacar los interesantísimos planteamientos que sobre estas cuestiones han realizado las diversas instituciones españolas que han emitido informe sobre esta materia. Así, el Dictamen del Consejo Económico y Social núm. 2/2004 y el Informe de seguimiento de dicho Dictamen; el Informe del defensor del Pueblo sobre la «Violencia doméstica contra las mujeres» de 1999; el Informe del Consejo de Estado de 2004; el Informe del Consejo General del poder Judicial así como el otro Particular que formularon algunos de sus miembros, que constituyen dos documentos de especial interés al ofrecer, en el fondo un espléndido contraste entre una visión del principio de igualdad y no discriminación propia del modelo social y otra cercana al modelo liberal individualista o, si se quiere, entre el principio de igualdad real y el principio de igualdad formal.

Se trataba, pues, de una definición de la «violencia sobre la mujer», dejando ver, desde el principio el sentido unilateral de la protección que se pretendía ofrecer y que se dirigía al colectivo femenino; apuntaba una identificación finalista de las situaciones de violencia que también desapareció ya en el proyecto de Ley y sobre el que el Consejo de Estado emitió un juicio desfavorable; e incluía una referencia a la vida privada y a la pública en consonancia con los principales textos internacionales sobre la materia, lo que habría dado un ámbito de operatividad mucho mayor si no se hubiera omitido en el texto final de la norma, que viene a retraerse a la esfera privada en la medida en se trata de afrontar únicamente la violencia sobre las mujeres en el marco de las relaciones personales de pareja o análogas. Eso sí, el entorno físico en que esta violencia puede manifestarse o ser ejercida no se limita a los domicilios familiares o particulares, sino que se abre a cualquier lugar.

Así, podría darse una situación de violencia como la que delimita la norma con conexiones directas con el entorno laboral, como sería el caso de parejas de personas que son o han sido compañeros de trabajo o entre los titulares de la empresa y sus trabajadoras, o producirse actuaciones de violencia en el ámbito físico propio de alguna empresa, aunque la víctima y el agresor no guarden relación directa con la misma.

Una cuestión de especial relevancia para este tema es que existe algún síntoma de la falta de rigor con que se está acometiendo esta materia por el ordenamiento español.

Como se verá en el epígrafe sobre el fomento del empleo, la Ley de Presupuesto Generales del Estado para 2005, incluye el Plan de empleo para ese año en su disposición adicional cuadragésimo séptima. Pues bien, a la hora de establecer los incentivos a la contratación para las mujeres víctimas de violencia, no se ajusta a la definición de violencia de género que ofrece la LOPIVIGE. Lo que resulta más que sorprendente, si tiene en cuenta que la LPGE se aprobó el 27 de diciembre y la LOPIVIGE el 28 del mismo mes.

No puede cerrarse este epígrafe sin reiterar que la LOPIVIGE ha excluido de su ámbito a la violencia laboral o en el medio laboral en sentido estricto, al haber delimitado en los términos expuestos su ámbito de aplicación.

En cambio, los derechos de las víctimas se centran en su mayor parte, en las mujeres que ya venían desempeñando una actividad profesional.

Especialmente ilustrativo a este respecto es que el capítulo relativo a los derechos de Seguridad Social se centra en la regulación de la situación de desempleo para quienes ya eran trabajadoras por cuenta ajena, junto algunas otras especificaciones para las trabajadoras autónomas.

De esta forma, las mujeres víctimas de violencia en los términos que define la LOPIVIGE, no han sido atendidas dentro del Sistema de Seguridad Social mediante prestaciones específicas.



3. LA LOPIVIGE EN EL CONTEXTO DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

3.1. La violencia como forma de discriminación

A pesar de la diversidad en sus múltiples manifestaciones, existe un denominador común en la inmensa mayoría de las situaciones de violencia contra las mujeres, que ha permitido su acotación de cara al diseño de actuaciones específicas en el nivel de local y autonómico, primero y, ahora, en el ámbito estatal.

Se trata de situaciones que expresan la convulsión en las relaciones de género que se están viviendo en nuestra sociedad y, muy especialmente, la situación de discriminación de las mujeres respecto de los hombres en las unidades de convivencia y en los modelos de relación personal. Estamos, por tanto, ante una nueva forma de contemplar una vieja cuestión que reverdece en un momento en que un amplio sector de la opinión pública y un nutrido conjunto de manifestaciones normativas y jurisprudenciales permiten avistar un panorama de convivencia más equitativo desde el punto de vista de género.

No es casualidad, por tato, que en un momento en que empieza a quedar en cuestión un modelo tradicional de sometimiento de las mujeres en el seno de las unidades familiares y en las relaciones de pareja, asistamos a una serie de manifestaciones de violencia que, además de otras connotaciones que se están destacando desde otras disciplinas, como la Sociología o la Ciencia Política ¹⁶, vienen a constituir exponentes de la «defensa a ultranza» más o menos consciente, del modelo anterior por parte de los agresores, ante situaciones en que las víctimas consiguen (o tratan de) romper o suavizar su situación de sumisión, contactan con otras personas, se acercan a actividades fuera del ámbito estrictamente doméstico, acceden o pretenden acceder a una actividad profesional o inician otras relaciones.

La propia ley comienza afirmando que viene a regular una forma de violencia que constituye una manifestación de la situación de discriminación en que se encuentran las mujeres. Así, su artículo 1.1 señala:

«La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas...».

¹⁶ ALBERDI, I. y MATAS, N.: *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*. Fundación «La Caixa», Barcelona, 2002.; AA.VV.: *La violencia contra las mujeres: un problema social*. Jornadas organizadas por el Area Pública de CC.OO. Madrid, septiembre de 2001.

Así, pues, esta Ley viene a constituir una de las manifestaciones más actuales del alcance y de las connotaciones del principio de no discriminación en función del género, y ello puede apreciarse tanto por la materia de la que se ocupa, como por la forma en que la contempla.

3.2. Violencia y acoso

En el contexto que se acaba de apuntar y retomando las referencias internacionales y de la Unión Europea, cabe llamar la atención sobre una cuestión de especial interés.

Es sabido que en las últimas décadas se han ido articulando ciertos mecanismo de detección, erradicación prevención del acoso sexual, primero, y más recientemente, del acoso en función de diversos factores, aún sin contenido sexual. La regulación de estas figuras se está iniciando, como la práctica totalidad de cuantas conforman actualmente el contenido del principio de no discriminación, en cuanto a sus manifestaciones en el ámbito laboral.

Pues bien, a nuestro juicio, la LOPIVIGE debería haber integrado en su contenido el acoso sexual y el acoso como formas de violencia.

Es cierto que el artículo 1 de la norma alude a las agresiones de carácter sexual, pero se aleja mucho de las definiciones de acoso y de acoso sexual que ya existen en las Directivas de la Unión Europea¹⁷, y que antes del 5 de octubre del presente año se habrá de transponer al ordenamiento español tal y como exige la Directiva 2002/73/CE, que modifica la 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

En esta norma se definen (art. 1), para el ámbito laboral, dos nuevas formas de discriminación:

«acoso: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con le propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»

«acoso sexual: la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico, no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»¹⁸.

¹⁷ Se trata de las Directivas 2000/43/CE que establece un marco para la no discriminación en función del origen racial o étnico, y 200/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹⁸ Resulta muy significativo que el acoso sexual y en función del sexo sea el primero que se conoce y el último que se regula, tanto en la Unión Europea como en España. El con-



Evidentemente, se trata de cuestiones que caben dentro de la definición de violencia que manejan los textos de Naciones Unidas y la Unión Europea, incluso buena parte de las normas de las Comunidades Autónomas.

Con ello, queremos poner de manifiesto la dispersión en la regulación de las situaciones de violencia, de los medios de erradicación y en los grados de protección de las víctimas.

Una protección integral debería haber partido de una definición integral de violencia, incluyendo cualquiera de sus manifestaciones en cualquiera de sus ámbitos.

En la medida que el planteamiento de la Directiva 2002/73/CE no coincide en cuanto a las medidas de tutela, por ejemplo, con el que ha adoptado la LOPIVIGE, podríamos encontrarnos con que, en los próximos meses, diferentes situaciones de violencia hacia a las mujeres recibieran diferente tratamiento por parte de nuestro ordenamiento.

3.3. Discriminación por el diseño

Este es un término que está incorporando nuestro ordenamiento a la luz de las discriminaciones en función de la discapacidad¹⁹, y viene a suponer un paso importante en la manera de contemplar las situaciones de discriminación.

La identificación por el resultado y la irrelevancia de la intencionalidad a la hora de detectar y acometer las situaciones de discriminación son cuestiones que ya están consolidadas a través de la Jurisprudencia constitucional española y del TJUE. Además, las definiciones actuales de discriminación, tanto directa, como indirecta, vienen a responder a estos planteamientos, en la medida en que lo verdaderamente determinante para entender que estamos ante una situación de discriminación es la «situación» frente a la que queremos reaccionar, tanto si viene de una decisión deliberada y directa, como si se produce por prácticas o criterios formalmente neutros, pero con un impacto discriminatorio²⁰.

cepto y las medidas contra el mismo se han consolidado, precisamente a raíz de las situaciones de acoso hacia las mujeres, pero se han recogido en textos no vinculantes u obligatorios, con posterioridad, las normas exportan dichos conceptos y mecanismos a las discriminaciones en función de otros factores y, finalmente, y en este momento nos encontramos, se incorporan en la normativa sobre no discriminación por razón de sexo.

¹⁹ La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad (LIONDAOU), viene a recoger este planteamiento. Básicamente en el artículo 2.d).

²⁰ Sobre estas cuestiones, la STC 253/2004 BOE de 21 de enero de 2005.



Pues bien, la «discriminación por el diseño» vendría a poner el énfasis en la necesidad de revisar, no ya el diseño de los entornos físicos o el acceso a los medios de comunicación o a las nuevas tecnologías, sino el propio ordenamiento jurídico, que puede partir de un modelo que actualmente esté generando situaciones de discriminación.

A lo largo del contenido de la LOPIVIGE se reconoce que uno de los objetivos de la norma consiste en adaptar ciertos puntos del ordenamiento a las especiales dificultades o a la especial situación de debilidad o de discriminación en que se encuentran las mujeres víctimas de violencia de género. Volveremos sobre ello en los epígrafes que siguen, pero avanzamos que la cuestión resulta especialmente clara respecto del modelo del Sistema español de Seguridad Social, cuyo diseño viene a producir efectos perversos cuando estamos ante situaciones de violencia de género, entre otras.

3.4. Discriminación múltiple

Otra de las cuestiones que se encuentra implícita en el redactado de la LOPIVIGE, es que se acerca, en determinados momentos a lo que, de acuerdo con la Estrategia Marco para la Igualdad de Oportunidades de la Unión Europea, se denomina «discriminación múltiple»²¹.

Como matización general, la discriminación múltiple no sería una forma nueva discriminar, sino de contemplar la discriminación, de detectar las situaciones de exclusión, o minusvaloración, en que se encuentran ciertos grupos o sujetos, como son, en este caso, las mujeres. Y es que ya no se puede hablar de discriminaciones en función del sexo, la edad, el origen raza o la discapacidad, entre otros, sino que es necesario cruzar las variables, como consecuencia (o exigencia) del desarrollo del principio de no discriminación a la luz del principio de igualdad real.

De esta manera, habrá que cruzar, sexo y edad, sexo y discapacidad, sexo, edad y discapacidad, por ejemplo. Adoptando esta perspectiva, podremos contemplar la realidad «en tres dimensiones» y apreciar mejor las situaciones de discriminación frente a las que pretendemos actuar.

Entre las referencias de la LOPIVIGE que ilustran este planteamiento, se encuentran las alusiones a las mujeres con discapacidad, por ejemplo, que aparecen en el artículo 18.2 (asesoramiento y orientación especializada) y 27 (en la determinación de las posibles perceptoras de las ayudas económicas).

²¹ Término que se introduce en el Quinto Programa de acción comunitaria para la igualdad de oportunidades (2001-2005). Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres. DO L 17 de 19 de enero de 2001.



Evidentemente, se trata de conocer mejor las situaciones de discriminación sobre las que se pretende actuar, evaluar mejor las necesidades, conocer mejor los factores que llevan a la situación de discriminación y diseñar mejor las actuaciones para afrontarlas, rentabilizando mejor los recursos económicos y de otra índole de los que podamos disponer.

Este planteamiento encierra una llamada a la multidisciplinariedad y a la necesidad de diálogo entre el ámbito académico-científico y el administrativo-legislativo. Los políticos y los juristas, normalmente, no cuentan con la formación ni con la información adecuadas para poder realizar esa evaluación previa de las situaciones.

No es casualidad que en los últimos años se incida muy especialmente desde los distintos programas de la Unión Europea, en la necesidad de incentivar la investigación en estas materias para poder utilizar los resultados de la misma en el diagnóstico, diseño y evaluación de las políticas contra la discriminación.

3.5. Transversalidad y empoderamiento

Transversalidad y empoderamiento son las dos grandes líneas de actuación que apunta la citada Estrategia Marco de la Unión Europea para actuar contra las diversas formas de discriminación en función del género, incluida la violencia sobre las mujeres.

Transversalidad supone que todas actuaciones de los poderes públicos, en sus diversos ámbitos competenciales, hagan suyo el objetivo de eliminar las discriminaciones y prevenir discriminaciones futuras.

De esta manera, aunque existen programas específicos y normas específicas, todas las normas y todas las actuaciones deberían empaparse de la perspectiva de género y someterse a una evaluación acerca de su efectividad ²².

La LOPIVIGE acude a este planteamiento desde la definición de sus principios rectores en el artículo 2. Los llamamientos a la necesidad coordinación institucional en todos los ámbitos constituyen una manifestación de la incorporación de la transversalidad. El planteamiento multidisciplinar en la prevención y tratamiento de las situaciones de violencia de género, también.

No obstante, queremos llamar la atención sobre las dificultades de aplicación real de este principio de transversalidad que parten, sin ir más lejos, de las diferentes definiciones de violencia sobre las que pretenden actuar el

²² Planteamiento que también está presente en la LIONDAU, para las discriminaciones de las personas con discapacidad.

Estado y las Comunidades Autónomas y que constituye, sin duda, uno de los principales escollos a la hora de consensuar términos, medidas y recursos comunes sobre la materia.

Una manifestación especialmente interesante de las dificultades de incorporación de una perspectiva transversal en materia de no discriminación en función del género es, precisamente, la «naturaleza de la presente ley» que se define en la Disp. Final tercera. Se trata de una norma que, en parte es orgánica y en parte no. Y es que, en la medida en que el principio de no discriminación deje de recibir atención en normas exclusivas para ir incorporándose a los distintos planos de la actividad normativa, resultará cada vez más difícil delimitar de forma nítida, el contenido de leyes orgánicas y ordinarias sobre no discriminación.

También constituye un exponente claro sobre este punto, la Disp. Final segunda, que viene a recordar que la norma se dicta en virtud de las competencias exclusivas del Estado previstas en el artículo 149 de la Constitución, incluyendo el punto 1, donde se dice que será competencia exclusiva

«la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales».

Si son competencia del Estado las Condiciones básicas para garantizar la igualdad real, pero todas las Administraciones deben actuar contra la discriminación, no resulta demasiado arriesgado reiterar lo que hemos tenido oportunidad de señalar a la luz de las normas sobre igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad²³, en el sentido de que previsiblemente, asistamos a importantes replanteamientos en la determinación del contenido del principio de no discriminación que pasarán, necesariamente, por una graduación del mismo, incluyendo las acciones positivas, que se desdoblarán, al menos, en dos niveles, uno básico y competencia exclusiva del Estado y otro no básico, en el que actuarán las Comunidades Autónomas, y respecto de las cuestiones sociolaborales, también los convenios colectivos.

En cualquier caso, en la actualidad el panorama normativo desde esta perspectiva ofrece pinceladas tan peculiares como la que contiene el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Castilla León, que se atribuye como competencia exclusiva de esta Comunidad la garantía de la no discriminación entre hombres y mujeres.

²³ Igualdad y no discriminación en el ámbito laboral de las personas con discapacidad. En *Los derechos sociolaborales de las personas con discapacidad*. VALDÉS DAL-RE. Coord. Fundación ONCE, Madrid, 2005.



Pero las implicaciones de la incorporación de la transversalidad apuntan también a la necesidad de evaluar cuantas medidas se adopten por los poderes públicos.

Y respecto de esta cuestión, no puede dejar de mencionarse la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno²⁴. En virtud de esta Ley, todas las leyes y todas las normas reglamentarias, que se aprueben en España, deben ir precedidas de una evaluación de su impacto desagregado en función del género.

Evidentemente, se trata de un avance extraordinario en la incorporación de los puntos más actuales sobre el principio de no discriminación. Ahora bien, su cumplimiento parece que no está siendo el deseable.

Sin duda, son las dificultades de especialización las que hacen que no existan indicios de que esta ley se esté llevando a cabo. La evolución desde la perspectiva de género de la LPGE o de la propia LOPIVIGE llevarían a conclusiones verdaderamente interesantes.

La segunda línea de actuación, junto con la transversalidad, decíamos que era el empoderamiento.

Este término viene a llamar la atención sobre la necesidad de facilitar la presencia de los colectivos que tradicionalmente vienen siendo discriminados, en los ámbitos de toma de decisiones, de elaboración de propuestas, con el fin de hacerse ver y valorar.

En la exposición de motivos así como en los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación del texto de la LOPIVIGE, se destacan en diversas ocasiones las aportaciones que vienen realizando diferentes asociaciones y organizaciones no gubernamentales especializadas en violencia sobre las mujeres.

3.6. Accesibilidad universal

También de la mano de las discriminaciones en función de la discapacidad, se está consolidando una nueva forma de contemplar la lucha contra la discriminación.

Se trataría de lograr de accesibilidad universal entendida ésta como la posibilidad de disfrute de los derechos básicos de las personas²⁵. Se acercan así los conceptos de accesibilidad universal y protección integral.

De este modo, la discriminación vendría determinada por constituir una exclusión y dificultad especial a la hora de acceder a estos derechos. Situa-

²⁴ BOE de 14 de octubre de 2003.

²⁵ Al respecto, la LIONDAU.

ción que podrá producirse a través de lo que se denomina una discriminación directa (abierta u oculta), indirecta, acoso y violencia o múltiple.

Pues bien, en el planteamiento de la LOPIVIGE esta implícita esta cuestión, lo que puede apreciarse sin dificultad en sus artículos 2 (principios rectores), 17 (garantía de los derechos de las víctimas) y 18 (derecho a la asistencia social integral).

Evidentemente, el objetivo de accesibilidad universal forzará a que se vayan despegando del ámbito estrictamente laboral cuantos planteamientos se han ido sumando al contenido del principio de no discriminación.

Ilustra este proceso el que en la Unión Europea hasta la fecha todas las normas existentes sobre no discriminación entre hombres y mujeres se circunscriban al ámbito laboral, pero está terminando su tramitación una nueva Directiva que constituirá un paso histórico, al tratar sobre «la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el acceso a bienes y servicios y en el suministro de bienes y servicios»²⁶.

Buena parte de los objetivos que declara la LOPIVIGE podrían adscribirse a esta nueva perspectiva, incluso los de carácter laboral.

3.7. Mecanismos de tutela

Sin ánimo de agotar las numerosas cuestiones que podrían apuntarse acerca de la LOPIVIGE a la luz del principio de no discriminación, cabe todavía recordar alguna de especial importancia, cual es la aplicación o no de la denominada «modificación de la carga de la prueba» en los procedimientos en que se trate de determinar la existencia de discriminación por razón de sexo.

Este mecanismo se recogió en el art. 96 de la LPL adelantándose a la inmediata aprobación de la Directiva 97/80/ CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

La LOPIVIGE no especifica nada al respecto, pero el entorno normativo sobre las situaciones de discriminación, incluido el acoso obliga a entender que será aplicable este mecanismo de tutela en casos de violencia de género. Nos permiten afirmar esto, entre otras, las siguientes cuestiones:

- La LOPIVIGE define la violencia de género como una forma de discriminación, con lo que cabría entender que resultarán aplicables a estas situaciones todos los mecanismos de tutela que puedan haberse ido consolidando para afrontar la discriminación.

²⁶ Propuesta de Directiva del Consejo, de 5 de noviembre d 2003. COM (2003) 657 final.



- La LIONDAU y la Ley 62/2003, que transpone la Directiva del año 2000 sobre no discriminación en el empleo, incluye expresamente este mecanismo para los casos de discriminación en función de la discapacidad, abarcando los procedimientos en el orden civil y contencioso-administrativo.
- El Proyecto de Directiva sobre igualdad entre hombres y mujeres fuera del ámbito laboral, también incluye la modificación de la carga de la prueba entre las medidas que deberán incorporar los ordenamientos nacionales.

4. RASGOS GENERALES DE LA ESTRUCTURA DE LA LOPIVIGE

Como ya se ha tenido ocasión de apuntar al comienzo, esta norma no trata de incidir únicamente en la tipificación y sanción de las situaciones de violencia sobre las mujeres, sino que pretende contemplar diversos aspectos de la vida en los que pueden articularse medidas para prevenir dichas situaciones y para paliar los efectos de las mismas. Todo ello desde una óptica multidisciplinar que pasa, necesariamente, por el ordenamiento sociolaboral.

De esta manera, la norma contempla diversas medidas que se insertan en el ámbito de aplicación de dicho ordenamiento y que permiten identificar dentro del amplio abanico de cuestiones que abarca, un conjunto de medidas estrictamente sociolaborales.

Se recuerda, no obstante, que la norma no ha querido entrar en la regulación de las situaciones de violencia en el ámbito laboral o en relación con el trabajo, a pesar de que en octubre del presente año 2005 concluye el plazo para transponer la Directiva 2002/73/CE DEL Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo²⁷, en la que se tipifican como nuevas formas de discriminación el acoso sexual y el acoso en relación con el sexo de las personas.

Podemos decir, sin riesgo de equivocación, que el ordenamiento español presenta como una de sus constantes en las últimas décadas, un carácter reticente a la plena adecuación de sus previsiones a las que diseñan las normas de la Unión Europea en materia de igualdad de trato y no discriminación. Así, se incumplen los plazos de transposición, se transponen ciertas

²⁷ DOCE L 269, de 5 de octubre de 2002.

Directivas de forma incompleta, o se mantienen incongruencias al establecer regulaciones diferentes para supuestos similares de discriminación²⁸.

Pues bien, a grandes rasgos, la LOPIVIGE, viene presentar la siguiente estructura:

Un Título Preliminar, en el que se define el objeto de la Ley y sus principios rectores.

El Título I, sobre medidas de sensibilización, prevención y detección, que anuncia un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género y señala como campos de actuación estos tres:

- Educación.
- Publicidad y Medios de Comunicación.
- Sanidad.

El Título II está dedicado a los «Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género» y se desdobra en:

- Capítulo I, «Derecho a la Información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita».
- Capítulo II, «Derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social».
- Capítulo III, «Derechos de las funcionarias públicas».
- Capítulo IV, «Derechos económicos».

El Título III, sobre «Tutela Institucional, en el que se apunta la regulación de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la mujer, del Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer, de las unidades especializadas en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los protocolos de colaboración de las Administraciones Públicas sobre esta materia.

El Título IV, sobre «Tutela Penal».

El Título V, sobre «Tutela Judicial», con

- Capítulo I «los Juzgados de Violencia contra la Mujer»,
- Capítulo II «Normas procesales civiles»,
- Capítulo III «Normas procesales penales»,
- Capítulo IV, «Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas»,
- Capítulo V, «Del fiscal contra la violencia sobre la mujer».

²⁸ Constituyen claros ejemplos de ello, la redacción del artículo 28 del ET sobre no discriminación retributiva en función del género, el artículo 26 de la LPRL sobre la situación de suspensión de la relación laboral por Riesgo durante el embarazo, la no regulación de un permiso de paternidad en caso de nacimiento de hijos, o la peculiar regulación sobre la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que se produjo en diciembre de 2003, con una falta de coherencia y rigor impropios de la especial atención y cuidado que merecen este tipo de materias.



Además, la Ley contiene veinte Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones transitorias, una Disposición Derogatoria y siete Disposiciones Finales. Se añade un Anexo sobre los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Así, pues, el contenido sociolaboral se concentra, básicamente en el Capítulo II del Título II y en las Disposiciones Adicionales Séptima y Octava, que vienen a concretar a través de las oportunas modificaciones normativas, lo previsto en el citado Capítulo. Pero también se encuentran referencias de índole sociolaboral en el Título Preliminar, en los Capítulos I, III y IV del Título II; en la Disposición Adicional Primera y en la decimosexta; y también, de forma indirecta, en la Disposición Adicional undécima, decimotercera, decimocuarta, Final segunda, tercera, cuarta y séptima.

En los epígrafes que siguen se van sistematizar los contenidos con el fin de ofrecer un panorama completo de la norma y facilitar con ello tanto su comprensión como su valoración.

5. CONTENIDO SOCIOLABORAL DE LA LOPIVIGE

Como orientación general, esta norma viene a apuntar dos líneas de actuación relacionadas con los derechos sociolaborales.

La primera está dirigida a facilitar el acceso a una actividad profesional a las víctimas de violencia. Con ello se pretende hacer posible el acceso a unos recursos económicos propios y, por tanto, a una autonomía personal en los diversos ámbitos de la vida, así como aprovechar el papel «socializador» del desempeño de dicha actividad, en la medida que viene a facilitar las relaciones con otras personas, la adquisición de cierta cualificación y, en última instancia, mejorar la autoestima de las víctimas en el marco de un proceso de normalización de su entorno de vida.

En segundo lugar, las medidas sociolaborales que se perfilan en esta norma vienen a responder al objetivo de facilitar la continuidad de la actividad profesional de las trabajadoras víctimas de violencia así como paliar los efectos que en el desarrollo de la misma pudieran ocasionarse por dicha circunstancia. Las diversas medidas que se apuntan en este sentido atienden a las repercusiones que pueden causar en la prestación de servicios las alteraciones en la salud física o psicológica ocasionadas por la situación de violencia, así como la adaptación de ciertas condiciones de trabajo como medidas para garantizar la seguridad de las víctimas o para facilitar el acceso de éstas a los servicios de apoyo, asesoramiento, incluso, la tramitación de denuncias o de procedimientos de separación, divorcio, entre otras gestiones relacionadas con las situaciones de violencia.

A estas dos grandes orientaciones se ha de añadir el conjunto de medidas que vienen a establecer ciertas prestaciones de la Seguridad Social o ayudas económicas de otra naturaleza, con el fin de facilitar un nivel míni-

mo de ingresos en la unidad familiar de las víctimas en función de su situación económica de necesidad.

5.1. Fomento de empleo para las víctimas de violencia de género

Una de las principales cuestiones que apunta la LOPIVIGE en relación con el ámbito sociolaboral, es que la posibilidad de acceso al desempeño de una actividad profesional constituye un importante cauce de normalización de la vida de las víctimas de violencia de género, así como una de las vías más directas para contar con una autonomía económica.

En coherencia con ello, la norma contempla diversas medidas que apuntan hacia el objetivo de facilitar el acceso a una actividad profesional, si bien, buena parte de las cuestiones se remiten a posteriores desarrollos normativos que al día de hoy no se han realizado.

5.1.1. *Asistencia social integral*

La primera referencia a las cuestiones de índole laboral que puede encontrarse en el texto de la LOPIVIGE, aparece en el artículo 19.2. g) en el Título II sobre «Derechos de las mujeres víctimas de violencia», Capítulo I «Derecho a la información, Asistencia Social integral y a la asistencia jurídica gratuita».

El artículo 19 está dedicado al «Derecho a la asistencia social integral» y, por tanto, atañe a una de las materias sobre las que todas las Comunidades Autónomas asumieron competencias desde las redacciones iniciales de sus Estatutos de Autonomía. Se trata de la «Asistencia Social», cuya frontera respecto de la Seguridad Social constituyó un interesantísimo punto de aportación doctrinal por nuestro Tribunal Constitucional en diversas ocasiones y vuelve a cobrar protagonismo ahora a la luz de las últimas tendencias interpretativas acerca de las connotaciones y el alcance del principio de no discriminación.

Pues bien, esta primera referencia a cuestiones laborales aparece dentro del artículo dedicado a la Asistencia Social Integral y, por tanto, en el contexto de una materia que es competencia de las Comunidades Autónomas que, precisamente, no son competentes en materia de «Legislación laboral» en virtud de lo previsto en el artículo 149.1.7.^a de la Constitución. Se trata, tal y como especifica el citado artículo 19 de la LPIVG, de un ámbito de actuación propio de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, en el que ya vienen trabajando desde hace tiempo.

Concretamente, el artículo 19.1 de la citada norma viene a señalar que la asistencia de dichas Administraciones Públicas habrá de responder a los

principios de «atención permanente, actuación urgente, especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional», para indicar en su apartado 2 g) que dicha atención multidisciplinar implicará especialmente:... «Apoyo a la formación e inserción profesional».

5.1.2. *Adaptación del compromiso de actividad*

Entre las obligaciones de los demandantes de empleo, el artículo 231 LGSS contempla y define el «compromiso de actividad» que han de suscribir aquéllos para poder recibir los servicios y prestaciones que componen en la actualidad la protección por desempleo en España.

La Disposición adicional octava de la LOPIVIGE viene a introducir un párrafo en el que permite que el Servicio de Empleo competente en cada caso, pueda modular o suavizar el contenido de dicho compromiso cuando la demandante de empleo es una mujer víctima de violencia de género.

Puede apreciarse, con facilidad, el margen de discrecionalidad que la norma deja en manos de los servicios de empleo y que, previsiblemente, deberá ser objeto de especificación en próximas previsiones normativas sobre esta materia, sobre todo, si se recuerdan los efectos que puede acarrear el incumplimiento de las exigencias del citado compromiso.

Dice la Disposición octava LOPIVIGE en su punto cuatro que la nueva redacción del apartado 2 del art. 231 LGSS es la siguiente:

«A los efectos previstos en este título, se entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo.

Para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito».

5.1.3. *Coordinación de los servicios públicos de empleo*

La tercera cuestión que podemos apuntar respecto de las medidas que apunta la LOPIVIGE en relación con el acceso al empleo, se recoge en la Disposición adicional decimosexta., que viene a señalar que

«En desarrollo de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, se tendrá en cuenta la necesaria coordinación de los Servicios Públicos de Empleo, para



facilitar el acceso al mercado de trabajo de las víctimas de violencia de género cuando, debido al ejercicio del derecho de movilidad geográfica, se vean obligadas a trasladar su domicilio y el mismo implique cambio de Comunidad Autónoma».

Puede apuntarse al respecto que la previsión resulta insuficiente, ya que deja fuera de la declaración de intenciones los casos en los que el cambio de domicilio se deba a razones de seguridad, pero la víctima no desempeñe actividad profesional en el momento del cambio de Comunidad Autónoma y, por tanto, no quepa hablar del «ejercicio del derecho de movilidad geográfica» al que se refiere, como se verá, el artículo 21 de la norma en el marco de los derechos laborales.. Estas situaciones se podrían producir en los casos en los que las víctimas no desempeñan actividad profesional con anterioridad a su acreditación como víctimas de violencia de género, o a aquellos en los que la relación laboral se extingue a consecuencia de la situación de violencia y es seguida o acompañada del cambio de domicilio y de Comunidad Autónoma.

Queremos decir que esta llamada a la necesidad de coordinación de los Servicios Públicos de Empleo debería haber optado por una redacción más generosa y más acorde, dicho sea de paso, con esa declarada voluntad de prestar una atención integral frente a las situaciones de violencia de género.

5.1.4. *El programa específico de empleo*

Una de las grandes cuestiones que se anuncian en la LOPIVIGE en materia sociolaboral, es, precisamente, un Plan específico de empleo para las mujeres víctimas de violencia de género. Es el artículo 22 el que anuncia:

«En el marco del Plan de Empleo del Reino de España, se incluirá un programa de acción específico para las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo.

Este programa incluirá medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia».

Este anuncio no se ha visto ciertamente realizado, si bien, hay que recordar que el Plan de Empleo para el año 2005, contenido en la Ley 2/2004 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005 se incluyen algunas previsiones para incentivar la contratación de las víctimas de violencia de género.

No obstante, hay que subrayar que se trata de reproducir prácticamente de forma literal lo que ya se estableciera en el Plan de Empleo para el año



2004 contenido en la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social ²⁹.

Pues bien, el Programa de Fomento del Empleo para el año 2005 se encuentra recogido en la Disposición adicional cuadragésima séptima de la citada LPGE 2005 y en él, aunque sin incorporar novedades relevantes (a pesar de que la LOPIVIGE se iba a aprobar al día siguiente), se establecen las siguientes medidas para incentivar la contratación de víctimas de violencia de género.

Los empresarios (entendidos en sentido amplio) que contraten personas que tengan acreditada por la Administración competente su condición de víctima de violencia de género por parte de algún miembro de la unidad familiar de convivencia, podrán aplicar una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del 65%, durante un máximo de veinticuatro meses. Así lo establecen los puntos 1.5 y 6 del Plan de empleo para 2005.

A grandes rasgos, cabe destacar que la medida se dirige a cualquier tipo de empresario, de acuerdo con los apartados 1.1, 1.2, 1.3 y 1.4 de la misma disposición; que el contrato puede ser indefinido, fijo discontinuo o temporal ³⁰; que el contrato puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial, siendo ésta la única novedad que incorpora esta medida respecto de la ya existente en el Plan de empleo del año 2004; y que el plazo para poder acogerse a la misma es de veinticuatro meses desde la fecha de celebración del primer contrato. Es decir, que el momento en que comienza a vigencia del primer contrato celebrado al amparo de esta medida abre el período de cómputo de los veinticuatro meses que, según señala la misma norma se computará de forma que *«cuando un mismo trabajador celebre distintos contratos de trabajo, ya sea con un mismo empleador o con otro distinto, con o sin solución de continuidad, se aplicará igualmente el máximo de veinticuatro meses desde la fecha inicial del primer contrato»*.

Resulta verdaderamente llamativa la referencia a las «personas que tengan acreditada por la Administración competente la condición de víctimas de violencia de género» así como a «los trabajadores» y no a las mujeres o a las trabajadoras que son las únicas sobre las que pretende proyectarse la LOPIVIGE.

Igualmente, llama la atención la referencia a «la situación de violencia de género por parte de algún miembro de la unidad familiar de conviven-

²⁹ El Plan de Empleo para el año 2004 se reguló en el Capítulo IV del Título II de la citada Ley.

³⁰ La posibilidad de aplicar la bonificación cuando el contrato es temporal está igualmente prevista para las contrataciones con trabajadores que integran los grupos en riesgo de exclusión social.

cia». Esta afirmación, que estaba ya en el Plan de empleo del año 2004 viene resultar algo confusa, en la medida en que parece circunscribir la posibilidad de acogerse a estas bonificaciones en caso de que la violencia se ejerza por algún miembro de la unidad familiar de convivencia y no por los agresores a los que se refiere la LOPIVIGE y que no siempre van a coincidir con estas características³¹.

Se aprecia aquí un llamativo desajuste entre el contenido del Plan de empleo de 2005 y la LOPIVIGE, en la medida en que, de acuerdo con lo dispuesto en ésta última norma las víctimas de la «violencia de género» a las que se dirige el ordenamiento español son las mujeres.

No obstante, y dado que estas previsiones ya estaban vigentes con anterioridad a la citada Ley Orgánica 1/2004, ¿cabe entender que en esta materia las medidas de fomento de la contratación no se dirigen únicamente a las mujeres que son víctimas de violencia en los casos y con las limitaciones que define esta norma, sino cualquier persona?

A nuestro juicio, la cuestión merece ser atendida con detenimiento en la medida que mantiene una significativa falta de coherencia respecto de uno de los temas claves para el tema que estamos analizando, ya que viene poner de manifiesto las diferentes lecturas sobre qué debe entenderse por «violencia de género» que se contrastaron durante la tramitación de la LOPIVIGE³². La aprobación en el plazo de 24 horas³³, de dos normas de la envergadura de las que ahora se contrastan y que encierran este tipo de divergencia en conceptos como éste, constituyen, sin duda, un exponente más de la necesidad de acometer una revisión rigurosa y coherente del ordenamiento español sobre esta materia.

Volviendo al detalle de lo previsto en este punto 1.6 de la Disposición adicional cuadragésima Séptima de la LPGE, respecto del Plan de Empleo, también merece ser destacado que el porcentaje que se aplica en la deducción no es el más alto de cuantos contiene el Plan de empleo. Así, para las contrataciones de mujeres en los veinticuatro meses siguientes al parto, la bonificación es del 100, aunque aplicable a los doce meses siguientes a la fecha de inicio del contrato.

Finalmente, hemos de concluir que el plazo de aplicación de la bonificación podría haberse establecido de forma flexible, permitiendo que los

³¹ Para FERNÁNDEZ LÓPEZ, la lectura que cabe hacer es que estas medidas se dirige no sólo a la contratación de las víctimas, sino a los miembros de la unidad familiar de convivencia en la que alguno de ellos cuenta con la correspondiente acreditación como víctima de violencia de género. *Op. cit.*, pág. 81.

³² Al respecto, lo ya apuntado al comienzo del estudio, en relación con el ámbito de aplicación de la norma.

³³ Recuérdese que la LPGE es de 27 de diciembre y la LOPIVIGE es de 28 de diciembre de 2004.



períodos de inactividad interrumpieran el cómputo de esos veinticuatro meses y éstos pudieran identificarse, por ejemplo, con meses de duración del o de los contratos posibles. Sobre todo si se tiene en cuenta que las víctimas de violencia que acceden a contrataciones de corta duración y que están afectadas de una mayor inestabilidad en la prestación de servicios, va a ser las que menos puedan beneficiarse de esta medida, tal y como está definida en la actualidad.

Además de lo previsto en la LPGE, el anuncio del Plan específico para fomentar el empleo de las mujeres víctimas de violencia de género vuelve a hacerse público en el acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, recogido en la Orden del Ministerio de la Presidencia 525/2005³⁴. Entre las numerosas medidas que se anuncian «para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres», se encuentra un conjunto de ellas dirigido específicamente a la «lucha contra la violencia de género». Son las que integran el apartado 8, cuyo punto 3 señala que «*Se aprueba la puesta en marcha de un plan específico para la inserción laboral de las mujeres víctimas de violencia de género, previa concertación con las Comunidades Autónomas*».

A pesar del anuncio, y a diferencia de otros sí han sido objeto de desarrollo inmediato³⁵, la aprobación del citado Plan específico todavía no ha visto la luz, si bien, tal y como la propia norma apunta, son numerosas las actuaciones que desde los ámbitos locales y autonómicos se vienen desarrollando en los últimos años.

5.1.5. ***Bonificaciones empresariales para la sustitución de las trabajadoras víctimas de violencia***

A estas medidas cabe añadir todavía otra que, si bien, no se dirige de forma expresa a incentivar la contratación de las víctimas de violencia de género, guarda estrecha relación con ello, ya que pretende atenuar los costes económicos que habrían de soportar las empresas en caso de sustitución de las trabajadoras a consecuencia de la situación de violencia.

Señala el artículo 21.3 LOPIVIGE:

«Las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuo-

³⁴ BOE de 8 de marzo.

³⁵ Como es el caso de la creación de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, regulada por el Real Decreto 237/2005, de 4 de marzo. BOE del mismo 8 de marzo.

tas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo».

Así, y tomando una fórmula que se ha ido afianzando en nuestro ordenamiento en los últimos años, la norma viene a aproximarse al establecimiento del «coste cero» al eximir a los empresarios del 100% de la cotización por contingencias comunes respecto de los contratos de interinidad que celebren para sustituir a las trabajadoras víctimas de violencia, aunque con menos intensidad que para otros supuestos ya existentes.

Y es que, en la actualidad, cuentan con mayores incentivos económicos los contratos de interinidad que se celebren para sustituir a quienes se encuentren de permiso de maternidad, adopción o acogimiento y riesgo durante el embarazo, que los que se celebren para sustituir a las trabajadoras víctimas de violencia.

Decimos esto porque, como se acaba de apuntar, para los contratos de sustitución de las trabajadoras víctimas de violencia, se aplica la exención del 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes, mientras que para los demás supuestos mencionados la exención abarca la totalidad de las contingencias por las que habría de cotizar la empresa, incluyendo, por tanto, las cuotas por riesgos profesionales y las de recaudación conjunta. Todo ello como resultado de una sucesión de reformas que han ido ampliando la medida hasta su regulación actual y que pasan, fundamentalmente por lo previsto en su día por el RDL 11/1998 de 4 de septiembre, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre («de conciliación»), RD 1251/2001, y la Ley 12/2001, de 9 de julio.

Es destacable, respecto de los incentivos a la contratación para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género, que la medida se refiere a los casos de contratación directa mediante contratos de interinidad, excluyendo, obviamente la posibilidad de reclutamiento de personal a través de una ETT; que no especifica expresamente el perfil de la persona que se contrata (a diferencia del resto de los supuestos en los que se contemplan estos incentivos en nuestro ordenamiento, para los que sí se apunta que harán de ser personas desempleadas o desempleadas que les reste cierto período de percepción de la prestación); y que no se dirige únicamente a los casos de sustitución por suspensión de la relación laboral, sino también a aquellos otros en que la trabajadora abandona su puesto de trabajo haciendo uso de la movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo, situaciones éstas en las que no siempre será necesario llegar a una nueva contratación, sino que podrán cubrirse las necesidades mediante permutas de trabajadores.

En fin, constituye una peculiaridad más de la LOPIVIGE que sean mayores los incentivos a las empresas para que sustituyan a las mujeres víctimas de violencia de género que para contratar a las propias víctimas.

5.2. Condiciones de trabajo derivadas de la situación de violencia de género

Entre los principios rectores de la LOPIVIGE, el artículo 2.f) incluye el de «*Garantizar derechos en el ámbito laboral y funcional que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género*».

Para dar contenido a este principio rector, el capítulo II del Título II está dedicado a los «Derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social» y el Capítulo III del mismo Título a los «Derechos de las funcionarias públicas».

Continuando con el objeto del presente estudio, nos circunscribimos al contenido del capítulo II, recordando que los derechos que contiene se dirigen a las trabajadoras víctimas de violencia de género que acrediten tal condición mediante la correspondiente orden de protección o excepcionalmente, informe del Ministerio Fiscal ³⁶.

Dice el artículo 21.1.

«La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con derecho a la reserva de su puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo».

El 21.4:

«Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad».

Pues bien, con el fin de sistematizar el abanico de cuestiones que apunta el artículo 21 de la LOPIVIGE y que concreta la Disposición adicional séptima de la misma norma, podemos centrarnos en los siguientes aspectos.

5.2.1. Adaptación del tiempo de trabajo

Una de las cuestiones sobre las que incide la reforma de la LOPIVIGE es la modulación del tiempo de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género.

³⁶ Sobre estas cuestiones, DE LA PUEBLA PINILLA, *op. cit.*, págs. 96 y ss.

Y ello, tal y como especifica la Disp. Ad. Séptima uno, se traduce en que la trabajadora que sea víctima de violencia de género, tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas reordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. Señala a continuación que estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas establecidas en el mismo artículo del ET para la reducción de jornada por cuestiones familiares. Todas estas previsiones se incorporan al nuestro ordenamiento introduciendo un nuevo apartado 7 en el artículo 37 ET.

Reducción de la jornada

La reducción de jornada es, por tanto, la primera posibilidad que se prevé para los casos en que las trabajadoras víctimas de violencia deban ajustar su tiempo de trabajo a las necesidades de protección o de acceso a la asistencia social integral.

No se contempla una proporción máxima o mínima en la determinación de la reducción, pero sí dice la norma que será «con reducción proporcional del salario», a lo que se añade que las prestaciones económicas que se regulan para las situaciones de violencia de género no contemplan esta situación en la que se produce o se puede producir una disminución de los ingresos ante situaciones en las que, previsiblemente, aumentas los gastos, o en las que las trabajadoras asumen de forma unilateral ciertas responsabilidades familiares.

Contrasta esta falta de atención económica con lo que la propia LOPIVIGE establece ante las situaciones de suspensión o extinción debidas a las mismas razones, y para las que sí se fija una protección económica mediante la consideración de situaciones legales de desempleo.

Tampoco señala nada la norma respecto de la duración de la situación de reducción, con lo que cabe entender que puede prolongarse de forma indefinida, siempre que concurren los presupuestos que la justifican, es decir, que se trata de una medida necesaria para hacer efectiva la protección o la asistencia social integral de la víctima.

La propia norma llama la atención sobre el importante papel que está llamada a jugar la negociación colectiva en la especificación del ejercicio



de este derecho, a lo que se puede añadir que también podría establecer algunas mejoras económicas para que esta reducción en la retribución en una situación de necesidad como la puede derivarse de la violencia de género no resulte especialmente grave.

La resolución de las discrepancias que pudieran surgir en la determinación de este derecho se resolverán de acuerdo con las reglas propias de las que se susciten en materia de reducciones de jornada por razones familiares. Así, resultará de aplicación a estas materias, el art. 138 bis LPL incorporado por la Ley 39/1999 de conciliación de la vida laboral y familiar.

Adaptación del horario

Además de la posibilidad de reducir la jornada habitual, la norma apunta otras posibles medidas de adaptación del tiempo de trabajo a la situación en que se encuentran las trabajadoras víctimas de violencia de género.

Se trata de la «adaptación del horario» o la aplicación del «horario flexible», además de otras que pudieran aplicarse en la empresa.

Caben, por tanto dentro de esta medida, los cambios de horario, el paso de jornadas partidas a continuadas o viceversa, la posibilidad de acogerse a un horario flexible, o a un horario «variable», deliberadamente asistemático, con el fin de garantizar la seguridad de la víctima.

Como sucede con la reducción de la jornada, resultará determinante para garantizar la efectividad del ejercicio de estos derechos, el papel que quieran jugar los convenios colectivos, ya que la determinación por acuerdo individual de la trabajadora con la empresa o la opción de ésta, en última instancia, constituyen un ámbito extraordinariamente complejo³⁷ que suele llevar a que sea el juez quien deba resolver las discrepancias.

En cualquier caso, ni la reducción de jornada, ni las adaptaciones del horario, ni otras medidas como podría ser la prioridad en elección del período de vacaciones, constituyen una novedad en nuestro ordenamiento ya que los convenios colectivos han ido incorporando estas medidas, si bien de forma lenta (y, hay que decirlo, en ocasiones algo torpe) respecto de la conciliación de la vida laboral y familiar³⁸.

En cuanto a la resolución de las discrepancias que pudieran surgir en la determinación de estos derechos, resulta, igualmente aplicable el art. 138. bis LPL.

³⁷ Extensamente, sobre el mismo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., *op. cit.*, págs. 45 y ss.

³⁸ Entre los estudios que ponen de manifiesto esta cuestión, AA.VV. *Guía de criterios y cláusulas para la negociación colectiva en materia de conciliación de la vida familiar y laboral*. Dirección General de la Mujer. Consejería de Trabajo. Comunidad de Madrid. 2004.

Justificación de las ausencias derivadas de la situación de violencia

Además de lo que se apunta en el nuevo apartado 3 del art. 37 ET en relación con las adaptaciones del tiempo de trabajo, hay que señalar también que la Disp. Ad. Séptima viene a modificar igualmente el art. 52 d) ET relativo a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, cuando se producen faltas de asistencia al trabajo. Este apartado ya fue objeto de reforma a través de la Ley 39/1999 de conciliación de la vida laboral y familiar, para excluir de las faltas que pueden justificar la decisión empresarial de terminar con la relación laboral aquellas que guarden relación con la maternidad (embarazo, parto o lactancia), y el riesgo durante el embarazo.

En esta ocasión, se incorporan al listado de ausencias que no podrán tenerse en consideración para acudir a una extinción del contrato por causas objetivas, *«las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o los servicios de salud, según proceda»*.

Sobre esta nueva previsión, se deben apuntar, al menos, un par de aspectos.

El primero, que no se mencionan las ausencias derivadas de la situación de violencia, pero que guarden relación con la seguridad de la víctima o el derecho de ésta a recibir la asistencia social integral que tantas veces anuncia la LOPIVIGE. Resulta más que chocante que, de acuerdo con la literalidad de la LOPIVIGE, la garantía de seguridad y el acceso a la asistencia social integral sirvan de justificación, nada menos, que para una reducción de jornada, de una adaptación de los tiempos de trabajo, de un cambio de centro o de puesto de trabajo, de una suspensión o de una extinción, y no justifiquen una ausencia al trabajo.

A nuestro juicio deberían haberse mencionado expresamente en la nueva redacción del art. 52. d) todas las ausencias motivadas por la situación de violencia, incluidas las que se deben a la realización de gestiones relacionadas con los trámites administrativos o judiciales, entre otras.

La segunda cuestión es que estas ausencias se entienden justificadas únicamente a efectos de aplicación del art. 52 ET. Es decir, a la hora de justificar o no un despido por causas objetivas.

A nuestro juicio, debería haberse incorporado, con carácter genérico, el derecho de las trabajadoras a ausentarse del trabajo por el tiempo necesario y por razones derivadas de su condición de víctimas de violencia de género, con todas las implicaciones que ello pueda tener en los diferentes estatutos jurídicos de la relación laboral. Quizá la ubicación más adecuada para estas previsiones hubiera sido el artículo 37 ET. En cambio, nada dice la LOPIVIGE en este sentido, limitando los efectos de su regulación, a las ausencias no computables en materia de despido por causas objetivas, y mencionando únicamente las ausencias que ya se han apuntado.



Entendemos que una revisión de nuestro ordenamiento sociolaboral desde la perspectiva que pretende adoptar la LOPIVIGE, debería haber incorporado entre los permisos retribuidos las ausencias motivadas por la condición de violencia de género, por el tiempo indispensable y con los requisitos del previo aviso y la justificación adaptados, evidentemente, a las peculiaridades de las circunstancias que pueden encerrar las situaciones de violencia. No parece demasiado descabellado si se recuerdan los quince días de permiso retribuido por matrimonio que contempla el ET y que ya se están cuestionando como posiblemente discriminatorios en función del estado civil, o los innumerables convenios colectivos que amplían el listado de permisos retribuidos por motivos festivos o que amplían la duración de los ya previstos en la norma estatal.

5.2.2. *Traslados y desplazamientos*

Como se ha apuntado, el artículo 21.1 anuncia también el derecho de las trabajadoras víctimas de violencia a la movilidad geográfica y al cambio de centro de trabajo.

El punto dos de la Disp. Ad. Séptima incorpora un nuevo apartado 3 bis) en el artículo 40 ET, en virtud del cual, la trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo.

Es destacable que se trata de un cambio «necesario» en tanto que la trabajadora «se ve obligada» a abandonar su puesto, sin que la norma establezca un derecho automático al cambio de puesto, sino la preferencia a ocupar aquellos que queden vacantes. De esta forma, previsiblemente, en caso de que no exista posibilidad de ocupar un nuevo puesto vacante, y dado que la trabajadora tiene que abandonar el que venía desempeñando, se produciría la suspensión de la relación laboral en los términos que comentamos a continuación.

Añade el nuevo artículo 40.3. bis) que la empresa estará obligada a comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momento o las que pudieran producirse en el futuro.

Con ello, se deja más clara todavía la separación entre el momento y la «decisión» de abandonar el puesto de trabajo y el momento y la «decisión» de acceder a otro.

Nada especifica la norma sobre la obligatoriedad de las trabajadoras de acceder a las posibles vacantes o los criterios que podrán utilizar para una incorporación a los nuevos puestos de trabajo.

Se abre un amplio margen de incertidumbre respecto del derecho y la obligación de las trabajadoras a la hora de «decidir», porque se ven obligadas a ello, entre acceder a un nuevo puesto, suspender su relación laboral y extinguir la misma.

Lo único que deja claro la LOPIVIGE es que las trabajadoras víctimas de violencia «se ven obligadas a abandonar supuesto de trabajo» a consecuencia de la situación de violencia, pero deja importantes interrogantes a la hora de regular el ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de ello.

Por ejemplo, ¿se podría optar directamente por la suspensión de la relación laboral y renunciar a ocupar las posibles vacantes en l empresa?, ¿puede accederse a la situación de suspensión de forma provisional en tanto se produzcan vacantes?, ¿cómo, quién y con qué efectos se habrá de determinar que la incorporación de la trabajadora a un nuevo puesto garantiza su seguridad? Evidentemente nos adentramos en un terreno en el que los órganos judiciales cobran protagonismo y para el que el contenido mismo de la orden de protección puede resultar determinante.

Respecto de la duración del traslado o el cambio de centro de trabajo, hay que señalar que se contemplan de forma provisional, en un principio, con una duración inicial de seis meses, con derecho a la reserva del puesto de trabajo. Una vez transcurrido este período, será la trabajadora quien tenga derecho de opción entre retornar a su puesto de trabajo o continuar en el nuevo. En este segundo caso, desaparecerá la obligación empresarial de reserva del puesto inicial.

Nada dice la LOPIVIGE acerca de la intervención del juez en la determinación de posibles prórrogas de la situación del cambio de centro de trabajo o de localidad, a diferencia de lo que contempla en cuanto a la suspensión del contrato de trabajo. Y ello resulta sorprendente si se tienen en cuenta que, tanto una medida como otra responden a la misma finalidad: garantizar la protección de a víctima.

5.2.3. *Suspensión de la relación laboral*

El artículo 21.1 anunciaba el derecho de los trabajadores víctimas de violencia de género a suspender su relación laboral, así como la consideración de este período como situación legal de desempleo. Sobre este segundo aspecto volveremos más adelante.

Dos son los preceptos del Estatuto de los trabajadores que se han reformado por la Disp. Ad. Séptima para dar cabida a esta nueva situación.

Así, el artículo 45.1 incorpora un nuevo apartado n), y añade entre las causas de suspensión la siguiente:



«Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género».

Se trata, por tanto, de una decisión a la que la trabajadora se ve obligada y que hay que entender que tendrá cabida una vez agotadas las posibles medidas de adaptación de las condiciones de trabajo.

Esta suspensión tiene la consideración de situación legal de desempleo acompañada de ciertas reglas de favor en el cómputo de los períodos de carencia para acceder a las prestaciones de desempleo.

Evidentemente, caben otras posibles suspensiones de la relación laboral derivadas directamente de la situación de violencia, como sería el caso de una Incapacidad Temporal.

Pero decíamos que son dos los preceptos del Estatuto de los Trabajadores que incorporan esta nueva posibilidad de suspensión.

El segundo es el artículo 48.6), cuya creación está prevista en la Disp. Ad. Séptima LOPIVIGE, que se viene comentando.

Este nuevo apartado viene a especificar:

«En el supuesto previsto en la letra n) del apartado 1 del artículo 45, el período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses».

Por tanto, es la trabajadora quien tiene la iniciativa de «optar» por la suspensión, con una duración máxima de seis meses, pero las posibles prórrogas habrán de contar con la actuación de órganos judiciales competentes en la materia³⁹.

Recordamos la diferencia en el planteamiento que realiza la LOPIVIGE respecto de las situaciones de cambio de centro de trabajo o de localidad debidas a la misma razón que la suspensión, pero para las que nada se dice acerca de la intervención del juez a la hora de determinar su duración como medida de protección.

5.2.4. *Extinción de la relación laboral*

El contenido de la LOPIVIGE en relación con la extinción de la relación laboral de las trabajadoras víctimas de violencia de género, se desdo-

³⁹ En detalle, sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., *op. cit.*, págs. 38 y ss.

bla en dos planos. Por una parte, se trata de suavizar los efectos de la extinción por decisión de la trabajadora, pero que se ve obligada a ello, a consecuencia de la situación de violencia; por otro, se fijan algunos criterios de especial protección en casos de despidos relacionados con la situación de violencia de género.

Posibilidad de extinción por parte de la trabajadora víctima de violencia de género

El apartado cinco de la Disp. Ad. Séptima incorpora un nuevo apartado m) en el artículo 49.1 ET, con lo que el listado de supuestos de extinción de la relación laboral cuenta ahora con uno más:

«Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar *definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género*».

Se trata, como se desprende de la propia redacción, de la «necesidad» de poner fin a la relación laboral y no de otorgar el derecho de decisión a la trabajadora, como parecía apuntar el artículo 21.1 LOPIVIGE.

Se entiende que esta «decisión» a la que la trabajadora «se ve obligada» se podrá adoptar una vez agotadas todas las posibilidades de adaptación de sus condiciones de trabajo y de suspensión de la relación laboral, o a pesar de la utilización de aquellas, en caso de que existan razones de seguridad o necesidad de protección. Podría entenderse que estamos ante un nuevo supuesto de «causas objetivas» más que ante un derecho de la trabajadora, con un planteamiento que podría llevarse también a la situación de suspensión, para la cual también exige la LOPIVIGE que la trabajadora «se vea obligada» a suspender su contrato de trabajo.

Se entiende, además, que el empresario deberá haber cumplido con sus obligaciones para facilitar dichas adaptaciones y que no estamos ante un supuesto de «despido indirecto» o de acoso en los términos que en se define en las normas de la Unión Europea, básicamente en la Directiva 2002/73/CE.

Como se verá más adelante, este supuesto de extinción, a partir de la entrada en vigor de la LOPIVIGE, tiene la consideración de situación legal de desempleo.

Ahora bien, podría resultar que la extinción de la relación laboral no se debiera a razones de seguridad, sino al estado de salud de la víctima, en cuyo caso nos encontraríamos ante una incapacidad permanente. Se echa de menos en la LOPIVIGE alguna especificación sobre estas posibles situaciones.

Protección frente al despido

La serie de medidas previstas en la LOPIVIGE en relación con los derechos laborales de las mujeres víctimas de violencia de género, se completa con la consideración como despido nulo el de «*las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley*».

Se trata de una medida que no se encuentra anunciada en el artículo 21 de la norma, pero que viene a responder a una visión de las situaciones de violencia de género como manifestación de la discriminación de las mujeres y, por tanto, merecedora del mismo grado de protección y de tutela que el resto de las manifestaciones de discriminación frente a las que reacciona nuestro ordenamiento.

Como hemos apuntado en apartado 2 del estudio, nuestro ordenamiento no ofrece actualmente un panorama ordenado y coherente de definiciones, y medidas de lucha contra la discriminación, apreciándose importantes desajustes entre el contenido de normas recientes que van a incidir en las mismas materias.

No obstante, esta consideración como nulo del despido relacionado con el ejercicio de los derechos relativos a la adecuación de la relación laboral a las situaciones de violencia sí puede verse como un exponente de la necesidad de trasladar a esta nueva faceta de las situaciones de discriminación los mecanismos de tutela que ya existen para otras manifestaciones.

Es destacable que la LOPIVIGE haya incorporado este nuevo tipo de despido nulo en el artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores, junto con otras situaciones que se corresponden con aspectos relacionados con la maternidad y la atención de los hijos y personas dependientes, que vienen a resultar cuestiones que afectan mayoritariamente a las mujeres y en las que se vienen produciendo numerosas situaciones de discriminación. Así, este precepto señala que será nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, el de quienes hacen uso de los permisos del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores relativos a cuidado y atención de hijos y personas dependientes, o el de quienes hacen uso de la excedencia para atención de hijos y personas dependientes⁴⁰.

Puede apuntarse también que, para responder de forma más contundente a la voluntad que declara la norma de facilitar una protección integral a las víctimas de violencia de género, este precepto debería haber sido más gene-

⁴⁰ Es el apartado siete de la Disposición adicional séptima de la LOPIVIGE el que incorpora esta reforma.

roso y calificar como nulo el despido de quienes hacen o pretenden hacer uso de los derechos que se deriven de su condición de víctimas de violencia de género, sin cerrar el listado de los mismo y sin dejar fuera de esta previsión a los que pudieran establecerse a través de la negociación colectiva o mediante acuerdo con la empresa.

No obstante, a nuestro juicio, cualquier despido o decisión empresarial que atente contra los derechos de las víctimas de violencia de género (enumerados o no en el artículo 55.5.b) ET), será nulo por resultar contrario al principio de no discriminación tal y como debe ser entendido en la actualidad y serían aplicables, además, en el procedimiento para su calificación, los mecanismos de tutela como la modificación de la carga de la prueba, en los términos previstos en el artículo 96 LPL y las Directivas 97/80/CE y 2002/73/CE, citadas al comienzo.

5.3. Protección Social de las víctimas de violencia de género

Junto con las medidas que se han atendido en los epígrafes anteriores y que tienen que ver con el acceso al empleo o con la modulación de las condiciones de trabajo ante situaciones de violencia que pudieran afectar a las trabajadoras, la LOPIVIGE viene a introducir también importantes modificaciones en la normativa de Seguridad Social con el fin de facilitar el acceso a ciertas prestaciones económicas a dichas trabajadoras y de excluir de su percepción a los agresores.

A ello hay que añadir las ya aludidas bonificaciones en las cotizaciones empresariales como medida de fomento del empleo de las mujeres víctimas de violencia o con el fin de abaratar el coste de la contratación para sustituir a las víctimas de violencia de género en caso de que lleguen a la suspensión de la relación laboral. Sobre estas cuestiones, lo ya apuntado en el epígrafe relativo a acceso al empleo.

5.3.1. *Los derechos de las trabajadoras víctimas de violencia en el sistema de Seguridad Social*

Cómputo del período de suspensión a efectos de cotización

Entre las medidas que prevé la LOPIVIGE para amoldar la prestación de servicios a las especialidades que requiere una situación de violencia de género, se encuentra la posibilidad de suspensión de la relación laboral con derecho a la reserva del puesto de trabajo. Ya hemos apuntado cómo ha incidido esta norma en la nueva redacción del artículo 48.6 ET a este respecto.



Pues bien, el artículo 21.2 LOPIVIGE concluye señalando que «el tiempo de suspensión se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo». Esta previsión se concreta posteriormente en la Disposición adicional octava que, entre otras cuestiones, viene a introducir a través de su apartado Uno, la oportuna modificación en el apartado 5 del artículo 124 de la Ley General de Seguridad Social, que queda redactado en estos términos:

«El período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.6 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo».

Se trata de una medida que viene a abrir la posibilidad de acceso a la mayor parte de las prestaciones contributivas del Sistema de Seguridad Social, aunque no a todas y no en todos los casos.

Merece la pena destacar ahora algunos rasgos de estas previsiones que obligan a entender que la protección que se pretende garantizar es amplia, pero no «integral».

En primer lugar porque se trata únicamente del supuesto de suspensión del artículo 48.6 ET en los términos previstos a partir de la LOPIVIGE. Con ello, y aunque la decisión inicial está atribuida a la trabajadora, las posibles prórrogas han de contar con la supervisión del Juez y, además podrá alcanzar una duración total (incluidas las prórrogas) de 18 meses⁴¹.

Como ha puesto de manifiesto FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.⁴², hay que matizar que esta regla de cómputo a efectos de cotización no resultaría aplicable a otros supuestos de suspensión derivadas de la situación de violencia (y añadimos, que con consecuencias más dramáticas), como podrían ser las situaciones de Incapacidad Temporal, o permanente, a consecuencia de las lesiones que pudiera haber sufrido la víctima.

Pero, además, las prestaciones para las que se contempla este período como tiempo de cotización efectiva no son todas las que abarca el Régimen General, quedando fuera de esta medida las situaciones de Incapacidad Temporal y de Riesgo durante el embarazo, lo que resulta ciertamente llamativo, a la luz de la reiterada voluntad de la norma de acercarse a una protección «integral» de las situaciones de violencia así como a la vista de la Jurisprudencia del TJUE en relación con los tratamientos excluyentes o de

⁴¹ Respecto de estas cuestiones, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., *op. cit.*, págs. 69 y 70.

⁴² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., *op. cit.*, pág. 70.

minusvaloración de las situaciones relacionadas directamente con la maternidad, que permite contemplar el planteamiento de la LOPIVIGE sobre esta materia como una medida contraria a las directrices contra la discriminación.

En relación con esta cuestión cabe recordar que la exclusión de las prestaciones por Incapacidad Temporal de aquéllas para las que se establece el cómputo como cotizados de ciertos períodos que merecen una especial consideración en el Sistema de Seguridad Social, es algo que ya se viene produciendo con anterioridad, como ya sucediera respecto de los períodos de excedencia por cuidado de hijos.

Por último, hay que destacar que la falta de precisión o de voluntad a la hora de determinar el alcance de lo previsto en el punto Uno de la Disposición adicional octava de la LOPIVIGE respecto del cómputo de la suspensión del artículo 48.6 ET a efectos de cotización, no termina aquí, sino que resta todavía puntualizar que la norma no ha introducido reforma alguna en el artículo 125 de la LGSS respecto de la consideración de esta situación como asimilada al alta, manteniendo un importante margen de incertidumbre a la hora de determinar el acceso efectivo a las prestaciones⁴³.

Debe recordarse que no es ésta la primera ocasión en que el legislador español acude a un planteamiento confuso respecto de ciertos períodos a efectos de cómputo de cotización, ligados a la consideración de la situación de asimilación al alta y a las correspondientes situaciones legales protegidas, como la de desempleo. Un buen exponente de ello está constituido por la regulación del período de excedencia por cuidado de hijos en sus sucesivas reformas hasta la redacción actual⁴⁴. Por cierto que también respecto de estos períodos se excluyen las situaciones de Incapacidad temporal y Riesgo durante el embarazo de aquéllas para las que se consideran cotizados.

Situación legal de desempleo en caso de suspensión y extinción de la relación laboral

Entre las principales cuestiones que prevé la LOPIVIGE en materia sociolaboral, se encuentra la consideración de la suspensión y de la extinción de la relación laboral por parte de la trabajadora víctima de violencia de género, como situaciones legales de desempleo.

⁴³ A juicio de FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., cabe una interpretación en sentido favorable a la consideración de asimilación al alta, *op. cit.*, pág. 71.

⁴⁴ Así lo apuntamos en «La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995». En *Relaciones Laborales*, núm. 20, octubre de 1995, págs.10 y ss.

El artículo 21.1 de la norma viene a señalar que «En los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social, la suspensión y la extinción del contrato de trabajo previstas en el apartado anterior darán lugar a situación legal de desempleo...». Ya se ha comentado que este mismo punto viene a determinar, a continuación que el período de suspensión se considerará, a su vez, como cotizado en los términos y para las contingencias que hemos apuntado.

Este precepto se completa con lo que señala la Disposición adicional octava, cuyo punto dos especifica que se incorporan a los apartados 1.1.e) y 1.2 del artículo 208 LGSS dos nuevas situaciones legales de desempleo que se corresponden con la suspensión y la extinción del contrato por parte de las mujeres víctimas de violencia de género, en los términos que ya se han apuntado en los apartados anteriores y que se recogen en los nuevos 45.1.n) y 9.1.m) del Estatuto de los Trabajadores.

Recuérdese que las víctimas de violencia de género podrán acceder a las prestaciones del nivel contributivo así como a las del nivel asistencial, siempre que reúnan los requisitos exigidos para ello.

Por otra parte, el período de suspensión computa como período cotizado a efectos, entre otras prestaciones, de desempleo, como ya se ha tenido ocasión de comentar, con lo que podría suceder que en el momento de suspensión no se reúna el período de carencia necesario para acceder a las prestaciones, pero en una suspensión posterior o en el momento de la extinción, sí. Además, el segundo párrafo de la Disposición adicional octava en su apartado tres recuerda que los períodos de suspensión de acuerdo con el nuevo artículo 45.1.n) del Estatuto de los Trabajadores computarán como cotizados a estos efectos.

Finalmente, la Disposición adicional octava contiene otra regla de cómputo respecto de los períodos de carencia para causar derecho a las prestaciones por desempleo. Se trata de lo previsto en su apartado tres y viene a modificar el artículo 210.2 LGSS. En virtud de este nuevo precepto, los períodos de ocupación cotizada que se hayan tenido en cuenta para acceder a las prestaciones por desempleo derivadas de la suspensión del contrato de las víctimas de violencia de género, volverán a computar para el acceso a futuras prestaciones por desempleo. Es decir, dichos períodos de cotización previa no se «consumen» por el acceso a las prestaciones durante el período de suspensión derivada de violencia de género, sino que continuarán formando parte de los períodos de cotización que las trabajadoras podrán, en su caso, acreditar para acceder a futuras prestaciones.

No se establece regla semejante para los casos en que las trabajadoras accedan a las prestaciones por desempleo en caso de extinción de su relación laboral.

No puede dejar de apuntarse que es posible que se produzca la suspensión sin derecho a la prestación, pero en suspensiones posteriores sí pudiera

accederse a la misma. O que la suspensión se prolongue por razones de protección por decisión del juez competente hasta dieciocho meses, pudiendo terminar antes la duración de la prestación. En cambio, si lo que se producen son suspensiones intermitentes, quizá la trabajadora sí tenga derecho a las prestaciones durante todas ellas, como resultado de la aplicación de las reglas que se acaban de señalar.

Por último, resulta, cuando menos, chocante, que la suspensión o la extinción sí pueda constituir situación legal de desempleo, pero la reducción de jornada no. Ello deja en una situación económica especialmente difícil a las trabajadoras víctimas que no interrumpen por completo su actividad, dado que la reducción de la jornada será «con reducción proporcional del salario» a no ser que por convenio colectivo o por acuerdo con el empresario se mejore esta previsión.

Otros derechos

Como mero apunte, es necesario recordar que las mujeres víctimas de violencia de género, además de lo previsto específicamente para ellas en la LOPIVIGE, tienen la posibilidad de acceder a otras prestaciones en los mismos términos que el resto de los ciudadanos, como sería el caso de las prestaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo, desempleo, incapacidad temporal o permanente, muerte y supervivencia, entre otras. Igualmente podrían acceder a las pensiones no contributivas si reúnen los requisitos de edad, discapacidad y carencia de rentas que se exigen para su percepción. En este caso estaríamos refiriéndonos a colectivos de mujeres víctimas de violencia que reúnen además otros rasgos que las sitúan en posición de especial debilidad y que hacen que pierdan efectividad todas las medidas que se dirigen a invitarlas a realizar una actividad profesional y acceder, con ello a una fuente de ingresos autónoma.

Habría sido deseable una mayor atención a estas cuestiones en la LOPIVIGE.

Ahora bien, cabe todavía alguna matización respecto de lo previsto en la LOPIVIGE, ya que no puede sino ponerse de manifiesto que, en ocasiones, la consideración de la suspensión de la relación laboral como situación legal de desempleo puede suponer problemas a la hora de determinar la situación de necesidad y, con ello, la prestación correspondiente, en los casos en que se suspenda la relación laboral, pero existan a su vez lesiones físicas o psíquicas que podrían llevar a la consideración de que estamos ante una Incapacidad temporal. Si a ello añadimos que puede haber una situación de violencia de género, en los términos que la define la LOPIVIGE, pero ligada a la propia actividad profesional, cuando existen relaciones personales ente trabajadores, por ejemplo, la cosa se complica todavía más, ya que en-



tonces resultaría de aplicación la Directiva 2002/ 73/CE, cuyo plazo de transposición concluye el día 5 de octubre, y que establece un marco regulador que no coincide con el que ha dibujado la LOPIVIGE:

Finalmente, cabe destacar que, si bien, la LOPIVIGE no ha querido abarcar la violencia en el ámbito laboral, las prestaciones de la Seguridad Social que se contemplan para las víctimas de violencia de género sí responden a un modelo muy profesionalizado, centrándose en el reconocimiento de nuevas situaciones legales de desempleo y dejando fuera del Sistema el acceso a las rentas de ingresos mínimos.

5.3.2. *Pérdida de derechos de los agresores, «reconciliación» y revisión del sistema de Seguridad Social desde la perspectiva de género*

Además de las cuestiones que se acaban de comentar en relación con las medidas para proteger a las mujeres víctimas de violencia a través del acceso a ciertas prestaciones del Sistema de Seguridad Social, cabe todavía destacar alguna otra cuestión de verdadero interés en el presente epígrafe.

Es sabido que el modelo español de Seguridad Social se gestó y se diseñó alrededor de las situaciones de necesidad de los trabajadores por cuenta ajena y de sus «familias» para ir ampliándose progresivamente a otros colectivos a través de técnicas como la incorporación de Regímenes Especiales. Así, la unidad familiar se constituye en un referente de primer orden en la determinación de las situaciones de necesidad y en la identificación de los posibles beneficiarios de las prestaciones.

También es ya un lugar común que los intensos y rápidos cambios en las composiciones de las unidades de convivencia o en los modelos de «familia» están suponiendo un factor de cambio en nuestro ordenamiento jurídico y, de forma especial, repercutirán en lo que podríamos denominar de forma deliberadamente genérica «protección social». Sobre estas cuestiones resulta especialmente ilustrativo el contenido de los convenios colectivos y su evolución en los últimos cinco años⁴⁵.

Pues bien, en la medida en que las situaciones de violencia como las que regula la LOPIVIGE vienen a trastocar el modelo mismo de convivencia sobre el que se diseñó el Sistema español de Seguridad Social, resulta necesario revisarlo de forma rigurosa y coherente, primero, para dar protección adecuada a las que hoy consideramos como nuevas situaciones de ne-

⁴⁵ Al respecto, ya hemos tenido oportunidad de reflexionar en el capítulo correspondiente a «mejoras y beneficios sociales» dentro de la parte relativa conciliación de la vida laboral y familiar en. *Análisis de la Negociación colectiva. Una visión cualitativa*. AA.VV. ESCUDERO RODRÍGUEZ. (Coord). Ed Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

cesidad, pero, también, para establecer medidas con el fin de evitar que la aplicación tal cual del actual modelo de nuestra acción protectora en las unidades familiares donde se producen situaciones de violencia de género, lleven a «efectos perversos» o no deseados dejando en situación de desprotección a las víctimas o facilitando el acceso de los agresores a ciertas prestaciones derivadas del papel que presuntamente deberían haber desempeñado en su unidad familiar (como parejas, como padres, como trabajadores) o del trabajo realizado por las mujeres víctimas de su violencia.

Por ello, y como una mera aproximación a lo que, a nuestro juicio, debería consistir en una verdadera revisión del modelo español de Seguridad Social desde la perspectiva de género, la LOPIVIGE incorpora en su Disposición adicional primera una serie de previsiones para evitar algunos de los citados «efectos perversos».

Dado el carácter técnico y la multitud de matices que maneja este precepto, renunciamos ahora a un análisis exhaustivo del mismo, y optamos, eso sí, por su transcripción,

«Pensiones y ayudas.

- 1. Quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del Sistema Público de Pensiones causada por la víctima, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos.*
- 2. A quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión de orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del Sistema Público de Pensiones, salvo que, en su caso, hubiera mediado reconciliación entre aquellos.*
- 3. No tendrá la consideración de beneficiario, a título de víctima indirecta, de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, quien fuera condenado por delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la ofendida fuera su cónyuge o excónyuge o persona con la que estuviera o hubiera estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia».*

Como mera impresión, se puede apuntar que sorprende que en el tercer párrafo se omita la posibilidad de reconciliación para abrir el derecho al acceso a las prestaciones previstas en la Ley 35/1995. No obstante, si se atiende



con algo más de detalle a la naturaleza de las prestaciones y las situaciones que pretenden paliar contempladas en los dos primeros párrafos y las que se refieren en el tercero, cabe encontrar significativos matices de diferenciación.

A nuestro juicio, y a pesar de esta diferencia de matiz introducida en el párrafo tercero, previsiones como éstas resultan ciertamente generosas hacia los agresores que, no olvidemos, han sido condenados por sentencia firme por un delito de lesiones. ¿Cuál es el concepto técnico-jurídico de «reconciliación»? ¿Se le puede atribuir en una norma como ésta efectos semejantes como para hacer desaparecer las consecuencias del delito cometido?

El tema lleva necesariamente a cuestionar si puede una decisión privada como esa (reconciliarse) abrir el acceso a una prestación del sistema de Seguridad Social que se cerró, bien como «sanción» por la comisión del delito de violencia, bien como consecuencia de la ruptura de la unidad familiar, de convivencia o de afectividad sobre la que se diseñó y para la que se diseñó la citada prestación.

El concepto de «reconciliación» existe en el ordenamiento civil español referido a las situaciones en que se ha abierto un procedimiento de separación o en las que tras haberse acordado la separación, o haberse dictado la sentencia oportuna, las partes reanudan su relación matrimonial y de convivencia, (notificándolo al Juez, en caso de que se trata de separación judicial) y dejando sin efecto el acuerdo de separación en el que se habrían determinado los derechos y obligaciones de cada uno de los cónyuges⁴⁶.

En cualquier caso, caben dos lecturas de las previsiones de la LOPIVIGE a este respecto. De acuerdo con la primera podría entenderse que no parece que pueda traerse a este ámbito el concepto de «reconciliación» que se está apuntando ahora, en la medida en que en la mayoría de los casos de violencia de género no se ha producido la separación o iniciado el procedimiento para ello. Ahora bien, una segunda lectura llevaría a entender que los dos primeros párrafos de la Disposición adicional primera de la LOPIVIGE quedan referidos únicamente a los supuestos en los que efectivamente quepa hablar de «reconciliación» una vez iniciado el procedimiento de separación o una vez resuelto. Esto último implicaría que la posibilidad de que el agresor condenado mediante sentencia firme por homicidio o delito de lesiones recuperara el derecho a la pensión de viudedad causada por su pareja se reduciría enormemente, pues la mayoría de las situaciones de

⁴⁶ Es el artículo 84 Cc. El que señala: «La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.

Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique».

violencia y de posterior «reconciliación» no responderían a los requisitos legales para ello ⁴⁷.

La cuestión no es baladí, en tanto que, frecuentemente, las situaciones de violencia no se denuncian, si se denuncian, se retira la denuncia, si no se retira la denuncia no se comparece en el juicio, e, incluso, tras haberse dictado sentencia, no es infrecuente que las víctimas acudan a los Juzgados para pedir su no ejecución.

Desgraciadamente, el miedo a represalias por parte del agresor, y la dependencia económica respecto de éste, parece que están pesando como factores determinantes de este tipo de reacciones, fundamentalmente entre los colectivos más vulnerables de mujeres.

Igualmente, deberíamos plantearnos hasta qué punto cuestiones como ésta (relativas a derechos económicos de las víctimas o de sus agresores) pueden constituir sesgos importantes a la hora de reaccionar frente a las situaciones de violencia, así como a la hora de manifestar o de «acceder» a esa «reconciliación».

Entre las abundantes noticias que sobre la violencia de género vienen apareciendo en los medios de comunicación, alguna resulta ciertamente útil para apuntalar estas interrogantes. Sirva de ejemplo ésta:

«Mil ochocientos condenados por los tribunales se encuentran en situación de búsqueda y captura en los cuatro juzgados de Madrid encargados de que se cumplan las sentencias con penas menores de cinco años... El Juez ...señala que en la mayoría de los casos el motivo por el que están en búsqueda y captura está relacionado con la violencia doméstica. El perfil se repite: han sido condenados a penas de entre uno y dos años de cárcel por haber agredido a sus mujeres y se han ocultado de la justicia a la hora de cumplir sus penas... apunta que en el tema de la violencia de género se están produciendo casos muy llamativos. «Muchas víctimas de estos delitos procedentes de estos países acuden al juzgado cogidas del brazo de su marido y agresor para pedir que no ejecutemos la sentencia. Lo único que puedo decirles, añade el magistrado, es que la sentencia es firme y que la única opción que tienen es pedir el indulto al Gobierno, pero la sentencia hay que cumplirla.

(...)

...señala otro de los problemas con que se encuentran al ejecutar las sentencias de los 22 juzgados de los Penal que hay en Madrid, ...«Es habitual que el

⁴⁷ Es abundante la jurisprudencia española sobre la falta de efectos jurídicos de las «reconciliaciones de hecho» en relación con el acceso a ciertas prestaciones de la Seguridad Social, si bien, toda ella parte de situaciones previas de separación. Especialmente significativas al respecto, STS (social) de 23 de febrero de 2005 (rec. Unif. Doctrina núm. 6086/2003), STS de 2 de febrero de 2005 (rec. Unif. Doctrina núm. 761/2004), así como la STSJ Baleares (social) de 28 de febrero de 2005 (rec. núm. 666/2004), así como las que en ellas se refieren.



agresor sea el sostén económico de la familia y que esté en situación ilegal en España. Cuando son condenados, el fiscal suele pedir que se sustituya la pena por la expulsión de España. Entonces se devuelve al agresor a su país, olvidando que es quien mantiene a la agredida y sus hijos, que se quedan sin nada. Por eso muchas mujeres llegan exigiendo que no se condene a sus maridos: alegan que ellas son las agredidas y que tienen derecho a perdonarles. Ante la pregunta de los jueces de por qué les denunciaron la respuesta suele coincidir «yo no sabía las consecuencias que iba a tener»⁴⁸.

Evidentemente, este tipo de situaciones podrían encauzarse de forma más acorde con los principios que inspiran la LOPIVIGE con un buen funcionamiento de los servicios de orientación jurídica y asesoramiento a las víctimas que, probablemente, desconozcan la posibilidad de acceder a ciertas ayudas económicas o programas para facilitarles el acceso a una actividad profesional.

Pero no son éstos los únicos aspectos que cabe apuntar respecto de los efectos de las situaciones de violencia sobre el acceso a las prestaciones de Seguridad Social.

Y es que, si ya resulta llamativo que a pesar de la sentencia firme por la que se condena al agresor, pueda éste acceder a una pensión derivada de la actividad profesional de su víctima cuando «medie reconciliación», no puede sino subrayarse la necesidad de adaptación de nuestro ordenamiento ante ciertas situaciones en las que el cumplimiento de la sentencia condenatoria impide a la víctima el acceso a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social.

Ello se puede producir cuando el cumplimiento de la pena lleva a la imposibilidad de reunir ciertos requisitos para la configuración del hecho causante de las prestaciones como la de viudedad, a la que puede pretender acceder la víctima.

La cuestión ya fue objeto de pronunciamiento en la STSJ Madrid, de 31 de mayo de 2001⁴⁹, sobre un supuesto en el que el cumplimiento de la expulsión de España del agresor, imposibilitó el cumplimiento del requisito de situación de alta o asimilación al alta para que la viuda y los huérfanos pudieran acceder a las prestaciones de muerte y supervivencia.

⁴⁸ Extracto de la noticia publicada en *El País* de 23 de mayo de 2005 y difundida en la página del Observatorio de la Violencia del Lobby Europeo de Mujeres. <http://www.observatorioviolencia.org/informacion>.

⁴⁹ Sobre este supuesto y, en general la falta de adecuación del ordenamiento a las situaciones de violencia de género, LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Otra vez a vueltas con la violencia doméstica y la Seguridad Social». *Aequalitas*, núm. 8/2001. Págs. 11 y ss. Así como «Violencia doméstica y Seguridad Social». En *Aequalitas*, núm. 7/2001.

En última instancia, y volviendo a las previsiones de la Disposición adicional primera de la LOPIVIGE, cabe apreciar que resulta más generoso nuestro sistema de Seguridad Social con los citados agresores que con las mujeres mayores cuya trayectoria de vida se ha desarrollado al margen de la actividad profesional sobre la que se diseñó dicho Sistema y que da lugar a que, sin haber cometido delito alguno, entendamos actualmente que no tienen derecho a prestaciones similares a las de jubilación o viudedad, a pesar de haber cumplido escrupulosamente con el papel que (incluso desde el propio ordenamiento jurídico) se les vino asignando ⁵⁰.

En definitiva, en la medida en que las situaciones de violencia hacia las mujeres están mereciendo una mayor atención por parte de la opinión pública como manifestación de la situación de discriminación de aquéllas, pueden contribuir a poner en cuestión ciertos criterios sobre los que está diseñado el actual Sistema español de Seguridad Social, en relación con las situaciones que merecen protección y las prestaciones que se diseñan para su cobertura, «desde una perspectiva de género» ⁵¹. Es decir, impulsando un proceso que tímidamente se ha ido abriendo hasta la fecha pero que requiere una mayor atención y un mínimo de voluntad política. Las recientes SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, 49/2005, de 14 de marzo y 50/2005 de 14 de marzo constituyen un claro exponente de este proceso, en la medida en que llevan a cuestionar el «diseño» de los criterios de acceso de ciertas prestaciones contributivas como cauce para producir situaciones de discriminación indirecta en función del sexo (género).

5.3.3. *Derechos y ayudas económicos*

Además de lo ya apuntado, la LOPIVIGE contempla expresamente al margen de la Seguridad Social, otras ayudas económicas para las mujeres víctimas de violencia. En este caso no se circunscribe a las trabajadoras o a las funcionarias, sino que abarca a todas las mujeres que, siendo víctimas de violencia, reúnan ciertos requisitos de carencia de rentas.

Es destacable que la norma no ha querido regular dentro del Sistema de Seguridad Social unas prestaciones específicas de carácter no contributi-

⁵⁰ Entre las diversas fuentes estadísticas que reflejan esta situación, las recogidas en el *Boletín de Estadísticas Laborales*, mayo 2005. Y en el nivel de Comunidad Autónoma, a título de ejemplo, en estudio *La situación sociolaboral de la mujer en Extremadura*. Consejo Económico y Social de Extremadura, 2004.

⁵¹ Que se viene apuntando desde hace tiempo desde un sector de la doctrina. Al respecto, PÉREZ DEL RÍO, T.: «El principio de igualdad en la Seguridad Social: No discriminación por razón de sexo». *Revista de Trabajo*, núm. 71, de 1983.

vo, o incorporar a este colectivo de mujeres entre los que pueden acceder a las pensiones no contributivas ya existentes.

Es el artículo 27 de la norma el que regula estas prestaciones, sin dirigirse a las trabajadoras, sino a las mujeres víctimas de violencia de género.

Es importante recordar que para estas prestaciones, resulta aplicable la necesidad de acreditación de la condición de víctima mediante la orden de protección en los términos señalados en el artículo 23 de la norma, tal y como recuerda el artículo 27.3, en su último párrafo.

Pues bien, se trata de rentas mínimas, de subsistencia, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, que serán compatibles con las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la libertad sexual.

En la determinación del perfil de las perceptoras así como de su cuantía, entran en juego factores como la carencia de rentas, la edad, la discapacidad y las cargas familiares, dando cabida a uno de los aspectos de la Ley en que se manifiesta con mayor claridad la necesidad de contemplar las situaciones de violencia como discriminaciones múltiples.

Según el citado precepto de la LOPIVIGE, cuando las víctimas de violencia de género carecieran de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una ayuda de pago único, siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional.

Se trata, pues, de una renta mínima, de carácter asistencial, que pretende hacer frente a una situación de necesidad similar a la que define el Sistema de Seguridad Social para acceder a las prestaciones no contributivas y que podría haberse regulado, en definitiva, como una nueva modalidad de aquéllas, aunque con mayor participación de las Comunidades Autónomas en las tramitaciones de su solicitud y en la determinación de su concesión. (Art. 27.3 LOPIVIGE).

La norma señala que se trata de una ayuda económica «de pago único», a pesar de que en el Dictamen del CES se recomendó que se dejara a opción de la víctima la modalidad de percepción, bien a través de un único pago, bien en pagos mensuales ⁵².

Sorprende que no se hayan incorporado estas prestaciones como parte de las que integran la acción protectora del Sistema, dado que están financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

⁵² Así se indica en el Dictamen aprobado en sesión extraordinaria de 17 de junio de 2004.

Es destacable, por otra parte, la determinación de las posibles beneficiarias de estas nuevas ayudas, ya que se trata de mujeres que reúnen ciertas características o circunstancias que las sitúan en una posición de especial desprotección. No obstante, y en orden a apuntar posibles aspectos de mejora de este precepto, debería haberse hecho mención a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», por traer aquí un inciso propio del artículo 14 de la Constitución Española en que se prohíben las discriminaciones. Piénsese, por ejemplo que algunas circunstancias personales (no solo sociales) pueden colocar a la víctima de violencia de género en una posición de especial precariedad, si, por ejemplo, entra en un proceso depresivo que le impide o dificulta la participación en los programas de fomento del empleo o de cualificación para el empleo, lo que puede ir unido a la situación de carencia de rentas que define este artículo 27.

Respecto de la cuantía de la prestación, hay que apuntar que se trata de «el equivalente a seis meses de subsidio por desempleo. Cuando la víctima de la violencia ejercida contra la mujer tuviera reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, el importe sería equivalente a 12 meses de subsidio por desempleo».

En caso de que la víctima tenga responsabilidades, dice el apartado 4 del citado precepto que su importe podrá alcanzar un período equivalente a dieciocho meses de subsidio, o de 24 meses si la víctima o alguno de los miembros de su unidad familiar de convivencia cuenta con una minusvalía igual o superior al 33 por ciento «en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de la presente ley».

En este punto, la LOPIVIGE conecta con la LIONDAU en el sentido de incorporar la perspectiva de la situación de discapacidad en las diferentes actuaciones normativas se realicen en España. Es de destacar que este criterio todavía no se ha incorporado con carácter general a las restantes prestaciones que contempla nuestro Sistema de Seguridad Social.

Finalmente, se ha de llamar la atención sobre las imprecisiones de la LOPIVIGE acerca de la compatibilidad o no de estas ayudas estatales, pero de gestión autonómica con las prestaciones económicas que ya vienen regulando las diversas Comunidades Autónomas desde hace tiempo⁵³. Lo que se presenta como una cuestión de capital importancia, a la vista de que las ayudas de las Comunidades Autónomas se financian con cargo a sus presupuestos, y se han perfilado sobre parámetros diferentes en cuanto a los requisitos de acceso, cuantía y duración.

⁵³ A título de ejemplo, lo previsto en las citadas leyes contra la violencia de género en Cantabria (arts. 39 y 49), Navarra (art. 18 y ss.), Castilla-La Mancha (art. 17), Cantabria (arts. 23 y 24) y País Vasco (art. 58).



6. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Uno de los rasgos que caracterizan los nuevos planteamientos normativos acerca del principio de no discriminación en función del género consiste en el creciente protagonismo de la negociación colectiva como instrumento para eliminar situaciones de discriminación y evitar discriminaciones futuras.

No puede desconocerse que el contenido de nuestros convenios colectivos viene constituyendo un ámbito extraordinariamente interesante para el análisis de las diversas situaciones de discriminación en relación con el acceso al empleo y las condiciones de trabajo y protección social así como del diseño de fórmulas de acción positiva que, en numerosas ocasiones van por delante de las reformas legislativas nacionales.

Se podría decir que los convenios colectivos de 2005 constituyen un escaparate espléndido de tipologías discriminatorias y, al mismo tiempo, de medidas contra la discriminación. Eso sí, no todos los factores de discriminación tienen la misma presencia, ni en el primer aspecto, ni en el segundo. Las situaciones de discriminación en función del género (hacia las mujeres, fundamentalmente) son, sin lugar a dudas, las más frecuentes, a pesar de los cambios operados en las últimas décadas en la legislación nacional y los efectos que sobre la misma viene produciendo la evolución normativa en la Unión Europea.

En las últimas investigaciones acerca de la evolución de los contenidos de los convenios⁵⁴ se pone de manifiesto cómo han ido incorporándose contenidos nuevos respecto de las situaciones de discriminación hacia las mujeres, eso sí, de forma mucho más tímida de lo cabría esperar. Así está sucediendo con las cuestiones relativas a la protección de la salud en relación con el embarazo y la lactancia y, más recientemente, con las que tienen que ver con la conciliación de la vida familiar y profesional.

En la medida en que la violencia contra las mujeres se contempla hoy en sí misma como una nueva forma de manifestación de la discriminación, como una nueva «cuestión social», tal y como hemos apuntado al comienzo de este estudio, está recibiendo también respuesta normativa específica más o menos acertada y previsiblemente, irá conformando un nuevo tema a incorporar en las mesas de negociación de los convenios colectivos, ya que la perspectiva multidisciplinar o la contemplación poliédrica de la cuestión, hace que el acceso al empleo, la adaptación de las condiciones de trabajo o la protección social se constituyan en uno de los ámbitos de actuación más

⁵⁴ Entre otras, AA.VV. *La negociación colectiva en la Comunidad de Madrid, desde la perspectiva de género*. Madrid, 2005.

efectivos para paliar los efectos causados por las situaciones de violencia hacia las mujeres.

Como referencia de primer orden debe señalarse el Acuerdo Marco para la Negociación Colectiva 2005, que incorpora como novedad algunas pautas de acción respecto de estas cuestiones, si bien, reproduciendo las pautas que ya se han establecido en la propia LOPIVIGE.

Así, en su capítulo VI sobre igualdad de trato y oportunidades, el acuerdo dedica un apartado específico a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el que, tras enumerar los diversos aspectos en que los convenios colectivos deben incidir con el fin de erradicar las situaciones de discriminación, recuerda la reciente publicación de la LOPIVIGE y, especialmente las medidas apuntadas en su artículo 21:

«Por otra parte, se considera adecuado recordar en este Capítulo que el día 29 de diciembre de 2004 se publicó en el Boletín oficial del Estado la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género, cuyo ámbito abarca aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales, civiles, penales y judiciales en relación con la violencia de género.

Es preciso destacar que algunas de sus disposiciones tienen incidencia en las relaciones laborales. En concreto, el artículo 21 contiene el núcleo de las disposiciones laborales de la Ley que incluyen, entre otros, el derecho de las trabajadoras a la reordenación de su tiempo de trabajo a través de la adaptación del horario o de la aplicación del horario flexible, a la reducción de su jornada, con disminución proporcional del salario, a la movilidad geográfica, al cambio de puesto de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo. Estas disposiciones se concretan en los nuevos términos en los que se recogen diferentes artículos del Estatuto de los Trabajadores que han sido modificados por la Disposición Adicional Séptima de la citada Ley.

Serán titulares de los nuevos derechos las mujeres trabajadoras que en su vida privada padezcan situaciones de violencia, acreditada conforme a lo dispuesto en esta Ley, ejercida 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, aún sin convivencia.

Las Organizaciones Empresariales y Sindicales consideramos que la negociación colectiva es un cauce adecuado para facilitar el ejercicio efectivo de estos derechos».

Como se puede apreciar con claridad, no se trata de establecer compromisos al respecto, sino de dejar constancia del conocimiento de la existencia de la Ley y de afirmar de forma conjunta que la negociación colectiva constituye un cauce adecuado para hacer posible la efectividad de las medidas establecidas por aquella.



A nuestro juicio, y a la vista de la escasa y deficiente atención que nuestros convenios vienen prestando a las cuestiones relativas a las situaciones de discriminación que vienen padeciendo las mujeres en distintos aspectos de las relaciones de trabajo, este Acuerdo Marco debería haber incorporado alguna recomendación para que los convenios de los diferentes ámbitos asuman las medidas apuntadas en la ley y perfilen las fórmulas más efectivas para facilitar su ejercicio en los diferentes sectores.

Entre las cuestiones que podrían incorporar los convenios, se encuentran las especificaciones respecto del carácter retribuido o no de las ausencias motivadas por la situación de violencia, a los criterios aplicables a los casos de cambio de puesto de trabajo o de centro de trabajo, de la modulación del tiempo de trabajo, entre otras.

7. VALORACIÓN FINAL

Ya hemos tenido oportunidad de manifestar en los epígrafes anteriores algunos rasgos en los que la LOPIVIGE constituye una manifestación de la falta de rigor con que se vienen abordando las cuestiones relativas a la plena aplicación del principio de igualdad real y la erradicación de las discriminaciones en función del género.

La apreciación general de la norma desde la perspectiva del ordenamiento sociolaboral, habría de ser que no se contempla expresamente en el ámbito de aplicación de la norma la violencia de género ejercida en el ámbito laboral, pero los derechos de las víctimas se definen desde un ámbito subjetivo y material fuertemente «laboralizado», ya que se dirigen en su práctica totalidad hacia las mujeres que ya desempeñaban una actividad profesional y se refieren a aspectos propios de sus condiciones de trabajo y de su protección por desempleo.

Pero la norma que se comenta también es un exponente de la necesidad de renovar los planteamientos normativos de cara a poder articular una protección efectiva contra las situaciones de violencia de género.

A lo largo del contenido de la norma se pueden encontrar rasgos que apuntan próximos cambios en nuestro ordenamiento jurídico en orden a una progresiva adecuación del mismo a las actuales connotaciones del principio de no discriminación.

Algunos de los puntos sobre los que hemos reflexionado y que permiten realizar estas valoraciones son:

- La delimitación del concepto de «violencia de género» refiriéndolo a los supuestos de violencia en los que existe o ha existido cierta relación personal entre la víctima y el agresor.
- La circunscripción de la violencia sobre las mujeres al ámbito de la vida privada, en contra del criterio de los textos internacionales



- y de la Unión Europea, así como de las Comunidades Autónomas, que adoptan una perspectiva más amplia.
- Las actuales diferencias en la tutela frente a las discriminaciones en función de la discapacidad y en función de género.
 - La próxima transposición de la Directiva 2002/73/CE, supondrá que habrá un tratamiento diferente para las situaciones de acoso y acoso sexual en el ámbito laboral y para las situaciones de violencia. Y ello a pesar de que todo ello constituye «violencia» sobre las mujeres como manifestación de la situación de discriminación en que se encuentran.
 - No parece haber constancia documental de que se haya cumplido la ley 30/2003, en virtud de la cual todas las leyes y normas reglamentarias deben ir precedidas de una evaluación de su impacto desagregado en función del género.
 - Las diversas medidas que se apuntan en el plano sociolaboral adolecen de importantes imprecisiones, además de resultar insuficientes para dar cumplimiento a la voluntad de facilitar una «protección integral» a las víctimas.
 - Como ya señalara el informe del Consejo General del Poder Judicial, es necesario arbitrar medidas para informar y formar a los jueces y magistrados sobre esta materia. Y, tal y como apuntan los últimos textos de la Unión Europea, también en el ámbito de la sanidad, asesoramiento jurídico y asistencia social.



ACOSO MORAL Y ENFERMEDADES PSICOLABORALES: UN RIESGO LABORAL CALIFICABLE DE ACCIDENTE DE TRABAJO. PROGRESOS Y DIFICULTADES

SOFÍA OLARTE ENCABO

*Profesora Titular de Universidad
de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Universidad de Granada

EXTRACTO

Tras hacer una valoración general del fenómeno del acoso moral en un contexto que calificamos de ambivalente, por un lado la implantación de una cultura *civilizatoria* de la empresa (la horizontalidad de los derechos fundamentales) y por otro, el imperio de la racionalidad económica y la competitividad empresarial, nos situamos en la perspectiva reparadora propia del Derecho de la Seguridad Social, proponiendo que los daños sobre la salud psíquica y/o física derivados del acoso moral sean considerados contingencia profesional, concretamente como enfermedad del trabajo.

Planteamos cuales son las dificultades técnico-jurídicas y de orden práctico que se plantean a tal calificación, sobre todo en relación con la prueba de la conexión causal, ya que no siempre que exige que el trabajo sea la causa «exclusiva», tal y como se exige a las enfermedades a que se refiere el art. 115.2 e) LGSS. El TS no se mueve con criterios claros ni unánimes, ya que en otras ocasiones se acude a la presunción legal del art. 115.3 LGSS, aplicando la inversión de la carga de la prueba. En otros pronunciamientos judiciales que exigen sólo una conexión causal relevante, facilitando la calificación como contingencia profesional. El balance de la jurisprudencia no es unívoco.

Por tanto, no está claramente definido cual sea el alcance exigido ni del nexo causal ni en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, aunque aquí se apunta a la prueba de un nexo causal simple y no exclusivo. En todo caso, a diferencia de lo que pueda suceder en otros sectores del ordenamiento, en el ámbito de la Seguridad Social, se considera necesaria una intervención legal que clarifique, en general respecto a las enfermedades psíquicas relacionadas con el trabajo, y particularmente aquellas cuya etiología está vinculada al acoso moral, el procedimiento, la distribución de la carga de la prueba y el grado de exigencia del nexo causal.

ÍNDICE

1. CONTEXTO GENERAL Y ESTADO DE LA CUESTIÓN
 2. ACOSO MORAL Y ACCIDENTE DE TRABAJO: UNA ENFERMEDAD DEL TRABAJO
 3. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LAS ENFERMEDADES PSICOLABORALES. BALANCE Y VALORACIÓN CRÍTICA
 4. RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO
- ANEXO I: SELECCIÓN DE SENTENCIAS RELATIVAS A ACOSO MORAL - CALIFICACIÓN Y TUTELA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

1. CONTEXTO GENERAL Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

No por obvio, me cuestiono al inicio de este trabajo de investigación, su sentido y utilidad, y ello porque se trata de un tema cada vez mas estudiado y con líneas de tutela cada vez mas definidas y afianzadas. Y por más que resulte evidente a algunos, a veces necesitamos recordarnos el sentido de nuestro trabajo, en un campo, el Derecho, que parece ceder terreno frente a otras ciencias sociales más novedosas o de mayor impacto mediático (psicología, sociología o economía). Por ello en este trabajo intentaremos poner de manifiesto el interés de la investigación jurídica en torno al acoso moral en el trabajo y su utilidad social, sin desconocer el valor de otras más empíricas, con las que nos complementamos. No se trata sin embargo de caer en un «autismo» científico, ya que este trabajo tiene su origen precisamente en la labor desarrollada en grupo de investigación interdisciplinar (como de forma muy especial requiere este tema), en el que se ha puesto de manifiesto con éxito la complementariedad entre las distintas metodologías y perspectivas científicas.

En nuestro caso, el estudio del tema se ha realizado desde el ángulo del Derecho de la Seguridad Social, y como es habitual, en nuestro campo, tras una labor de recopilación de datos jurídicos muy heterogéneos y plurales, viene una fase de lectura atenta de los mismos y posteriormente otra en la que los investigadores jurídicos tratamos de analizar toda la información y nos planteamos si podemos añadir o no algo al conocimiento de una problemática. Y todo ello, para qué, parece evidente: para informar o dar a conocer la existencia de un problema social y la posición del Derecho ante el mismo y valorar su grado de eficacia y justicia. O, lo que es lo mismo, valorar en qué medida el mismo satisface las necesidades sociales, atreviéndonos en algún caso a proponer líneas de solución que sirvan de apoyo o elemento de valoración, si llega el caso, al poder legislativo o ejecutivo, y en todo caso al poder judicial que es quien tiene que resolver el conflicto derechos en el caso concreto.

Nos proponemos estudiar un fenómeno sociolaboral, unos dicen que nuevo, otros que «emergente», otros que viejo como todos los problemas

sociales y humanos: el mayoritariamente llamado acoso moral o *moobing*. Sin entrar en este punto en un debate empírico (que no nos corresponde), sí podemos afirmar con rotundidad que, desde un punto de vista jurídico, sí estamos ante una realidad que presenta cierta novedad como ponen de manifiesto la existencia de *movimientos jurídicos* de diversa naturaleza y entidad tales como: pronunciamientos judiciales específicos en mayor número, el interés que el fenómeno de la violencia en el trabajo ha despertado en el seno de la OIT o en la Agencia Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo¹ o, las reformas legales emprendidas en ordenamientos nacionales próximos como el Francés y algunas iniciativas legislativas no perfeccionadas, como es el caso nuestro país². Y si, como defienden algunos, el fenómeno era muy antiguo pero no se denunciaba, ni llegaba a los tribunales, deberíamos de preguntarnos al menos por qué sí llega ahora y no antes, cuando también existían vías y cauces procedimentales (los mismos que hoy) para ello.

Lo queramos o no hay factores de novedad: si no hay un notable aumento de los casos, cosa que tampoco se ha contrastado empíricamente, sí hay una evidente judicialización de la cuestión³ que, como hemos sugerido

¹ Auspiciada por la Comunidad Europea, bajo la dirección de PASCAL PAOLI, *vid.* www.ilo.org/public/english/oprotection/safework/violence/eusurvey/eusurvey.htm.

² El Grupo Socialista en el Congreso presentó dos proposiciones de ley el 6 de junio de 2001, una de reforma del Código Penal y otras de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Propositiones que culminaron en una enmienda transaccional conforme a la que el Gobierno procedería a redactar un estudio sobre el acoso, se dotaría a la Inspección de Trabajo de información suficiente para desde su ámbito competencial atender este problema y se recogía la posibilidad de tipificar el acoso en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La propuesta en cuestión era incluir un nuevo art. 311 bis al Código Penal en los siguientes términos «Iguales pena a las previstas en el artículo anterior, serán impuestas a quienes, mediante reiterado acoso moral o psicológico, degraden gravemente las condiciones de trabajo de otra persona u otras personas y no restablezcan su situación tras resolución judicial o sanción administrativa». En cuando al ET se proponía la adición de un apartado e) bis al art. 4.2, reconociendo el derecho del trabajador a no ser objeto de acoso moral, definiéndose el acoso moral como «toda conducta abusiva o de violencia psicológica que se realice de forma sistemática por una o más personas sobre otra en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador, poniendo en peligro o degradando sus condiciones de trabajo». En la LPL se proponía añadir un nuevo párrafo facilitando la defensa procesal del acosado, invirtiendo la carga de la prueba en contra del empresario cuando se deduzca la existencia de indicios acreditativos de un acoso moral. Y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se proponía la modificación del art. 14 incluyendo dentro del objeto de salud y seguridad, la garantía de la integridad física y psíquica de los trabajadores.

³ Compartimos con ARAMENDI, P.: «Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial», en *AS*, V, 2002, págs. 367 y ss., la opinión de que «las sentencias sobre este específico

do, no tiene por qué deberse necesariamente a una mayor incidencia social. Pese a que se pueda considerar que nuestro ordenamiento no colma todas las expectativas para una adecuada tutela judicial frente al acoso y que este es un tema especialmente sensible en el que puede darse cierta resistencia de la víctima a solicitar el amparo judicial, para salvaguardar su autoestima, imagen y prestigio social, lo cierto es que en nuestro país como, en los países próximos de nuestro entorno cultural y jurídico, hay una eclosión hasta ahora desconocida del fenómeno.

Desde una perspectiva más amplia, en el ámbito del Derecho se ha producido un cambio importante en nuestra «cultura jurídica», nuestra idea de ciudadanía: la distinta percepción social de unos hechos, el avance de una cultura verdaderamente «popular» de los derechos fundamentales en la empresa, que se enfrenta a una concepción feudal y monista de la empresa, en la que se toleraban comportamientos propios de relaciones jurídicas de servidumbre y vasallaje, formalizadas jurídicamente bajo los deberes contractuales casi ilimitados de fidelidad y obediencia. Ahora mas que nunca, nos sentimos ciudadanos fuera y pero, sobre todo, también dentro de los lugares de trabajo, cambios en los que ha influido una coyuntura de estabilidad social y política, junto con un crecimiento económico desconocido, apoyado en un Estado del Bienestar que busca cotas cada vez más altas de bienestar para todos sus ciudadanos, tendiendo a tutelar, además, todas sus situaciones de necesidad.

Sin embargo, junto a esta cultura *civilizatoria* de la empresa, avanzan simultáneamente otras corrientes de signo distinto, nos referimos al avance del neoliberalismo, el imperio de la *ratio económica* y de la competitividad, al que no son inmunes las relaciones de trabajo y cuyo impacto ha llegado ya al ámbito de la Seguridad Social.

En este ámbito se han alzado voces de distintas ciencias y campos que nos hablaban de quiebra técnica del Estado del Bienestar, de la crisis insuperable y cualificada a que se enfrentaban los sistemas europeos de Seguridad Social y como consecuencia de ello, el progresivo desmantelamiento de la red de protección social pública. Desmantelamiento que ha sido «asimilado» socialmente porque, aunque sin tregua, el proceso ha sido muy gradual y dosificado. Y en este contexto en el que las doctrinas neoliberales triunfan ¿qué sucede con los derechos fundamentales en los que se sustentaba ese bienestar? Tendríamos que preguntarnos si la devaluación del va-

episodio de violencia psíquica son escasas», recogiendo todas las dictadas hasta el año 2002 en su nota 17. Sin embargo, lo cierto es que en términos tan específicos no se habían dictado sentencias antes de 2001, razón por lo que aludimos a un fenómeno de judicialización, porque anteriormente era desconocido.

lor seguridad, frente al riesgo, si la lucha del individuo en defensa de su interés, la ley del más fuerte, no chocan con valores y derechos como la dignidad personal, la protección de la salud o la integridad física..., en definitiva con un modelo axiológico que hemos dado en llamar *la cultura de los derechos fundamentales*.

No faltan quienes afirman que eso del acoso moral es una nueva «pamplina» de los incapaces o débiles, de los perdedores que el propio mercado expulsa. Que los conflictos y tensiones, la rivalidad vertical y horizontal, han existido siempre en la empresa y que el ejercicio abusivo de los poderes empresariales es algo conocido y con cauces adecuados de control, y que esto del acoso es una *pamplina* mas de la sociedad del bienestar que inútilmente destierra fricciones y tensiones en pro del bienestar global del individuo. Y sin ir tan lejos, en nuestros círculos académicos o judiciales se evidencia que éste es un tema que nos divide al hablar, incluso desde los aspectos más elementales como pueda ser la propia denominación (psicoterrorismo, moobing, acoso, violencia, tortura y maltrato psíquico, o simples conflictos propios de la competitividad en las relaciones de trabajo por cuenta ajena, en empresas y Administraciones Públicas) o la necesidad o no de un tratamiento normativo específico que prevea mecanismos de tutela *ad hoc*, dividiéndose en este punto los estudios entre aquellos que consideran que el ordenamiento cuenta con mecanismos de tutela suficientes (en el Derecho Penal, en el Derecho del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social) y los que aun esforzándose en la ciencia de lo posible se aventuran a imaginar y defender la conveniencia de reformas.

De lo que no cabe duda es que el acoso moral produce un daño a la víctima en su integridad física, psíquica y/o moral que, en tanto incluido en la acción protectora del sistema de Seguridad Social, art. 38 LGSS, genera derechos en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social.

En el ámbito de la Seguridad Social, que es el que nos ocupa, situado siempre en una perspectiva *ex post*, es decir, reparadora de daños o atinente a situaciones de necesidad ya actualizadas, las tendencias regresivas aludidas no cuestionan, sin embargo, y hoy por hoy, el tratamiento privilegiado de las contingencias profesionales, clásico en el Derecho de la Seguridad Social, ni menos aún se ha planteado una igualación a la baja.

En efecto, la consideración como contingencia profesional de la incapacidad laboral derivada del maltrato psíquico en los lugares de trabajo implica, desde una perspectiva reparadora propia del Derecho de la Seguridad Social, un tratamiento más favorable a efectos del derecho a prestaciones del sistema. Y en este punto, es importante ver cómo responde la propia Administración de la Seguridad Social a través de su actuación y resolución de los expedientes administrativos sobre la determinación del origen de la contingencia, común o profesional a este tema. También, y dado lo restrictivo de la posición administrativa, habrá que ver los pronunciamientos judicia-



les, la modalidad procesal adecuada, pero, sobre todo, analizar los fundamentos jurídicos que se esgrimen para la consideración del maltrato o acoso como accidente de trabajo, para tratar de identificar las dificultades, los avances y las insuficiencias.

Las Sentencias del TSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2001 y la del TSJ de Navarra de 30 de abril, así lo consideraron, en el primer caso, ante un supuesto de acoso y en el segundo ante enfermedad psicológica de origen laboral. En ambos casos, acudieron al art. 115.2 e) de la LGSS, al considerar que estas enfermedades fueron contraídas exclusivamente con motivo de la realización de su trabajo, por lo que fueron calificadas como accidentes de trabajo.

En la primera se vislumbra claramente que el debate versa sobre si el estado depresivo del fallecido (un supuesto de depresión que condujo a un suicidio fuera del lugar y tiempo de trabajo) pudo o no tener origen en razones ajenas al trabajo, pues quien alega ha de probar que dicho estado tuvo en el acoso en el trabajo la causa exclusiva. La existencia de un voto particular, evidencia la duda acerca de la intensidad del nexo causal y se afirma que la existencia de un suicidio, en cuanto acto voluntario, rompe toda conexión causal con el trabajo. Es decir, que, aunque existen ya importantes pronunciamientos en esta materia, no hay aun una doctrina unánime, ni siquiera clara sobre la intensidad probatoria, ni sobre el grado que ha de desempeñar el trabajo como causa (si causa única, si causa predominante, causa concurrente, causa significativa...). Y será esto lo que veremos al analizar el tema, debiendo en este trabajo avanzar algunas líneas interpretativas lo más ajustadas a la realidad social y el Derecho positivo vigente.

2. ACOSO MORAL Y ACCIDENTE DE TRABAJO: UNA ENFERMEDAD DEL TRABAJO

Partimos de la consideración conceptual de acoso como un comportamiento reiterado y sistemático de violencia psíquica ejercida por quien desde una posición jurídica o social de poder, se considera amenazado en su posición por la víctima de su agresión, cuya destrucción pretende, produzca o no efectivamente dicha destrucción u otro daño.

Es un tema que se encuadra en la mas amplia cuestión de la mejora del medio ambiente y de la calidad del trabajo, en el que la vertiente de la prevención de riesgos del trabajo ocupa un lugar relevante, aunque el Derecho de la Seguridad Social no se ocupe de ella (y en la que no entraremos en este trabajo).

Desde de la perspectiva predominantemente reparadora del Derecho de la Seguridad Social, y frente a la vertiente prevencionista (LPRL), contractual (LET) o procesal (LPL), sólo será relevante el acoso que provoque efec-

tivamente un daño a la víctima. Ello no supone que excluyamos del concepto de acoso moral merecedor de tutela jurídica aquellas conductas que no generen un daño en la víctima. En este sentido algunos estudios distinguen entre acoso y acoso moral (según las prácticas agresivas e intencionadas causen o no daño a la víctima)⁴, o entre distintas fases del acoso (lenta inicial y agresiva final)⁵, categorías que tienden a diferenciar precisamente la concurrencia o no de un resultado lesivo. En todo caso, en el ámbito de la Seguridad Social, es claro que la mecánica reparadora no se pone en marcha sin el acaecimiento y actualización efectiva del riesgo, lo que se manifiesta en un daño para el trabajador.

Ciertamente en el ámbito de la Psicología⁶ (y en este sentido es coincidente con el Derecho de la Seguridad Social) no se consideran acoso las agresiones sistemáticas inflingidas a un trabajador, aun con ánimo destructivo, si no causan un daño. Es decir, la intencionalidad, para la Psicología no es un elemento suficiente para tipificar, psicológicamente hablando, el acoso, siendo precisa la concurrencia de un resultado. Sin embargo, ello no tiene por qué vincular al Derecho en general. Pero, en el caso concreto del Derecho de la Seguridad Social, parece claro que, coincidiendo en este caso con las definiciones psicológicas o psiquiátricas, la existencia de un daño (o de una situación necesidad provocada por un daño sobre la salud o la integridad física y moral) es un presupuesto del desarrollo de la acción protectora.

Es importante señalar esto porque ello nos remite a la cuestión del carácter *pluriofensivo* o no del acoso moral en el trabajo⁷, en alusión a si existen una pluralidad de derechos fundamentales afectados o bien uno que siempre estaría afectado frente a otros que aleatoriamente lo estarían o no, según los casos.

Refiriéndonos ahora al acoso como riesgo profesional dentro del sistema de Seguridad Social, no cabe duda de que en éste ámbito siempre estaría presente como derecho fundamental tutelado el derecho reconocido en el art. 15 CE que establece que «todos tienen derecho a la vida y a la inte-

⁴ ARAMENDI, P., *op. cit.*, pág. 384.

⁵ AGRA, FERNÁNDEZ y TASCÓN, *Estudios Financieros*, núms. 233-234, septiembre 2002, pág. 14.

⁶ Los principales, LEYMANN (*The Moobing Encyclopaedia*, www.leymann.se) e IRIGOYEN (*El acoso moral. Maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Piados, 2001) y en nuestro país PIÑUEL ZABALA (*Moobing, como sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Sal Térrea, 2001), coincidiendo todos en que es necesario un período largo (seis meses, y de forma semanal).

⁷ Pluriofensividad que defiende MOLINA NAVARRETE, C. En «Una nueva patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (moobing)», en *Revista La Ley*, núm. 5436 de 10 de diciembre, 2001.

gridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos y degradantes». Y ello sin renunciar a la dignidad como eje axiológico e interpretativo omnipresente del acoso moral, ya que, «*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social*».

Es cierto que el daño provocado por el acoso nos remitiría también al derecho a la salud (física y mental) que de forma específica recoge el art. 43 CE, entre los principios rectores de la política social y económica. Sin embargo, ello no altera el hecho de que el derecho fundamental en cuestión sea el de la integridad física y moral de la persona, ya que éste es un derecho de contenido complejo en el que se incluye el derecho a la salud y que ha sido definido doctrinalmente como un derecho a la «incolumidad». Esta línea hermenéutica es la que ha seguido el TC, muy en especial en su Sentencia 207/1996, al afirmar: «*Así pues, y aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (tal y como señalamos en la STC 35/1996 (RTC 1996, 35), fundamento jurídico 3.º), su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento del titular*».

Partiendo de estas consideraciones, no cabe duda de que el daño causado a la víctima de acoso en su integridad física o moral, está incluido dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, ex art. 38 LGSS, comprendiendo tanto la asistencia sanitaria, la recuperación profesional, prestaciones económicas y prestaciones de servicios sociales, en su caso. Por tanto, el hecho de que un trabajador sufra un daño como consecuencia de un acoso moral estaría protegido como una situación de necesidad dentro de nuestro sistema, ello no plantea duda alguna. Lo discutible es si se puede considerar que en estos casos la contingencia de la que deriva la lesión causada a la víctima de acoso es de origen profesional o no, con todas las consecuencias que de ello se derivan especialmente en el ámbito de las prestaciones (así la exigencia o no de períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones económicas por IT)⁸.

La LGSS distingue dos tipos de contingencias profesionales: el accidente de trabajo y la enfermedad profesional. El primero de configuración legal abierta y el segundo de configuración cerrada. De entrada, podemos

⁸ Sobre las diferencias de una u otra calificación, *vid.*, ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, Bomarzo, 2005.



afirmar que las lesiones derivadas de acoso moral no podrán ser consideradas enfermedades profesionales, ya que se considera enfermedad profesional «*la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional*» (art. 116 LGSS). Y la norma en cuestión es el RD 1995/1978, de 12 de mayo, conteniendo el cuadro de enfermedades profesionales, entre las que no aparece el acoso moral como tal, ni ninguna de las enfermedades asociadas a éste, ni entre los elementos ni entre las sustancias.

Así pues, la única posibilidad abierta a considerar el resultado lesivo del moobing como contingencia profesional sería su calificación como accidente de trabajo, ya que el art. 115 LGSS es un precepto que tiene una estructura abierta, que ha propiciado y aun hoy sigue propiciando una constante labor judicial de recreación del concepto mismo de accidente. Este se ha articulado sobre todo en la concreción del elemento causal «con ocasión o como consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena», tal y como ha puesto de manifiesto cualificada doctrina⁹. Y aunque la ley describa los accidentes que se consideran de trabajo, los que se asimilan, enumere los excluidos, los elementos relevantes y una regla probatoria propia, lo cierto es que ello no resuelve todos los problemas conceptuales, siendo uno de los más emblemáticos las denominadas enfermedades del trabajo, a las que se refiere el art. 115.2 e) LGSS al disponer que tendrán la consideración de accidente de trabajo: «*las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo*». Siendo también objeto de inclusión en el concepto amplio de accidente que establece el apartado 1 del art. 115 LGSS: «*Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*».

Ya hemos señalado que la calificación de una enfermedad como común o como de trabajo tiene importantes consecuencias, destacando la atenuación de los requisitos para acceso a prestaciones, reglas específicas de financiación y aseguramiento y mejora de las prestaciones. Ciertamente la opción no se plantea hoy en términos tan drásticos como a comienzos del siglo XX (momento en que no existían prestaciones en caso de enfermedad

⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., se refería a la importante creatividad judicial en relación con la noción de accidente e trabajo, en «Las enfermedades del trabajo», *RL*, 1995, I, pág. 23.

común), ya que la alternativa no es protección frente a no protección, puesto que la enfermedad común también goza de protección. La alternativa se plantea, por tanto, en términos de protección ordinaria frente a protección privilegiada.

La cuestión hoy se plantearía, por tanto, en el grado de la protección. Sin embargo, en ocasiones, la exigencia o no de períodos de carencia o el juego de figuras como alta de pleno derecho o alta presunta puede llevar a que en determinados casos, al final, podamos encontrarnos, excepcionalmente, con una alternativa dramática: acceso o denegación de prestaciones, según se admita o no que se trata de una contingencia profesional.

Por ello, una adecuada tutela frente a los comportamientos que hemos calificado de acoso moral con resultado dañino sobre la integridad física y psíquica y la salud del trabajador, pasa, desde nuestro punto de vista por el reconocimiento de éste como enfermedad del trabajo, aunque esto comporte una labor probatoria difícil en muchos casos.

Las razones de tal posición no obedecen sólo una toma de postura previa a favor de una tutela máxima frente a conductas atentatorias de derechos fundamentales y que originan situaciones de necesidad incluidas en nuestro sistema de Seguridad Social. En efecto, la calificación como contingencia profesional se fundamenta en el concepto mismo de dicha contingencia y en la etiología de las enfermedades o alteraciones de la salud derivadas del acoso moral, por tanto se trata de una posición suficientemente fundada en Derecho.

En nuestra doctrina se ha puesto de manifiesto que el concepto de enfermedades del trabajo es fundamentalmente negativo, ya que lo son las enfermedades que no son «profesionales» que están definidas legal y reglamentariamente de forma detallada (las listadas, contraídas a consecuencia del trabajo en actividades y provocadas por la acción de elementos o sustancias que figuran en el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social). Tampoco son comunes, ya que son alteraciones de la salud a las que la ley reconoce la condición de accidente de trabajo, por la existencia de un nexo causal con el trabajo. Y, paradójicamente, tampoco serían accidente en sentido estricto, ya que éste ha sido delimitado restrictivamente frente a la enfermedad común para el caso de accidente no laboral¹⁰. Estas enfermedades del trabajo se considerarían como supuestos de accidente de trabajo por asimilación o interpretación extensiva del concepto mismo de accidente por su etiología laboral, ya que realmente no hay una identidad plena con él.

¹⁰ En esta línea el TS negó el carácter de accidente al Sida, por no ser repentino ni imprevisto, *vid.*, SSTs de 2 de junio de 1994 y de 25 de enero de 1995.



Es cierto que la definición legal del accidente de trabajo como toda **lesión corporal** que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, ha propiciado una interpretación extensiva tempranamente ¹¹, abarcando tanto el accidente *strictu sensu*, como la enfermedad, en palabras del TS «la enfermedad profesional es realmente un accidente de trabajo o una variedad del mismo» (STS de 25 de noviembre de 1992). De este modo, dentro del concepto amplio de accidente se incluirían los accidentes *strictu sensu* (lesiones corporales derivadas de un hecho violento, súbito y externo), las enfermedades profesionales del art. 116 LGSS con un régimen específico y las enfermedades del trabajo siendo éstas consideradas como una especie dentro del género accidente de trabajo

Puede decirse que las enfermedades del trabajo son ante todo enfermedades o alteraciones de la salud que, a diferencia de la profesionales en las que hay una automática relación causa-efecto, pueden tener o no una etiología relacionada con el trabajo y sólo en el caso de que la tengan serán enfermedades del trabajo consideradas accidente de trabajo. Por ello, se puede afirmar que son «ambivalentes» ya que, en principio, son lesiones de origen común, a diferencia de las que se deben a las características del trabajo, el medio en que se desarrolla, los materiales, herramientas o maquinarias que se usan (esto es, las enfermedades profesionales listadas). Sin embargo, en algunos casos, se originan precisamente como consecuencia del trabajo, y sólo en ese caso serían enfermedades del trabajo, que es lo que recoge el art. 115.2 e) LGSS. Concretamente una depresión, un síndrome ansioso depresivo... son enfermedades que no tienen por qué tener su causa en el trabajo, pero si se prueba que esta enfermedad aparece como consecuencia de que la persona ha sido sometida a acoso, por ejemplo, dicha enfermedad común pasaría a ser considerada enfermedad del trabajo.

Al participar del concepto de accidente de trabajo, las enfermedades del trabajo cuentan con los mismos elementos de la definición legal de éstos: existencia de una lesión corporal, que afecte a un trabajador por cuenta ajena (o por cuenta propia con protección de este riesgo) y que exista una probada relación de causalidad con el trabajo.

Entre estas «enfermedades» la jurisprudencia incluye tanto las patologías de acontecimiento súbito, en las que hay menor problema probatorio

¹¹ La siempre citada STS de 17 de junio de 1903, citada en las SSTS de 13 de marzo y 19 de mayo de 1986, 19 de febrero de 1990 y 25 de septiembre de 1991, afirmando que el concepto legal de accidente no toma como referencia «un suceso repentino más o menos importante sino el hecho mismo constitutivo de la lesión» por lo que incluía la enfermedad contraída en el ejercicio de una profesión como consecuencia de dicho ejercicio. La importancia de aquélla sentencia radicó en que marcó el inicio de la protección de la enfermedad profesional en nuestro país, si bien en aquél momento no se protegía la enfermedad común.

por ser más claro el factor etiológico¹², como las patologías físicas o psíquicas de desarrollo lento y gradual, respecto de las que el verdadero problema es de orden probatorio por la difícil valoración de la etiología. En efecto, el término «lesión corporal» propio de la definición del accidente se entiende como todo daño psíquico, anatómico, sensorial o funcional y no sólo derivado de la acción de agentes exteriores súbitos, repentinos y violentos, sino también las dolencias lentas y progresivas. Por tanto, la «lesión» engloba a la enfermedad, ya que lesión es «cualquier menoscabo físico o fisiológico que incida en el desarrollo funcional» (STS de 17 de octubre de 1992).

En este segundo grupo, enfermedades de desarrollo lento y gradual, se sitúan en general todas las que tienen su origen en el moobing, y de ahí la dificultad de probar el grado de incidencia de éste en la génesis del trastorno patológico. No obstante, el desarrollo de la psicología y psiquiatría, y en general de la medicina en este campo ha llevado a un mejor y fiable diagnóstico, tratamiento e identificación de la etiología de este tipo de enfermedades.

El problema de calificación de las enfermedades supuestamente provocadas por acoso moral en el trabajo se sitúa como, de alguna manera adelantábamos, en la existencia de una relación o nexo de causalidad entre la lesión y el trabajo sobre el que se sustenta un sistema de responsabilidad objetiva empresarial por riesgo reforzado legalmente¹³. Y decimos, que se trata de un problema por la difícil valoración del factor etiológico en estas enfermedades, en las que existe un amplísimo grado de apreciación judicial, no existiendo una posición clara en cuanto al grado de relevancia que se dé al trabajo en la cadena causal (desde la exigencia de que éste sea la causa exclusiva a la mera influencia). Problema que es extensible a todas las enfermedades psicolaborales (tengan o no su raíz en el acoso moral en el trabajo).

En el art. 115 LGSS se distinguen tres tipos de enfermedades derivadas del trabajo: las que tienen por causa el trabajo (apartado e)), las preexistentes agravadas por el accidente (apartado f)) y las intercurrentes (apartado g)) y sobre estos preceptos se ha ido ampliado el concepto de enfermedad del trabajo a aquéllos casos en que éste tiene cierta relevancia, aunque no sea la causa única de lesión, pero coadyuvando a que se desarrolle el proceso patológico. No obstante, los pronunciamientos existentes hasta el momento no siempre acogen esta interpretación amplia del nexo causal.

Es el art. 115.2 e) LGSS el que se refiere propiamente a las enfermedades del trabajo en los siguientes términos: «las enfermedades... que con-

¹² Vid. STS de 10 de noviembre de 1987 y STSJ Cataluña de 18 de febrero de 1995.

¹³ En efecto, esta responsabilidad objetiva de la que hablamos viene reforzada por la inclusión de la fuerza mayor, la presunción *iuris tantum* del art. 115 LGSS (son accidentes de trabajo los acaecidos en tiempo y lugar de trabajo) y los accidentes *in itinere*, art. 115.2 a).

traiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo». Este precepto no ha sido interpretado según su tenor literal y es claro que los jueces no se mueven con seguridad ni con unanimidad de criterio.

Como evidencia la STS de 25 de marzo de 1986, es un terreno sin definiciones ni certezas en la que lo definitivo será la valoración médica, siendo ésta la que decide si la enfermedad estuvo o no causada por la realización del trabajo, por causa «exclusiva» según la ley. En la mayoría de los casos será difícil valorar la etiología de la enfermedad, salvo en aquéllos en que se pueda aplicar la presunción legal del art. 115.3 LGSS (ocurridos en tiempo y lugar de trabajo), debiendo tenerse en cuenta que la prueba en contrario resulta imposible o muy difícil en la mayoría de los casos (presunción que, dicho sea de paso, lo que produce es un desplazamiento de la carga de la prueba)¹⁴.

Tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina, la relación causal que se exige para la enfermedad del trabajo es más fuerte que en el accidente, no bastando que se produzca con ocasión o por consecuencia del trabajo, sino por causa exclusiva. Así lo recalca la STS de 24 de mayo de 1990, siendo el TS bastante oscilante en cuanto a si ha de prevalecer la presunción del art. 115.3 LGSS o bien la exigencia del art. 115.2 e)¹⁵.

En efecto, para la doctrina mayoritaria, cuando la dolencia se manifiesta de forma ostensible y súbita en el tiempo y lugar de trabajo se aplica plenamente la presunción, de modo que el sólo hecho de manifestarse en el lugar y tiempo de trabajo será determinante (salvo prueba de carencia absoluta de relación) del juego de la presunción del art. 115.3 LGSS. En cambio, en las enfermedades de etiología común no basta la ocasión, siendo necesario que el trabajo haya sido un factor relevante (por tanto, la presunción jugaría de forma débil)¹⁶.

Volviendo a nuestro tema, el acoso en el trabajo, la calificación propuesta como enfermedad del trabajo, en tanto no se produzca su inclusión

¹⁴ Es evidente que la prueba en contrario resulta más fácil en el caso de las enfermedades de desarrollo lento y menos agresivas.

¹⁵ En este sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ALVAREZ, T.: «El acoso moral: perspectivas jurídico-laborales», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, junio, 2004, para quienes no se trataría de una enfermedad profesional sino de una enfermedad común, aunque causada con ocasión y con causa en el trabajo, por lo que sería un supuesto del art. 115.2 e) de la LGSS con la consideración de accidente de trabajo, si bien como accidente de trabajo impropio.

¹⁶ Sobre la presunción establecida en el apartado tercero del art. 115 LGSS, *vid.*, ARETA MARTÍNEZ, M.: *La presunción en el Sistema de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 226 y ss., quien sostiene que la presunción de dicho precepto comprende tanto lesiones violentas como dolencias o enfermedades de origen laboral manifestadas en tiempo y lugar de trabajo.

en el listado de enfermedades profesionales, es la única vía para considerar las patologías derivadas de acoso como una contingencia profesional. Es cierto que es una opción problemática y no exenta de dificultades en el ámbito probatorio, pero pensamos que una interpretación flexible tal y como permite el art. 115 de la LGSS, exigiendo la prueba incontestable de inexistencia de conexión causal, sería la más adecuada. En espera de una necesaria intervención legal que defina las enfermedades del trabajo y clarifique el alcance exigido al nexo causal y la distribución de la carga de la prueba, lo cierto es que con la redacción actual de estos preceptos la palabra última la tienen los tribunales, quienes no han consolidado criterios claros ni unánimes al respecto.

En todo caso, aunque la fórmula más segura sería la inclusión de las enfermedades psicolaborales en un futuro en el listado de enfermedades profesionales, el estado de estudio actual de estas enfermedades por la ciencia médica (psiquiatría) o la psicología no permiten una calificación de tipo automático y tan objetivo, como las enfermedades listadas. A diferencia de las denominadas enfermedades profesionales, la ansiedad, la depresión... no son enfermedades de etiología definida a priori, por ello será necesario un mayor avance en el estudio de las mismas, para determinar (si es posible) elementos objetivos y diferenciadores de una enfermedad provocada por acoso, o más en general por el trabajo. Mientras tanto, la solución básica adoptada por nuestros tribunales, además de ser la única posible, nos parece razonable, radicando las divergencias en el grado de exigencia probatoria y aquí es donde hay que dirigir los esfuerzos para identificar unos criterios claros, razonables, objetivos y equitativos.

La mayoría de las patologías derivadas de acoso moral son de naturaleza psíquica, aunque también se pueden derivar otras físicas. La aplicación de la presunción del art. 115.3 LGSS a las enfermedades psíquicas es ciertamente más compleja que a las físicas, ya que generalmente no se manifiestan en el tiempo y lugar de trabajo, aunque los factores desencadenantes sí se produzcan dentro de dichas coordenadas. Esto dificulta la aplicación de la presunción de accidente de trabajo, razón por la que para su calificación como contingencia profesional se suele acudir al supuesto del apartado 2 letra e), por lo que recaerá sobre el trabajador la carga de la prueba del nexo causal, sin perjuicio de que el juez pueda llegar a la convicción por medio de presunciones judiciales¹⁷. Desde nuestro punto de vista, el juzga-

¹⁷ En este sentido AGRA VIFORCOS, B., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y TASCÓN LÓPEZ, R., «El acoso moral en el trabajo (mobbing): análisis sobre la limitada respuesta jurídica a un antiguo problema de reciente estudio y futura solución (legal)», en *RTSS*, CEF, 2002, núms. 233-234, págs. 4 a 43.



dor ha de determinar si el trabajo ha sido el factor desencadenante o simplemente ocupa un lugar residual en la aparición de la enfermedad, ya que en éste caso no entraría en la previsión del apartado e) del art. 115. 2 LGSS.

Finalmente, otro tema a considerar será la posibilidad de imponer un recargo de prestaciones cuando el empresario no haya puesto los medios necesarios para evitar los comportamientos que están en el origen de estas enfermedades, hipótesis, desde nuestro punto de vista defendible en la medida en que se dan los elementos exigidos por el art. 123 de la LGSS. En efecto, tal como defendemos se trataría de enfermedades del trabajo asimiladas a accidente de trabajo en las que, tal como hemos definido el moobing, el empresario no ha observado «medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las... de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características, la edad, sexo y demás condiciones del trabajador». Desde nuestro punto de vista, ello es claro en el moobing que presume un comportamiento doloso, tanto en el caso del moobing vertical como en horizontal, ya que el empresario, a parte de un deber general de prevención previsto en el art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, tiene el deber de evitar los riesgos, evaluar los que no se puedan evitar y combatir los riesgos en su origen (art. 15 LPRL). Lo cual es independiente y compatible con cualquier otra responsabilidad, incluso, penal que pueda derivarse.

Esta solución tendría además la virtualidad de dar un tono «punitivo» o «sancionador» a este tipo de comportamientos, diferenciando así los supuestos en que aunque el origen de la enfermedad psíquica esté en el trabajo (stress laboral, depresión laboral...) no se haya producido propiamente un acoso moral, que desde nuestro punto de vista merece un tratamiento «sancionador» e indemnizatorio que no parece razonable exigir en los supuestos en que no existe un comportamiento doloso que busca la destrucción psíquica del trabajador.

3. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LAS ENFERMEDADES PSICOLABORALES. BALANCE Y VALORACIÓN CRÍTICA

Al hacer un análisis de cual está siendo la respuesta de jueces y tribunales ante la demanda de calificación como accidentes de trabajo de enfermedades de tipo mental o psicológico relacionadas con el trabajo, llaman la atención dos cuestiones:

- En primer lugar: la heterogeneidad de soluciones técnico-jurídicas ante supuestos de hecho similares. Nos referimos a cómo en unas ocasiones se califican como accidente de trabajo sobre la base el art. 115.2 e), en otras sobre el 115.3 y en algún caso sobre el art. 115.1 de la LGSS, directamente.

- En segundo lugar, la tendencia a dar un tratamiento diferente a las mismas enfermedades psicolaborales, admitiendo que se trata o no de contingencia profesional según la enfermedad sea originada o no en acoso moral, dando a entender que sin conducta dolosa dañina no habría responsabilidad empresarial y no cabría su consideración como contingencia profesional.

Una Sentencia de interés en el tema que nos ocupa fue la Sentencia núm. 626 de 31 de octubre de 2003 (AS 3636/2003) del Juzgado de lo Social núm. 1 de la Rioja. En ella se plantea la determinación de la contingencia (común o profesional) del proceso de incapacidad temporal iniciado por la trabajadora, alegando una crisis de ansiedad originada por maltrato físico y de palabra del administrador de la empresa. El Juzgado de lo Social estimó la demanda en reclamación sobre declaración de contingencia profesional de un proceso de incapacidad temporal iniciado el 6 de noviembre de 2002¹⁸.

La fundamentación jurídica se centra en el análisis de lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del art. 115 LGSS, en los tres elementos que definen al accidente de trabajo (lesión, relación laboral y nexo causal). Tras recordar que es jurisprudencia consolidada que el término lesión no sólo se refiere a hechos traumáticos, súbitos o violentos y externos sino también otros de evolución lenta o manifestación velada, el JS considera que concurre el nexo causal porque la trabajadora carece de antecedentes psicopatológicos, el diagnóstico es indicativo de un componente laboral (estado ansioso depresivo reactivo a una situación de conflicto laboral) y el enfrentamiento con su jefe tras ser elegida delegada sindical. Aunque el Juez considera que los hechos no pueden ser calificados de moobing (al faltar la frecuencia, intensidad y permanencia en el tiempo), la trabajadora se ha visto sometida a una actitud agresiva y hostil en relación a su actividad sindical y finalmente el trastorno

¹⁸ En los fundamentos de hecho quedó probado que la trabajadora se presentó a las elecciones sindicales por el sindicato UGT, resultando elegida el 14 de noviembre de 2002 (el preaviso de elecciones tuvo lugar el 5 de septiembre). El 5 de septiembre del mismo año la trabajadora tuvo una discusión con el administrador de la empresa (un restaurante). El 13 de septiembre el administrador planteó una modificación horaria a la trabajadora, que no llegó a realizarse y el día 17 del mismo mes la trabajadora inicia un proceso de incapacidad temporal que duró hasta el 7 de octubre de 2002, parece que por enfermedad común. El día 21 de octubre el administrador agarró del brazo a la trabajadora y la empujó dirigiéndola al comedor, y al día siguiente fue objeto de insultos por aquél. El 6 de noviembre de 2002 (quince días después) la trabajadora inició un proceso de incapacidad temporal por enfermedad con diagnóstico de estado ansioso depresivo reactivo a una situación de conflicto laboral. El 13 de abril de 2003 cursó alta médica y el 22 del mismo mes solicitó la excedencia en la empresa por dos años. El INSS, previo dictamen del equipo de valoración de incapacidades, declaró como contingencia determinante de la baja la enfermedad común.

padecido no tiene otra causa que el conflicto laboral padecido. Por ello lo declara como contingencia profesional a todos los efectos.

Se trata de un pronunciamiento judicial que es llamativo por llegar a la calificación de accidente de trabajo en un supuesto en el que no ha habido acoso moral, aunque sí un maltrato físico y verbal de un superior. Pero lo realmente sorprendente es que nada señale el juez sobre la calificación de la EVI, de las actuaciones penales, el informe de la Inspección de Trabajo y otros extremos de interés en un supuesto difícil (enfermedad psíquica, no manifestada en lugar y tiempo trabajo sino tiempo después). Y choca, primero, porque la prueba de existencia de un nexo causal único en el trabajo, es estimada con una escueta argumentación. Y, segundo, porque, a diferencia de otras, no exige que esta enfermedad haya sido provocada por acoso moral en el trabajo.

Estamos ante una problemática, la de las enfermedades psíquicas del trabajo, de naturaleza heterogénea, ya que no todos los casos tienen su origen en el acoso moral o mobbing. En efecto, otros fenómenos conocidos como el síndrome del desgaste personal o *burn out*, maltrato físico o verbal ocasional, el acoso sexual o suicidio motivado en estrés laboral¹⁹, están siendo reconocidos como contingencias profesionales. Siendo, por tanto, en este ámbito, irrelevante el animus nocendi.

En numerosas sentencias se ha tratado de este tipo de enfermedades o lesiones psíquicas, calificándolas de enfermedades del trabajo del art. 115.2 e), tales como la SSTSJ del País Vasco de 7 de octubre de 1991 (AS 3163), de 2 de noviembre de 1999 (AS 4212) y SJS Barcelona de 27 de diciembre de 2002. En ésta última se aborda la enfermedad de una profesora declarada en situación de IP absoluta afectada de un cuadro que responde a un síndrome de desgaste personal, con personalidad obsesivamente perfeccionista y alto nivel de auto exigencia que comenzó a presentar cansancio, sensación de malestar, parestesias, fobias, miedos, irritabilidad, distimias, bloqueos cognitivos mientras impartía clases, elevado nivel de ansiedad, somatizaciones, baja autoestima, sentimientos de incapacidad y culpa, lagunas amnésicas,

¹⁹ Sobre suicidio, *vid.*, la STSJ Galicia de 4 de abril de 2003 (R.º 2394/2000) que califica de accidente de trabajo el suicidio de un trabajador en alta mar prestando sus servicios en un buque congelador y la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 30 de septiembre de 1997, calificando de accidente de trabajo un intento de suicidio de un directivo de una empresa por estrés ante la mala situación de la empresa. En el mismo sentido, SSTSJ País Vasco de 29 de febrero de 2000, STSJ Aragón, de 30 de octubre de 2000 y Cataluña de 3 de noviembre de 2000. Se parte de una doctrina que se va consolidando según la cual no es acto doloso que rompa el nexo causal y por ende excluido de la consideración de accidente de trabajo. La voluntad del suicida se halla doblegada a la determinación autolítica, que evidencia la no voluntariedad del acto.

ansiedad extrema, lagunas amnésicas, que se acentuaban con la actividad laboral y se atenuaban en vacaciones y fines de semana. Para el JS se trata de una lesión de origen profesional considerando probada la existencia de un nexo causal.

El que las enfermedades psíquicas del trabajo no aparezcan pues contemplados en el listado de enfermedades profesionales evidencia la necesidad de adecuar nuestra normativa a un fenómeno de creciente presencia en la sociedad postindustrial y terciarizada. Y ante la ausencia de una específica respuesta, la jurisprudencia avanza en una línea decidida hacia su consideración como contingencias profesionales, y ello no sin contradicciones y puntos oscuros.

Las enfermedades no profesionales, contraídas por el trabajador en la realización de su trabajo constituyen accidente de trabajo si se demuestra que la enfermedad tiene como causa la actividad laboral. Es decir, que enfermedades comunes que dan lugar a una Incapacidad Temporal o Permanente serán calificadas de accidente de trabajo siempre que se pruebe el nexo causal, lo que conecta con la obligación empresarial de garantizar un entorno laboral sano. Y la presunción sólo se rompería en caso de que hayan ocurrido hechos que evidencien a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo y la patología (STS UD de 18 de junio de 1997).

Un contrapunto a la sentencia anterior del JS de la Rioja, lo constituye la STSJ Extremadura de 16 de diciembre de 2003 (AS 653) que desestima la calificación de accidente de trabajo en el caso de enfermedad común contraída con motivo de la realización del trabajo. Se trata de trastornos mentales-estrés: síndrome depresivo reactivo por conflictividad laboral: falta de acreditación de acoso moral o «moobing». Para el TSJ, aunque se demuestra una relación con el trabajo, es la falta de acreditación de acoso moral la que determina su calificación como contingencia común.

En este caso el juez de instancia afirmó que de las pruebas practicadas no se derivan los sucesos que permitan ponderar si estamos o no ante tal contingencia, a salvo del sentimiento del actor que «no está a gusto con su empleo» sin que haya hechos constitutivos de acoso como antecedente «necesario y suficiente de su padecimiento»: Sin embargo, el demandante alegó que tanto por superiores jerárquicos (el trabajador era jefe de negociado de gestión de recursos humanos en la Consejería de Bienestar de la Junta de Extremadura), como por compañeros, fue objeto de asilamiento, humillación y degradación con la finalidad de alejarlo profesionalmente del Servicio y conseguir que abandone su puesto de trabajo.

El TSJ centra su análisis, en el fundamento jurídico primero, tras traer a colación distintas definiciones de acoso moral (Declaración de la Asamblea Nacional Francesa de 14 de diciembre de 1999, el Proyecto de Ley núm. 6410 de la Cámara de los Diputados de Italia, la definición de la Ley Francesa, la de la Carta Social Europea y la definición de la Comisión Europea

de 14 de mayo de 2001 y por último las Directivas de la Unión Europea 43/2001, de 29 de junio y la 78/2001, de 27 de diciembre), afirma que para que exista acoso moral es necesario que los comportamientos hostiles sean sistemáticos, reiterados y frecuentes, siendo necesario, además, un elemento subjetivo (la intencionalidad y persecución de un fin destructivo). Para el TSJ esto no puede confundirse con la conflictividad laboral, el estrés y otras manifestaciones de maltrato esporádico u otro tipo de violencias en el desarrollo de la relación de trabajo, los desacuerdos, malentendidos... que tienen lugar en el trabajo.

En el desarrollo del fundamento, el TSJ parece entender que sólo cuando se trate de lesiones o enfermedades psíquicas que tengan su causa en el acoso moral, aquéllas podrán ser calificadas como accidente de trabajo. En un sentido distinto de la Sentencia del Juzgado Social de la Rioja, en la que lo relevante es la existencia del nexo causal, en ésta todo se centra en la gravedad de los hechos (cuantitativa y cualitativamente hablando) y en la intencionalidad que definen el acoso moral. A *sensu contrario*, para el TSJ Extremadura, estas enfermedades no serían consideradas como accidente de trabajo ni como enfermedad del trabajo asimilada a éste, pues señala «no toda enfermedad psicológica apodada por el correspondiente profesional como derivada de una problemática laboral puede conceptuarse como accidente de trabajo, por graves que puedan llegar a ser las consecuencias...», pues «la problemática laboral, severa o no, no constituye *per se* acoso moral y por ende puede calificarse el menoscabo psíquico incapacitante como accidente de trabajo». Alude a la existencia de jefes duros y exigentes, personas de carácter agrio, la indiferencia, el individualismo o falta de solidaridad que con frecuencia caracteriza hoy las relaciones humanas no puede, como dice el TSJ considerarse acoso.

Nosotros, consideramos que esto es cierto, que en las relaciones sociales en general existen estos problemas y ello no constituye acoso moral, no hay ánimo destructivo, es cierto. Pero, y aquí se ha de cuestionar también la validez de elemento subjetivo en la definición del acoso desde la perspectiva jurídico-laboral, no es menos cierto que es posible que exista un nexo causal demostrable que vincule trabajo y enfermedad psíquica, pese a que ésta no esté originada propiamente por un comportamiento calificable de acoso. El hecho de que la conflictividad, la rivalidad, la presión, la exigencia... no generen enfermedad en todos los trabajadores por igual, no supone un obstáculo a su calificación como contingencia profesional, ya que ello también se observa en las de tipo físico (no todos los trabajadores que trabajan en zonas radioactivas desarrollan cánceres). En todo caso, la sentencia ha desviado su atención a la cuestión de si existe o no acoso, no a la de si hay un nexo causal entre el trabajo y la enfermedad que da origen a una Incapacidad Temporal. Así, al final del primer fundamento jurídico afirma que «*para declarar que los padecimientos psíquicos del actor y su situa-*

ción de incapacidad laboral derivan de la contingencia de accidente de trabajo es necesario que queden acreditados los hechos constitutivos del acoso moral».

Aquí el TSJ pone el dedo en la llaga, y es que ante las enfermedades psíquicas se teme en exceso el subjetivismo, tanto en la valoración médica como en la del afectado cuyas afirmaciones servirán para la emisión del diagnóstico. Digamos que si el sistema de Seguridad Social ha ido aceptando su tutela, se resiste a tutelarlas dentro del núcleo más privilegiado, esto es, las contingencias profesionales, terreno que parece reservado a hechos y enfermedades más objetivables.

Pero de todos modos, no se alcanza a comprender el celo en exigir una conducta de acoso para su eventual tutela como accidente de trabajo, cuando la subjetividad no se puede suprimir en el diagnóstico de estas enfermedades, tengan o no su causa en el acoso moral. Y, pretender tutelarlas como contingencia profesional sólo en estos casos tampoco parece razonable, porque nos remite a conceptos como la culpabilidad, la vulnerabilidad de la persona hacia determinado tipo de enfermedad... que nunca (y hoy menos que nunca) se han tenido en cuenta a la hora de tutelar los sujetos protegidos por el sistema (aunque podemos imaginar cambios, por ejemplo, en relación con el consumo de tabaco y su prohibición en los lugares de trabajo).

Es cierto que este temor a que los contornos del accidente de trabajo sean tan borrosos que hagan que cualquier trastorno sea considerado tal, disparando al alza los costes económicos de la Seguridad Social, está presente en esta Sentencia cuando afirma: «... llegaríamos al absurdo de concluir que todo trastorno de la naturaleza que sufre el trabajador derivaría de la contingencia de accidente e trabajo siempre y cuando la relación laboral de la que sea co-protagonista el asalariado sea conflictiva».

Esto que parece razonable choca, sin embargo con algo básico, y es que si la causa de una enfermedad mental o psíquica tiene su origen en un conflicto laboral hay un nexo causal, que es lo exigido en el art. 115 de la LGSS, y que en el deber empresarial de garantizar la salud de sus trabajadores se incluyen todas las acciones tendentes a evitar que el mal clima laboral menoscabe la salud o la integridad física de aquellos. Por lo tanto, lo realmente importante para el sistema de Seguridad Social será avanzar en la definición objetiva de estas enfermedades, reduciendo el margen de valoración a cotas mínimas, eliminando al máximo el margen de fraude o apreciación del sujeto afectado y no tanto en si el trabajador debe soportar o no con buena salud una situación de conflicto o estrés.

Resulta muy ilustrativo el TSJ de Extremadura en esta Sentencia de 16 de diciembre de 2003, de un sentir extendido de temor y duda que suscita la extensión de la tutela del sistema por esta vía, lo afirmado en el fundamento jurídico tercero: «... si en su fuero interno existen conflictos de cualquier otra naturaleza, aunque aparentemente no dé muestras de ello.... Lo que hay



en la mente de las personas, aun bajo apariencia de una perfecta y ordenada vida, carente de problemas familiares, económicos, etc. no es materia que nos corresponda presumir con libertad. Es ya de por sí complicado el diagnóstico por parte de los especialistas, que en muchos casos no pueden afirmar con rotundidad la existencia de enfermedad, para que los órganos judiciales puedan permitirse, sin dato objetivo alguno, afirmar que un padecimiento de esta índole tiene por causa, así, sin más, el trabajo».

Es cierto que la existencia de problemas laborales y de una depresión no implica que necesariamente exista un nexo causal entre ellos, pero no es menos cierto que, aun no existiendo acoso (lo que el TSJ entiende no ha quedado probado) es posible que exista dicho nexo causal entre ese conflicto laboral y la enfermedad (depresión, ansiedad, úlcera...).

La línea interpretativa que defendemos puede parecer imprudente o irresponsable, pero lo cierto es que nadie dudaría de que si, como consecuencia de un ritmo extenuante, un trabajador sufre un accidente del que deriva una lesión²⁰ ha de considerarse accidente de trabajo. Por ello, tampoco debe extrañarnos que si, como consecuencia de ese ritmo o nivel de exigencia, una persona enferma de depresión o ansiedad en un grado que le imposibilite su trabajo y necesite asistencia sanitaria, hemos de considerarlo también como contingencia profesional. La cuestión está pues en la prueba de dicho nexo y en la valoración responsable de indicios y hechos; y esto, desde nuestro punto de vista no implica reconocer una protección máxima a personas que simplemente no están cómodas con una situación conflictiva, difícil o estresante. El hecho de que los intentos de suicidio, suicidios, síndrome de «burn out» puedan ser calificados como contingencias profesionales, así lo ha puesto de manifiesto.

En otra Sentencia más reciente aún, la STSJ de Cantabria de 17 de marzo de 2004 (AS 1050), Recurso núm. 1265/2003, se introduce otra cuestión: la indemnización de daños y perjuicios. En efecto el demandante pretende una indemnización de daños y perjuicios por accidente de trabajo, sosteniendo la culpabilidad empresarial, en un supuesto de hecho de síndrome depresivo reactivo a conflictividad laboral.

La diferencia entre conflicto laboral y acoso moral es aquí importante, no para calificar la contingencia sino para determinar la existencia de culpabilidad empresarial o no, a efectos del reconocimiento del derecho a la indemnización por daños y perjuicios. Por ello, en los Fundamentos de De-

²⁰ La STSJ País Vasco de 2 de noviembre de 1999 consideró como accidente de trabajo los estados de agotamiento emocional, cansancio físico y psíquico padecidos por el trabajador como consecuencia del trabajo y enmarcables dentro del síndrome burnt-out o «estar quemado».

recho Primero y Segundo el TSJ analiza fundamentalmente el concepto de acoso moral, recogiendo los principales pronunciamientos al respecto. Así, sobre la denegación de equiparación de la conflictividad laboral con el «mobbing» menciona las SSTSJ País Vasco 30 abril y 24 de septiembre y STSJ de Navarra de 23 de diciembre de 2002. Y sobre el concepto y elementos que configuran el acoso moral se remite a la STSJ País Vasco de 24 de septiembre de 2002 y a la STSJ Navarra 24 de diciembre de 2002.

Es importante destacar del supuesto de hecho, sin entrar aquí en el tema de la extinción de la relación por despido disciplinario, ni en el de la indemnización, en uno de los antecedentes de hecho. Nos referimos al hecho de que el INSS declaró la situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de seguridad/escolta derivada de su enfermedad común. El trabajador presentó demanda impugnando la contingencia de tal incapacidad, con el fin de que se declarase la de accidente de trabajo (por la conexión causal con un conflicto laboral) y el grado de incapacidad con el fin de que se le reconociese la absoluta para todo trabajo. Esta demanda, que fue desestimada por sentencia del juzgado de lo social, fue impugnada y la Sala de lo Social del TSJ de 12 de noviembre de 2002 revocó la anterior en el sentido de declarar que el proceso de IT del actor, derivado de las mismas dolencias psíquicas de las que después resultaría la IPT para su profesión habitual de vigilante de seguridad que fue reconocida en vía administrativa, son una contingencia profesional, accidente de trabajo por su conexión causal con una situación conflictiva laboral.

Volviendo a la Sentencia que se centra en la indemnización por daños y perjuicios, la STSJ Cantabria de 17 de marzo de 2004, en el Fundamento Jurídico Primero declara que «...no basta para justificar dicho resarcimiento la relación objetiva causa-efecto entre conflictos laborales y daños psíquicos porque el conflicto es inherente a las relaciones laborales hasta el punto de que el actual modelo de relaciones laborales lo institucionaliza frente al modelo autoritario anterior, que lo negaba: el verdadero requisito motivador de la responsabilidad empresarial es la existencia de culpa o dolo... y a tenor del art. 1101 CC que se dice infringido. Si así no se entendiese, toda calificación de accidente de trabajo justificaría, al margen de la responsabilidad empresarial, la indemnización adicional que ahora se postula». Vemos cómo para el TSJ la existencia de dolo o culpa es lo relevante para determinar la procedencia de la indemnización, pero de forma paralela admite la existencia de un accidente de trabajo cuando la enfermedad psíquica tiene su origen en una situación laboral conflictiva, sin que se hayan producido conductas calificables de «mobbing».

Es claro que la interpretación del TSJ de Extremadura y del de Cantabria son contradictorias, ya que aunque los hechos o pruebas que aparecen en unos y otros supuestos no sean los mismos, las afirmaciones de carácter general que se hacen en uno y otro Tribunal se contradicen y, desde nuestro



punto de vista, aun con todas las cautelas o reservas, lo relevante a los efectos de determinar la contingencia ha de ser la prueba de un nexo causal sino absoluto (lo que resultaría imposible), al menos, cualificado, no siendo suficientes los indicios.

- En la Sentencia de 23 de marzo de 2004 (AS 1072), el TSJ de Navarra resuelve de nuevo un recurso de suplicación en el que se demanda la calificación de accidente de trabajo en un supuesto de enfermedad común contraída con motivo del trabajo consistente en trastornos mentales-estrés y trastorno de la personalidad originado por acoso en el trabajo. En este caso se trata de una incapacidad permanente absoluta, demandando el trabajador (funcionario de la AISS del Ministerio de Administraciones Públicas) la declaración de accidente de trabajo, pretensión que reconoció el Juzgado de lo Social, declarando que la contingencia actualizadora de la situación de incapacidad permanente absoluta en que se encuentra el demandante, es el accidente de trabajo y no la enfermedad común. El TSJ desestima el recurso interpuesto por el INSS la TGSS y el Ministerio de Administraciones Públicas, confirmando la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Navarra.

En el Fundamento Jurídico Cuarto repasa el TSJ el concepto de accidente de trabajo y su evolución judicial y doctrinal. El concepto legal de accidente de trabajo es «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena» (art.115.1 LGSS. Por tanto se configura a través de tres elementos: lesión, trabajo por cuenta ajena y relación entre lesión y trabajo, elementos generosamente interpretados por la jurisprudencia del TS y la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo, en aras a la máxima protección del trabajador.

Así el concepto de lesión, que sugiere la idea de acción o irrupción súbita o violenta de agente exterior fue ampliado desde la importante STS de 17 de junio de 1903, iniciadora de la línea doctrinal consolidada, incluyendo a las lesiones de evolución insidiosa o lenta, y tanto a la herida manifestada externamente como a la dolencia sin manifestación externa notoria y trastorno fisiológico y funcional.

Igualmente, el elemento objetivo del trabajo vio ampliado su ámbito de aplicación, procediendo a la inclusión de las figuras de accidente de trabajo «in itinere» y el accidente de trabajo «en misión».

La jurisprudencia relativa al concepto de enfermedades del trabajo no duda en calificar como enfermedad provocada por el trabajo muchos supuestos, sin que se encuadren ni en el apartado e), f) y g) del art. 115.2 LGSS. No obstante, es cierto que cuando se trata de enfermedades con un suceso desencadenante o que se manifiesta en el tiempo y lugar de trabajo, son más fácilmente calificables de accidente de trabajo que otras enfermedades de aparición lenta o en las que no se evidencia la aparición en tiempo y lugar,

en que la jurisprudencia es bastante más rígida, al acudir al art. 115.2 e) LGSS que exige la exclusividad²¹.

Desde nuestro punto de vista, como venimos sosteniendo, las enfermedades que derivan de acoso moral (e incluso otros síndromes o enfermedades psicolaborales) pueden llegar a ser consideradas contingencias profesionales siempre que se demuestre la existencia del nexo causal, siendo la interpretación de éste y el grado de su exigencia lo que realmente divide a jueces, tribunales y doctrina científica. En efecto, y ya lo hemos visto, básicamente caben dos calificaciones jurídicas:

- o bien se reconducen al art. 115.2 e) LGSS, en cuyo caso se exigirá una causa única y exclusiva en el trabajo
- o bien se califica como accidente de trabajo en caso de concurrir la doble condición de lugar y tiempo que exige el art. 115. 3 LGSS. En el caso, poco probable en estas patologías de que la «lesión» aparezca en el lugar y momento de trabajo, entraría en juego esta presunción legal. Es ilustrativa de esta línea la STSJ de Navarra de 30 de abril de 2001 que, invocando la STS de 27 de diciembre de 1995, afirma que la destrucción de la presunción de laboralidad del accidente exige que se trate de una enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral o bien que se destruya el nexo entre enfermedad y trabajo Sin embargo, a diferencia del accidente propiamente dicho, en las enfermedades, y más cuando se trata de enfermedades psíquicas (de mayor incidencia en caso de mobbing) la aparición de la enfermedad no responderá a un momento concreto y no derivarán de un acto violento con manifestación externa²², lo que dificulta en la práctica el juego de la presunción.

Ya hemos visto que ambas líneas presentan problemas para dar cobertura a enfermedades que realmente tienen su causa y se desencadenan con ocasión o como consecuencia del trabajo. En efecto, la rigidez del art. 115.2 e) LGSS hace que la concurrencia, simplemente, de factores personales (un carácter más propenso o coincidencia con otras circunstancias) sirva en ocasiones para que el juez deniegue su calificación de enfermedad del trabajo (a no ser que se fundamente alguna interpretación más flexible del mismo, aun en contra de su tenor literal).

²¹ En la doctrina, *vid.*, en este sentido SOTO RIOJA, S.: «Las enfermedades del trabajo y su manifestación “in itinere”», *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999, págs. 151 y 152, donde sugiere que si se considera la enfermedad del trabajo como accidente de trabajo, no se debiera admitir esta disparidad de tratamiento.

²² *Vid.* al respecto, específicamente TOSCANI GIMÉNEZ, D. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: «La presunción del art. 115.3 de la LGSS y las llamadas enfermedades del trabajo», *TS* núm. 78, 1997, en especial pág. 63.

Por otro lado, la difícil determinación del momento en que aparece una de estas enfermedades de desarrollo lento es un obstáculo para la aplicación de la presunción del art. 115.3 LGSS, tal y como hemos visto. Además el reconocimiento de que las lesiones causadas por episodios de acoso moral derivan de la contingencia de accidente de trabajo, salvo en los supuestos en que se trate de acontecimientos que tengan lugar en el tiempo y lugar de trabajo, exigirá, según la jurisprudencia mayoritaria una contundente prueba pericial demostrativa de la relación causal. El TS en su Sentencia de 28 de septiembre de 2000, limita la presunción del art. 115.3 LGSS a las lesiones que acontezcan en el tiempo y lugar de trabajo, mientras que las que se evidencien en ocasión distinta «*exigirán la prueba demostrativa del nexo causal, directo e inequívoco entre el mal sobrevenido y la ejecución del trabajo*».

En esta situación, tras analizar las posibilidades y ver cuáles son las soluciones jurisprudenciales, creemos que la ampliación del concepto de accidente de trabajo a toda «lesión» ha de dar amparo también a estas denominadas enfermedades del trabajo, al amparo de lo previsto en el art. 115.1 LGSS. Y, en consecuencia, se ha de exigir una prueba de causalidad simple (y no reforzada como exige el art. 115.2 e) LGSS). Somos conscientes de que al acudir al art. 115.1 LGSS, desechando el que a todas luces es más específico, se llega a una interpretación cuestionable (no sólo por acudir a la regla general en lugar de a la más específica), sino porque realmente perdería sentido y razón de ser la existencia misma del art. 115.2 e) de la LGSS, Aunque es cierto que ello estaría motivado y permitido por la hipertrofia a la que ha llegado el concepto de accidente de trabajo. En todo caso, dado que las enfermedades del trabajo no se benefician de ningún tipo de presunción en nuestro ordenamiento (aunque se ha señalado la posibilidad de acudir al art. 1253 CC), siempre recaerá sobre el trabajador la prueba de la relación causal ente las secuelas y sus orígenes.

Hemos visto que no hay una línea judicial clara y unívoca, llegado a admitir incluso la vía del art. 115.1 para su consideración como accidente de trabajo, sin exigir la existencia de un nexo causal único. Desde luego no es ésa la línea mayoritaria, sino la que procede a su calificación como accidente de trabajo por la vía del art. 115.2 e).

El TS ha tratado de proceder a la oportuna unificación, admitiendo el juego de la presunción en el caso de las enfermedades del trabajo prevista en el art. 115.3, no haciendo una interpretación rígida de la exigencia espacio-temporal para el juego de la presunción. Pero ello no solventa el problema de las enfermedades de tipo psíquico, cuya determinación espacio-temporal es imprevisible, razón por lo que salvo los supuestos de prueba de causa única, éstas no se han beneficiado del juego de la presunción.

No obstante, esas u otras objeciones, lo cierto es que estamos ante una situación que, en defecto de una reforma legal, exige una respuesta tuitiva, que permita la calificación de riesgo profesional de enfermedades que tie-

nen su causa en éste, aunque dada la complejidad y dificultad de objetivación de las mismas puedan influir otros factores. Y para ello o se invoca directamente el art. 115.1 LGSS o se acude al apartado e), del número 2 de dicho precepto, sin llegar a un rigorismo interpretativo apegado al tenor literal de las palabras, defendiendo una interpretación teleológica y sistemática dentro del conjunto del precepto y cuerpo legal.

En esta línea se ha inclinado el TS en su Sentencia de 27 de diciembre de 1995, dictada en unificación de doctrina, en relación con la presunción del art. 115.3 LGSS, al afirmar que es accidente de trabajo «*Aquel en que de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con el nexo causante, indispensable siempre en algún grado, sin que sea necesario precisar su significación mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada rotura alguna de la relación de causalidad entre la actividad profesional y el padecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que evidencien a todas luces la carencia de aquella relación*».

Desde estas líneas invocamos esta doctrina y defendemos su aplicación indiferenciada tanto al hecho súbito o violento y visible como a la enfermedad, de desarrollo lento²³. Es cierto que la diferencia fundamental entre las enfermedades profesionales y las enfermedades del trabajo no afecta tanto a aspectos esenciales de su régimen jurídico, sino a aspectos más instrumentales como es precisamente el de la prueba del nexo causal entre lesión y trabajo. Las enfermedades profesionales estarían blindadas por una presunción *iuris et de iure*, mientras que a las segundas se les exige la prueba de una etiología laboral como causa única. Sin embargo, y sin cuestionar la barrera que separa unas y otras enfermedades en nuestro ordenamiento, es preciso avanzar en un sentido flexibilizador en el ámbito probatorio²⁴,

²³ En la doctrina científica se ha defendido mas allá del Derecho vigente, la necesidad de una constante actualización del listado de enfermedades profesionales, en tal sentido SEMPERE NAVARRO, A.V.: «El estrés laboral como accidente de trabajo», *AS* núm. 20, 2000, pág. 49, MOLINA NAVARRETE, C.: «Una nueva patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (Mobbing). Reflexiones a propósito de la sentencia del TS, Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 23 de julio de 2001», *La Ley*, núm. 5436, 2001, pág. 49.

²⁴ En la doctrina, se aprecia, sin embargo una «cierta reticencia» en el caso de las enfermedades mentales que siguen siendo aún la gran asignatura pendiente en la jurisprudencia, pues hay resistencia a la asimilación plena a las enfermedades corporales, *vid.*, BARROSO MARTÍNEZ, M.ª de los Reyes: «Sobre la enfermedades profesionales no listadas. A propósito de un supuesto de “síndrome de desgaste personal” o de “burn-out”», *RDS*, núm. 10, 2000, pág. 195. Una visión menos pesimista, *vid.*, CORDERO SAAVEDRA, L.: «El acoso moral u hostigamiento psicológico en el trabajo. Un problema laboral con incipiente respuesta jurídica», *REDT*, núm. 110, 2002, págs. 246 y ss.



aunque se es consciente de que hoy por hoy ha imperado una exigencia superior de la relación de causalidad en la enfermedad del trabajo que en el accidente en sentido estricto, llegado en muchos casos a requerir una causalidad directa, estricta y rigurosa.

Por contra aplicando, como proponemos, una interpretación razonable del nexo causal (en la misma medida que en el caso del accidente en sentido estricto), pueden ser perfectamente calificables de accidente de trabajo las enfermedades psíquicas derivadas de acoso, aunque concurrieran otros factores. Tal y como hicieron las SSTSJ de Navarra, de 30 de abril y 15 de junio de 2002. También la STSJ de Galicia de 24 de enero de 2000 (Ar. 60) en la que el Tribunal afirma que la interpretación de este nexo causal no puede ser restrictiva sino que bastará con la concurrencia de «una conexión con la ejecución de un trabajo..., indispensable siempre en algún grado, sin que sea necesario precisar su significación mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada rotura alguna de la relación de causalidad entre la actividad profesional y el padecimiento». Y en la misma línea la STS de 23 de julio de 1999 (AS 6841) en la que, sólo en los supuestos en que juega la presunción, el TS considera que quien mantenga el carácter extralaboral del hecho soportará la carga de acreditar que se trata de enfermedades no susceptibles de etiología laboral, o de excluir ésta mediante la pertinente prueba.

Lo que no es admisible es continuar en una situación en la que ante supuestos similares se acude directamente al art. 115.1 LGSS para su consideración como accidente de trabajo, no exigiendo de forma rígida la existencia de un nexo causal entre la enfermedad y el trabajo, mientras que en otras ocasiones se acude al art. 115.2 e) LGSS, requiriendo prueba de que la enfermedad ha sido provocada exclusivamente y sin duda por el trabajo. Y, aunque el TS ha intervenido en unificación, lo cierto es que lo ha hecho en torno al art. 115.3 y el 115.2 e), ambos de la LGSS, sin considerar directamente el art. 115.1 LGSS que es el que más se ajusta a estas enfermedades y requiere menor carga probatoria. Por ello persisten las dificultades para la calificación de enfermedades psicolaborales como accidente de trabajo.

4. RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO

La consideración de las patologías derivadas de acoso moral como accidente de trabajo abre la posibilidad (al menos como hipótesis de trabajo) de la imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en el trabajo, prevista en el art. 123 LGSS.

Este precepto establece que «Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumen-

tarán según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o *cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo*, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la salud, sexo y demás condiciones del trabajador».

Es claro que la responsabilidad recaerá sobre el empresario infractor de la normativa de seguridad e higiene, no siendo asegurable dicha responsabilidad, que es, además, compatible con las de todo orden, incluso penal que puedan derivarse de la misma infracción. Sin embargo, para que proceda dicho recargo ha de existir una infracción específica de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales. Tal y como exige la jurisprudencia, esto implica que exista una vulneración o infracción de un precepto normativo concreto que imponga una medida de protección particular a adoptar (y el acoso no está específicamente previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

Tradicionalmente se impone un criterio restrictivo en orden al recargo de prestaciones por considerar que, dada su naturaleza «sancionadora», no es suficiente la alegación de un deber genérico de seguridad, aunque se va evolucionando hacia un deber de seguridad más omnicompreensivo y genérico como base de un recargo²⁵. Sin embargo, la línea más restrictiva sigue siendo mayoritaria y ello dificulta la imposición del recargo en caso de acoso moral, al tener que basarlo en un incumplimiento de un deber genérico de seguridad. Así, aunque se ha avanzado en otros terrenos, admitiéndose sanciones laborales, indemnizaciones o responsabilidades, no ha sucedido lo mismo en el caso del recargo sobre las prestaciones de seguridad social que puedan tener su origen último en el acoso moral.

Desde nuestro punto de vista, para llegar a un mismo nivel de protección prestacional en relación con la prevención de los riesgos psicolaborales, será necesaria su regulación en el ámbito laboral y de prevención de riesgos laborales, incluyendo el acoso moral como una conducta específicamente tipificada. Y este es un motivo más para animar al legislador a dar una definición de este fenómeno y determinar sus consecuencias, que, no siendo el más importante, desde luego, conviene tener presente, por el valor disuasio-

²⁵ No obstante, alguna sentencia como la del TSJ País Vasco de 4 de noviembre de 1997 exige la adopción de todas las medidas de protección adecuadas para evitar una situación de riesgo para la vida o la integridad de los trabajadores, no siendo preciso que se limite en exclusiva a las legalmente previstas.

rio y por suponer un nexo de unión entre la dimensión reparadora propia del Derecho de la Seguridad Social y la prevencionista. Nexos siempre necesarios para tener una visión global de cuáles han de ser las respuestas del Derecho en cada uno de los sectores en que se subdivide.

Finalmente, en cuanto al problema de fondo, el de si es imputable o no al empresario este tipo de comportamiento lesivo de la integridad y la dignidad del trabajador, no cabe duda de ello, y así lo afirma nuestra doctrina científica²⁶, que considera que una mala gestión del personal y la nula o deficiente gestión de los conflictos son responsabilidad empresarial, ya que las facultades correspondientes forman parte del poder de dirección y organización, cuya titularidad y responsabilidad recaen sobre el empresario. Y, si el empresario, no lo olvidemos, tiene reconocido el poder de decisión, el de vigilancia y la potestad disciplinaria, es también responsable de las consecuencias derivadas de una deficiente gestión de las relaciones sociales en la empresa y la organización del trabajo.

ANEXO I: SELECCIÓN DE SENTENCIAS RELATIVAS A ACOSO MORAL-CALIFICACION Y TUTELA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (P.O. CRONOLÓGICO)

A. A favor de la consideración como contingencia profesional

- | | |
|--|---|
| STS de 29 de octubre de 1970 (patología psíquica cuya génesis es laboral) | STSJ Murcia de 15 de enero de 2001 (trastorno de la personalidad-angustia-agorafobia) |
| STSJ País Vasco de 7 de octubre de 1991 (burn out, accidente de trabajo) | STSJ de Navarra de 30 de abril de 2001 (trastorno de ansiedad reactivo a acoso en el trabajo) |
| STSJ Castilla León/Valladolid de 30 de septiembre de 1997 (estrés laboral-suicidio) | STSJ de Navarra de 18 de mayo de 2001 (trastorno depresivo reactivo) |
| STSJ País Vasco de 2 de noviembre de 1999 (síndrome burn-out, causa exclusiva en el trabajo) | STSJ Cataluña de 30 de mayo de 2001 (depresión mayor) |
| STSJ Galicia de 24 de enero de 2000 (depresión reactiva a problemática laboral) | STSJ Navarra de 15 de junio de 2001 (trastorno depresivo reactivo) |
| STSJ Andalucía de 23 de febrero de 2000 (depresión causada en el trabajo) | SJS Pamplona núm. 2, de 24 de septiembre de 2001. (acoso y accidente de trabajo) |
| STSJ País Vasco de 29 de febrero de 2000 (estrés laboral-suicidio) | STSJ de Castilla y León de 20 de diciembre de 2001 (síndrome depresivo reactivo a problemática laboral) |
| STSJ País Vasco de 9 de mayo de 2000 (depresión con causa en el trabajo) | STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 2002 (trastorno depresivo mayor) |
| STSJ Aragón de 30 de octubre de 2000 (suicidio, estrés laboral) | S. Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén, de 10 de mayo de 2002 (trastorno |
| STSJ Cataluña de 3 de noviembre de 2000 (depresión mayor) | |



- | | |
|---|---|
| adaptativo mixto ansioso-depresivo vinculado al trabajo) | JS núm. 1 la Rioja de 31 de octubre de 2003 (crisis de ansiedad por maltrato físico y de palabra) |
| SJS Barcelona núm. 16 de 27 de diciembre de 2002 (síndrome de <i>Burn-out</i>) | STSJ Navarra de 23 de marzo de 2004 (acoso trastornos mentales) |
| STSJ Galicia de 4 de abril de 2003 (suicidio trabajador en alta mar) | |

B. En contra de la consideración como contingencia profesional

- | | |
|---|---|
| STS de 24 de mayo de 1990 (enfermedad de etiología común que se revela con ocasión del trabajo) | STSJ País Vasco de 30 de abril de 2002 (sobrecarga psicológica) |
| STSJ Madrid, de 29 de enero de 1991 (fobia y ansiedad motivada por conflicto laboral) | STSJ Extremadura de 16 de diciembre de 2003 (enfermedad común estrés, aun contraída con motivo de la realización del trabajo) |
| STSJ La Rioja de 20 de noviembre de 2001 (trastorno ansioso-depresivo) | |



LAS BOLSAS DE TRABAJO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA *

TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ

Doctor en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Becario Posdoctoral MEC

Universidad de Nantes

EXTRACTO

La legislación en materia de Empleo Público en nuestro país, recogida con carácter principal en la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública, y en sus normas de desarrollo se ha encargado de establecer el procedimiento de selección de personal con carácter fijo, dejando asimismo planteada, la posibilidad de contar con personal con carácter temporal, para la cobertura de vacantes transitorias.

Sin embargo, este último supuesto ha quedado planteado de forma vaga y abierta. Diversos son los procedimientos utilizados para esta cobertura de vacantes de forma temporal, y en muchos casos, urgente. Todos estos procedimientos deben respetar los principios legales y constitucionales de publicidad, igualdad, merito y capacidad. Asimismo, deben tener en cuenta la necesidad de un procedimiento «abreviado» e incluso urgente, para la selección del personal, más flexible que aquel para el acceso del personal fijo.

En el presente trabajo nos centraremos en la determinación del acceso del personal a través de un procedimiento ya conocido, pero poco estudiado, como es el de las Bolsas de Trabajo, constituidas por aquellas personas que, habiéndose presentado y tomado parte en un procedimiento de selección para la coberturas de plazas de personal fijo, no han podido obtener una de dichas plazas. Mediante el procedimiento de las bolsas de trabajo o espera, van a quedar a la espera de la existencia de vacantes temporales, sirviendo para la cobertura de dichas plazas mientras la persona titular de la misma se reincorpora, o se cubre la plaza mediante el procedimiento ordinario para ello.

Junto a la determinación de su régimen jurídico, analizaremos los mecanismos de cobertura de vacantes mediante esta lista de espera o bolsa de trabajo, existentes en la Comunidad Autónoma Andaluza, publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del disfrute de una beca Posdoctoral del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, para la ejecución del proyecto de investigación «EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS: NUEVAS VIAS DE ACUATUACIÓN. EL CASO DE ITALIA, FRANCIA Y ESPAÑA», disfrutada en la Universidad Roma I. La Sapienza y la Universidad de Nantes, financiada por la Secretaría de Estado de Educación y Universidades y cofinanciada por el Fondo Social Europeo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS BOLSAS DE TRABAJO: CONCEPTO Y ELEMENTOS DELIMITADORES
 - 2.1. Concepto
 - 2.2. Posición jurídica de la persona inscrita en la bolsa de trabajo
 - 2.3. Jurisdicción competente para conocer las controversias producidas respecto de las bolsas de trabajo
 - 2.4. Pretensión resarcitoria a ejercer en los supuestos de reclamación contra las bolsas de trabajo
3. LA PREVISIÓN NORMATIVA DE LAS BOLSAS DE TRABAJO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA
 - 3.1. La bolsa de trabajo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía
 - 3.2. La bolsa de empleo temporal del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, especialidades Farmacia y Veterinaria
 - 3.3. La bolsa de empleo temporal del Profesorado interino
 - 3.4. Otros supuestos
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El sometimiento de la Administración a diversos principios, como el de legalidad y el de sometimiento al ordenamiento jurídico, la colocan en ciertas ocasiones en difícil equilibrio con otros principios, como podría ser el de eficacia.

Cuando es necesaria la cobertura temporal de vacantes existentes, puede producirse una contradicción entre la exigencia de mérito y capacidad en el acceso a la Función Pública, y la necesidad de contar, de forma más o menos inmediata, con personal para la cobertura de vacantes.

Para ello, existe un mecanismo utilizado con cierta frecuencia por las Administraciones Públicas, como es el acudir al personal que, habiéndose presentado a las correspondientes pruebas selectivas para su incorporación a diferentes entes públicos, no haya sido capaz de superar las correspondientes pruebas selectivas. Se trata entonces del mecanismo que presenta diversas denominaciones como «bolsas de trabajo», «bolsas de espera», o otros diversos producidos por la práctica negocial.

Analizaremos a continuación los diversos supuestos que pueden producirse.

En primer lugar determinaremos el concepto de este mecanismo temporal de cobertura de vacantes, y los elementos que deben ser tenidos en cuenta. Una vez sentadas dichas bases, pasaremos a analizar el contenido de las diversas bolsas de trabajo existentes en la Administración de la Junta de Andalucía.



2. LAS BOLSAS DE TRABAJO: CONCEPTO Y ELEMENTOS DELIMITADORES

2.1. Concepto

Utilizando un concepto que ya hemos tenido ocasión de desarrollar y utilizar en una investigación precedente ¹, podemos definir a las Bolsas de trabajo como a un mecanismo por el cual se recurre, para la cobertura provisional de vacantes, a aquellas personas que han participado en un proceso selectivo para ingresar al servicio de las administraciones públicas, pero que no han sido capaces de superar las pruebas selectivas, o habiéndolas superado, no han obtenido empleo fijo.

La bolsa de trabajo queda regulada y estructurada mediante un procedimiento negociado entre la Administración Pública de la que se trate y los Sindicatos; en ciertas ocasiones se trata de un acto unilateral de la Administración.

2.2. Posición jurídica de la persona inscrita en la bolsa de trabajo

La cuestión se plantea en esta materia sobre la posición de la persona inscrita en la bolsa de trabajo, a la hora de su delimitación jurídica, y de los derechos que dicha situación le concede.

Así, el debate se centra en determinar si una persona que se encuentra inscrita en la bolsa ostenta un derecho subjetivo, un interés legítimo a ser contratado por la misma, derecho que puede hacer valer frente a otras personas.

La posición de la doctrina y de la jurisprudencia ha sido cambiante al respecto. Existen posiciones en las que se considera que existe realmente una figura paralela o asimilable a la del precontrato, de forma que la persona inscrita en la bolsa tiene derecho a ser contratado, pudiendo esgrimir ese derecho a la contratación tanto frente a la Administración Pública, como frente a la persona que hubiera sido contratado en su lugar ².

La segunda de las posiciones, considera que no existe ningún tipo de vínculo que no pueda dar lugar a la presencia de un derecho adquirido, sino

¹ Vid., GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: *Las bolsas de trabajo de las Administraciones Públicas*, en XXX (en prensa).

² SSTSJ de Andalucía 12-4-94 (AS 1525/94), Galicia de 20-12-94 (AS 4765/94), Murcia de 20-9-96 (AS 2850/96), País Vasco de 11-2-97 (AS 781/97), Andalucía de 13-3 y 27-3-1998 (AS 1807 y 1673/98). También STS de 12-12-97 (RJ 9167/97). Incluso la STSJ de Andalucía de 7-2-94 (AS 654/94) llega más lejos al calificar de despido nulo la no contratación de una persona que ocupaba un puesto anterior en la lista de espera.

únicamente y en todo caso, una mera expectativa de derecho a ser contratado, pero sin que alcance a la posición de derecho adquirido³.

El Tribunal Supremo⁴ se ha pronunciado de forma reiterada en los últimos años, sentando la posición restrictiva que considera que no existe derecho subjetivo a la contratación por la bolsa de trabajo de las personas inscritas en la misma. Se trataría, únicamente, de una mera expectativa de derecho que no contaría con protección jurídica adicional.

2.3. Jurisdicción competente para conocer las controversias producidas respecto de las bolsas de trabajo

También sobre este punto ha existido gran controversia. Así, han existido pronunciamientos contradictorios entre aquellos que propugnaban la competencia del Orden Jurisdiccional Social, al entender que existe una posición jurídica similar a la del precontrato, un vínculo que se encuentra latente pero que existe; y aquellos posicionamientos que consideran que no existe ningún tipo de relación; y que la posición de la Administración Pública, por aplicación de la Teoría de los actos separables, es anterior o preparatoria de la existencia del futuro contrato, por lo que no es competente el Orden Social, sino el contencioso administrativo.

La cuestión ha quedado resuelta recientemente por el Tribunal Supremo, que se ha decantado por una posición administrativista. Así, es competente el Orden contencioso Administrativo, por las siguientes razones:

- a) «La atribución de competencia a los Tribunales del Orden Social se realiza en el art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que les confía el conocimiento de «los conflictos que se promuevan den-

³ STSJ Andalucía de 11-9-95 (AS 3384/95) y 4-3-98 (AS 1459/98), Castilla y León de 21-5-96 (AS 1531/96), STSJ Madrid 26-2-98 (AL núm. 25/1998. P. 2223), STSJ La Rioja 1-12-98 (AL núm. 12/1999. P. 1124), STSJ Murcia 3-4-98 (AS 2205/98).

⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 16 mayo 2003. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 698/2002. (RJ 2003\5769). STS (Sala de lo Social), de 7 de febrero de 2003 (RJ 2004\1339). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1585/2002. Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 20 septiembre 2002. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3603/2001. (RJ 2002\8402). Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 19 noviembre 2001. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 533/2001. (RJ 2002\354). Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 octubre 2000. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 5003/1998. (RJ 2000\8661). Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 octubre 2000. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3647/1998. STSJ Andalucía (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 27 enero de 2004 (AS 2004\428). Recurso de Suplicación núm. 2437/2003.

tro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral». Aunque la referencia a la rama social del Derecho es vaga, parece opinión científica mayoritaria, la que incluye los sectores propios de las ramas del Derecho correspondientes al laboral, sindical y de la Seguridad Social. Y en este sentido resulta evidente que, la exclusión de determinados trabajadores de unas listas que se han confeccionado de acuerdo con unos criterios acordados mediante contratación colectiva, forma parte tanto de la rama del Derecho Laboral, como del Sindical. En ambos casos de lo que propiamente es rama social del Derecho. Se hace preciso, en consecuencia, determinar si tales actos, por excepción, estaban excluidos y atribuidos a la rama contencioso-administrativa de la Jurisdicción como el recurso pretende».

- b) «La atribución de competencias a los Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo se realiza en el art. 9.4 de la LOPJ que les confía la resolución de «las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y a las disposiciones reglamentarias». En desarrollo de ambos mandatos, el art. 3 a) de la LPL excluye de la rama social de la Jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetas al derecho administrativo en materia laboral. Y ha entendido la doctrina científica que tales actos sujetos al Derecho administrativo en materia laboral, pueden agruparse en tres grupos: sanciones, autorizaciones y actividad reglamentaria».
- c) «La aplicación de los anteriores mandatos legales conduce a la desestimación de la censura contenida en el recurso. Se impugna una práctica empresarial. Una actividad del organismo autónomo actuando como empresario, no como sujeto investido de potestad. Acto en desarrollo de un acuerdo pactado con la representación de los trabajadores. Así pues, la pretensión se deduce dentro de la rama social del Derecho, y no, pudiendo ser calificada tal conducta como acto sujeto a Derecho Administrativo en materia laboral, el conocimiento corresponde a los Tribunales del Orden Social», añadiéndose que «el criterio expuesto no contradice el plasmado en las Sentencias de esta Sala de 21-7-1992 (RJ 1992\5641) y 11-3 y 10-11-1993 (RJ 1993\1849 y RJ 1993\8677), Resoluciones que atribuyeron a la rama contencioso-administrativa de la Jurisdicción las reclamaciones contra las decisiones de la Administración en relación con las convocatorias para la provisión de plazas laborales con trabajadores de nuevo ingreso. En dichos casos, no existiendo contra-

to entre las partes, ni pacto colectivo determinante de la convocatoria, la actuación de la Administración para proveer las vacantes se rige por normas de Derecho Administrativo, lo que, como hemos razonado, no es el caso presente».

Por tanto, la única jurisdicción competente es la Contencioso-Administrativa⁵, salvo que se trate de una bolsa de trabajo de promoción interna, supuesto en el cual conocerá la Jurisdicción Social, ya que la actuación de la Administración Pública es en su condición de empresario, conociendo, por tanto, el orden jurisdiccional social.

2.4. Pretensión resarcitoria a ejercer en los supuestos de reclamación contra las bolsas de trabajo

Debemos determinar a continuación, cuales son las acciones que una persona puede ejercer, y que se derivan de su inclusión en una bolsa de trabajo.

En el caso en que una persona que tuviese derecho, conforme a la bolsa de trabajo en cuestión, a ser contratada, y no lo fuera, la petición principal a ejercer sería la nulidad del acto de nombramiento del candidato con menor derecho, y la correspondiente indemnización por los perjuicios causados. Dichos perjuicios contendrían los salarios dejados de percibir por no

⁵ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 16 mayo 2003. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 698/2002. (RJ 2003\5769). STS (Sala de lo Social), de 7 de febrero de 2003 (RJ 2004\1339). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1585/2002. Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 20 septiembre 2002. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3603/2001. (RJ 2002\8402). Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 19 noviembre 2001. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 533/2001. (RJ 2002\354). Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 octubre 2000. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 5003/1998. (RJ 2000\8661). Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 octubre 2000. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3647/1998. Como muestra de la nueva posición jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia, podemos citar algunas sentencias de los mismos. Así, STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 26 de marzo de 2004 (AS 2004\1389). Recurso de Suplicación núm. 2731/2001. STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 28 de enero de 2004 (AS 2004\889). Recurso de Suplicación núm. 2963/2003. STSJ Andalucía (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 20 de enero de 2004. (JUR 2004\80270). Recurso de Suplicación núm. 1813/2003. STSJ Andalucía (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 27 de enero de 2004. (AS 2004\428). Recurso de Suplicación núm. 2437/2003. STSJ Andalucía (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 18 de marzo de 2003. Recurso de Suplicación núm. 3022/2002. (AS 2003\1865). STSJ Andalucía (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 18 de junio de 2002 (AS 2003\983). Recurso de Suplicación núm. 3174/2001. STSJ Andalucía (Sala de lo Social, Sección 2.ª), de 20 de junio de 2002 (AS 2003\946). Recurso de Suplicación núm. 2761/2001.

haber sido contratado⁶, así como la cotización a la Seguridad Social por el período en que el trabajador no fue contratado⁷. Asimismo, debería incluirse la concesión y el abono sustitutivo del período de vacaciones retribuidas que le hubieran correspondido, de haber sido contratado conforme a la bolsa de trabajo⁸.

3. LA PREVISIÓN NORMATIVA DE LAS BOLSAS DE TRABAJO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA

Analizaremos en el siguiente punto aquellas bolsas de trabajo existentes en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y que hayan sido publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Dichas bolsas, tres, salvo error u omisión por nuestra parte, se analizarán atendiendo a su orden de publicación en dicho boletín.

⁶ STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), de 2 de mayo de 2002. (AS 2002\2738). Recurso de Suplicación núm. 447/2001. STSJ Cantabria (Sala de lo Social), de 4 febrero de 1998. (AS 2000\186). Recurso de Suplicación núm. 890/1998. STSJ Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 28 de julio de 1999 (RJCA 1999\2962). Recurso contencioso-administrativo núm. 1463/1996. STSJ Aragón (Sala de lo Social), de 28 de noviembre de 2002 (AS 2002\4087). Recurso de Suplicación núm. 476/2002. STSJ Cataluña (Sala de lo Social), de 28 de febrero de 2001 (AS 2001\1594). Recurso de Suplicación núm. 8382/2000. Considera, sin embargo, que de la indemnización a abonar deben desquitarse la prestación por desempleo que la trabajadora percibió. STSJ País Vasco (Sala de lo Social), de 5 de septiembre de 2000 (JUR 2001\40107). Recurso de Suplicación núm. 1163/2000. De los salarios a percibir deberían descontarse los percibidos en un contrato para el mismo ente público y respecto del que suscribió contrato de trabajo. STSJ Galicia (Sala de lo Social), de 28 de mayo de 1999 (AS 1999\1296). Recurso de Suplicación núm. 2333/1996. Se pronuncia contraria a este hecho. Sólo sería posible una indemnización por la mala gestión de la Administración, conforme al procedimiento legalmente establecido para ello. STSJ Cataluña (Sala de lo Social), de 22 de enero de 1997 (AS 1997\856). Recurso de Suplicación. Rollo núm. 7287/1996. Utiliza una vía indemnizatoria distinta, concediendo como indemnización la mitad de los salarios mensuales que le hubieran correspondido por su elección para la cobertura de dicha plaza.

⁷ Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 21 de septiembre de 1999 (RJCA 1999\4501). Recurso núm. 191/1998.

⁸ Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 21 de septiembre de 1999 (RJCA 1999\4501). Recurso núm. 191/1998. Existe un pronunciamiento contrario del TSJ del País Vasco, que deniega este derecho, al tratarse de la prestación de servicios que no realizó efectivamente, por lo que no habría derecho al disfrute de vacaciones. STSJ País Vasco (Sala de lo Social), de 5 de septiembre de 2000 (JUR 2001\40107). Recurso de Suplicación núm. 1163/2000. También contrario al abono de las vacaciones que efectivamente no se disfrutaron, la STSJ Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 9 de diciembre de 1998 (RJCA 1998\4698). Recurso contencioso-administrativo núm. 4900/1995.

Para su estudio, hemos tratado de utilizar un sistema de análisis similar, para ofrecer así una comparativa de los mismos elementos de cada una de ellas.

3.1. La bolsa de trabajo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía

La regulación actualmente vigente, con carácter general, recogida en la Comunidad Autónoma de Andalucía, se encuentra en el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía⁹, que tiene vigencia hasta el 31 de diciembre de 2006.

Dicho convenio es de aplicación todo el personal que, con relación jurídico laboral, preste sus servicios y perciba sus retribuciones con cargo a las dotaciones presupuestarias aprobadas para el personal laboral en el Estado de Gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Sin embargo, quedan excluidos de dicho convenio, y por tanto, de la aplicación de la regla sobre bolsas de trabajo algunos colectivos que cuentan con gran número de personas incorporados a los mismos, como, por ejemplo, el personal laboral al Servicio del Servicio Andaluz de Salud, o el personal que preste servicio en las empresas públicas de la Junta de Andalucía¹⁰.

⁹ Publicado en BOJA núm. 139, de 28 de noviembre de 2002, mediante Resolución de 22 de noviembre de 2002, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, de la Junta de Andalucía.

¹⁰ Concretamente, conforme al artículo 3 del Convenio, los colectivos excluidos de la aplicación del convenio son los siguientes:

- a) El personal laboral que presta servicios en las Instituciones Sanitarias dependientes del Servicio Andaluz de Salud.
- b) El personal con contrato laboral que preste sus servicios en Empresas públicas, sea cual sea la participación de la Junta de Andalucía en las mismas.
- c) Los profesionales con contratos para trabajos específicos, cuya relación con la Junta de Andalucía se derive de la aceptación de minuta o presupuestos y no tengan el carácter de contratado laboral.
- d) El personal que preste sus servicios en empresas públicas o privadas cuando las mismas tengan suscrito contrato de obras o servicios con la Junta de Andalucía u Organismos Autónomos de ella dependientes, de acuerdo con la legislación estatal vigente en materia de contratos administrativos de las Administraciones Públicas, incluso en el caso de que las actividades de dicho personal se desarrollen en los locales de las unidades administrativas de la Junta de Andalucía.
- e) El personal temporero eventual para labores agrícolas, ganaderas, forestales o pesqueras, que verá regulada su relación laboral por los Convenios Colectivos de aplicación en cada caso y la legislación laboral común, y que se acogerá a los Regímenes Especiales de la Seguridad Social que correspondan en cada caso.
- f) Personal Becarios, de colaboración social y cualquier otro personal sometido a fórmulas de prestación de servicios no estrictamente laboral.



En el artículo 18 de dicha norma, que lleva como rúbrica «contratación temporal», se establece como principio general que las vacantes existentes en los puestos de trabajo, sea por ausencia de su titular, sea por falta de cobertura de la misma, serán cubiertas provisionalmente, hasta la reincorporación de su titular, o la finalización del procedimiento selectivo correspondiente, conforme a los tipos de contratación temporal vigente, siguiendo siempre los criterios expresados en dicho Convenio.

Con carácter general, tal como establece el artículo 18.2, se constituirá una Bolsa de Trabajo, por las personas que, en los supuestos de concurso-oposición, hayan aprobado uno o más ejercicios, y en el caso de concurso, que hayan participado en el mismo.

— Creación.

Tal como determina el precepto, la creación de la Bolsa de Trabajo aparece configurada como una actuación automática, *ex convenio*, que debe producirse, conforme establece el mismo, una vez que haya quedado resuelto definitivamente los procesos de acceso a la condición de personal laboral fijo en las distintas categorías de cada Grupo profesional.

Sin embargo, la dicción del precepto plantea problemas interpretativos de hondo alcance. Esto es así, porque el precepto hace referencia a la «resolución definitiva». Conforme establece la normativa de función pública, la cobertura definitiva se produce por la toma de posesión y la publicación en el BOJA de la misma. Por tanto, parece claro, que una vez que se produjera este hecho, la Bolsa debería formarse.

Ahora bien, y si se produce alguna anomalía en el proceso selectivo? Por ejemplo, si alguna persona impugna judicialmente la resolución del concurso-oposición o del concurso, y solicita la suspensión de la resolución del mismo hasta que no recaiga un procedimiento judicial? Sería posible que esto sucediera, y en tal caso, al quedar paralizado el proceso selectivo, este hecho produciría que también quedara vacío de contenido la posibilidad de crear la Bolsa de trabajo. Hubiera sido, por tanto, más conveniente el haber «obviado» la mención «definitivamente».

Asimismo, se plantea una cuestión ya que, conforme a la dicción expresa de la Bolsa de trabajo, esta solamente podría crearse con los aspirantes no seleccionados en los supuestos de concurso-oposición, o de concurso, por lo que, *a priori*, no sería posible crear una bolsa de trabajo cuando el proceso selectivo de que se tratase fuese una oposición. En la práctica, se crea en cualquier proceso selectivo, por lo que hubiese sido más conveniente incluir en la dicción a la oposición.

Asimismo, y como consecuencia natural de que el convenio colectivo es de aplicación al personal laboral, la bolsa solo puede ser creada en el supuesto en que el personal a seleccionar sea personal laboral, no cuando se pretende cubrir una plaza dirigida a funcionarios con vínculo administrativo.

— Gestión.

Conforme determina el propio Convenio colectivo, una vez finalizado el proceso selectivo en cuestión, y publicada en el BOJA la resolución con los aspirantes que toman posesión de la plaza en cuestión, se constituirá la Bolsa de Trabajo que comprenda todas las categorías profesionales, centralizada en la Dirección General de la Función Pública.

Es decir, la Bolsa será creada por la Consejería de Justicia y Administración Pública, a través de la mencionada Dirección General. Se creará una bolsa general en la que se establecerán las listas de prelación de todo el personal que será inscrito y llamado en el supuesto en que se produzcan necesidad de la cobertura de vacantes.

Una vez creada y conformada la bolsa de trabajo en cuestión, la gestión de cada una de ellas corresponderá a las respectivas Delegaciones Provinciales de la Consejería de Justicia y Administración Pública.

En la gestión de la Bolsa, participarán las organizaciones sindicales que participaron en la negociación del convenio colectivo, mediante su presencia en la comisión negociadora, Unión General de Trabajadores, Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía, Central Sindical Independiente y de Funcionarios.

— Duración.

Conforme a la dicción del convenio colectivo, una vez publicado en el BOJA la resolución definitiva del proceso selectivo, se produce el plazo inicial para el nacimiento de la Bolsa de trabajo. Sin embargo, y en principio, la bolsa de trabajo no nace automáticamente desde el momento de finalización del proceso selectivo del que traiga causa.

Esto es, la publicación en el BOJA de la resolución supone el *dies a quo*, el término a partir del cual puede crearse una nueva bolsa de trabajo, pero, mientras no se publique en dicho Boletín la nueva resolución por la que nace la nueva Bolsa, la antigua continúa vigente.

Sin embargo, se produce cierta contradicción. Esto es así, porque, efectivamente, mientras no se publique en el Boletín la nueva Resolución, aprobando la nueva Bolsa, la antigua está en vigor, con lo cual, en principio, las vacantes necesarias podrían cubrirse con el personal inscrito en la bolsa de la convocatoria anterior. Sin embargo, el Convenio establece que la nueva Bolsa será publicada en el momento en que sea necesaria la cobertura de vacantes, debiendo ser llamados el personal inscrito en la nueva enumeración, y perdiendo en ese momento validez la anterior enumeración.

En nuestra opinión sería más interesante, amén de más práctico que una vez publicada en el BOJA la resolución definitiva del proceso selectivo en cuestión, se baremase y se realizase la nueva Bolsa de trabajo, de forma que desde el inicio, la enumeración de personal preparado para la cobertura de vacantes estuviese conformada, pudiendo facilitarse el personal necesario para la proporción de personal temporal de manera rápida y efectiva. Así,



una vez cerrado el proceso selectivo, se crearía la nueva bolsa, y decaería de forma inmediata el vigor de la anterior.

Por tanto, la bolsa de trabajo tiene como validez y vigencia la resolución de la sucesiva convocatoria de cobertura definitiva de plazas del mismo cuerpo.

Eso supone, como dato consustancial, que la duración de la bolsa de trabajo será el tiempo que transcurra entre la resolución definitiva de concesión de plazas de un proceso selectivo, y el sucesivo. Por tanto, puede suceder que la cobertura definitiva de vacantes de una determinada función o categoría se hiciera anualmente, con lo cual la bolsa estaría vigente aproximadamente un año, o que transcurriera un período más largo entre uno y otro proceso, con lo cual la bolsa podría seguir vigente dos, tres, cuatro, cinco o más años.

Por tanto, podemos concluir que las bolsas de trabajo no tienen un plazo cerrado o prefijado de duración, sino que éste está íntimamente relacionado con la convocatoria y desarrollo de las pruebas selectivas de las que se trate.

— Aspirantes. Inscripción en la misma.

Se trata este de un punto que no es determinado con claridad en el convenio colectivo. Así, la Bolsa de Trabajo quedará conformada por los aspirantes que habiendo formado parte del proceso selectivo en cuestión, hubiesen superado al menos uno de los exámenes en el caso de la oposición o concurso-oposición, o hubiesen pasado a la fase del concurso en dicho procedimiento.

Sin embargo, no aparece determinado en el convenio colectivo, si es preciso un acto volitivo para la incorporación de los aspirantes a la Bolsa o para la exclusión de la misma. Esto es, no queda determinado si los aspirantes que no hubiesen obtenido una plaza necesitarían inscribirse en la bolsa de trabajo, o su inscripción se produce de forma automática por la Consejería de Administración Pública.

Parece desprenderse del convenio, que la inscripción se produce de forma automática por la Consejería correspondiente, de forma que únicamente a los candidatos le correspondería la necesidad, en su caso, de solicitar la baja de la misma.

Actualmente, cuando el candidato presenta su solicitud de participación en un proceso selectivo, en el formulario oficial que debe compilar, se incluye una casilla correspondiente a la solicitud de formar parte en la futura bolsa de trabajo que se cree. De esta forma, el candidato plantea su voluntad de ser incluido en la bolsa o, por el contrario, de no participar en la misma.

En todo caso, la persona en cuestión siempre puede presentar su renuncia voluntaria, su solicitud de exclusión a la misma, de forma libre.

El convenio únicamente hace mención expresa a la posibilidad que el aspirante determine por anticipado la provincia o localidad en la que quisiera prestar sus servicios.

— Supuestos de utilización de la bolsa de trabajo. Exclusiones expresas a su utilización.

El convenio colectivo determina expresamente, los supuestos en los que cabe acudir a la utilización de la bolsa de trabajo.

- Supuestos de utilización permitida.

Así, mediante dicha figura podrán cubrirse las vacantes producidas en los supuestos de interinidad por vacante, de excedencia por cuidados de familiares y de excedencia forzosa.

Analizaremos cada uno de los supuestos:

1. Interinidad por vacante: Conforme establece el artículo 15.1.c) del Estatuto de los trabajadores, y el artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en materia de contratos de duración determinada, el contrato de interinidad podrá utilizarse: para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual. También podrá celebrarse para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva.

Sin embargo, el convenio colectivo determina expresamente que se utilizará única y exclusivamente en el supuesto de interinidad por vacante; esto es, en el supuesto de falta de cobertura del puesto, y mientras dura el proceso de selección y cobertura del mismo.

No podrá utilizarse, por tanto, y dada la exclusión expresa a la que nos referiremos más adelante, para los otros supuestos de reserva de puesto de trabajo como sería, por ejemplo, la situación de incapacidad temporal.

2. Excedencia por cuidado de familiares: conforme determina el artículo 47.3 del Estatuto de los Trabajadores, Los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

Así, en cualesquiera de ambos supuestos, la vacante temporal que se produzca, podrá ser cubierta utilizando la bolsa de trabajo.

3. Excedencia forzosa: Conforme determina el artículo 47.1 ET, la excedencia forzosa se produce por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo.

Dentro del supuesto de cargo público debe incluirse tanto aquel político, como en la Administración, como de similar naturaleza, incluido el ser miembro de organizaciones sindicales o empresariales.

- Supuestos excluidos de la utilización de las bolsas de trabajo.

Como se encarga de determinar el convenio colectivo de forma categórica, en su artículo 18.3, no se formalizarán con el personal existente en las Bolsas de Trabajo los contratos temporales al amparo de la normativa de interinidad en los casos de sustitución de personal a causa de incapacidad temporal o accidente, maternidad, liberaciones sindicales, vacaciones y permisos, así como por cualquier otra causa no contemplada en el apartado 2.3 del artículo 18 del convenio, que acabamos de analizar.

Así pues, vemos como la bolsa de trabajo queda expresamente excluida de los siguientes supuestos:

1. Incapacidad temporal: producida tanto por accidente laboral como no laboral, por enfermedad común o por enfermedad profesional, reguladas en el artículo 45 ET.
2. Maternidad, regulada en el artículo 45 ET.
3. Riesgo durante el embarazo, regulada en el artículo 45 ET.
4. Trabajadores beneficiados por el crédito horario de los representantes de los trabajadores recogido en el artículo 68 ET, conocidos coloquialmente como «liberado sindical»¹¹.
5. Vacaciones anuales de los trabajadores recogidas en el artículo 38 ET.
6. Permisos y licencias retribuidas. Estas quedan reguladas en el artículo 37.3 ET, con carácter general:
 - Matrimonio.
 - Nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
 - Traslado del domicilio habitual.
 - Cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo.
7. Personal que se jubile anticipadamente.

¹¹ «Podrá pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración».

Así, se establece expresamente una exclusión de estos colectivos de la utilización de las bolsas de trabajo para la cobertura de las vacantes que tengan estas causas, estableciéndose un sistema alternativo de selección de personal.

Respecto de la sustitución del personal que se encuentre en los seis primeros supuestos, el mecanismo de cobertura queda señalado en el convenio. En el caso en que se produjera una vacante con alguna de dichas causas, la Consejería, la Delegación Provincial o el Organismo Autónomo interesados presentarán oferta genérica de empleo indicando los requisitos de las categorías profesionales y, en su caso, los del puesto, al Servicio Público de Empleo.

El servicio Andaluz de Empleo, propondrá un listado de personas que cumplan con los requisitos profesionales y capacitación técnica solicitada, y de entre los mismos, se escogerá a la persona o personas seleccionadas, atendiendo a los criterios o baremos aprobados en la Comisión Paritaria del Convenio.

Podrá también establecerse un criterio alternativo, como será el que se negocie y acuerde por la mencionada Comisión Paritaria ¹², contando con la posterior autorización de la Dirección General de la Función Pública, la creación de listas de sustituciones de acuerdo con los representantes legales de los trabajadores, fijándose el baremo a aplicar.

Una vez seleccionado el candidato o candidatos, se formalizará el correspondiente contrato de trabajo.

Para la sustitución del personal que se jubile anticipadamente, se establece un régimen diferente. La sustitución de dicho personal se hará mediante la firma de un contrato que se celebrarán con el personal que se halle inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo, siguiendo el régimen previsto en la normativa laboral.

— Dinámica de la bolsa de trabajo.

Una vez creada la bolsa de trabajo, las vacantes que se produzcan serán ofrecidas a los aspirantes, siguiendo el riguroso orden en el que éstos se hallen posicionados en la lista de espera.

Así, se ofrecerá a cada aspirante la cobertura de la vacante. En el caso en que no la aceptase, pasaría al siguiente de la lista, perdiendo la persona que no hubiese aceptado la posición en la bolsa, salvo causas justificadas.

Con la persona que hubiese aceptado se formalizaría el correspondiente contrato de trabajo, consistente en un contrato de interinidad de los regu-

¹² Debiendo respetar siempre el contenido del Convenio Colectivo, so pena de la nulidad del Acuerdo que se adopte. En tal sentido, STSJ de Murcia (Sala de lo Social), de 10 enero de 1999 (AS 2000\15). Recurso de Suplicación núm. 905/1999. STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), de 18 marzo de 1999. (AS 1999\1321). Recurso de Suplicación núm. 563/1998.



lados en el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 4 y siguientes del Real Decreto 2720/1998, que se extinguiría una vez que fuese cubierta reglamentariamente la plaza o la persona que fuese sustituida se reincorporase.

Para evitar un perpetuamiento de los inscritos en la bolsa de trabajo, y dar así oportunidad de ser llamados a todos los inscritos en la bolsa de trabajo, se suele establecer en la práctica un sistema de rotación de puestos. Esto quiere decir que una vez que una persona es llamada para la cobertura de una vacante, la primera posición en la bolsa para ser llamado pasa a ser ocupado por la persona que se encontraba tras ella, y así sucesivamente. De esta forma, se posibilita que las vacantes que se produzcan, puedan ser cubiertas por las personas que forman parte de la bolsa, evitando así, por una parte, un disfrute en exclusiva de la persona que se encuentra situada en los primeros lugares de la bolsa, así como un enlentecimiento del mecanismo de cobertura de vacantes, conforme a la bolsa de trabajo.

Sin embargo, este mecanismo rotatorio de cobertura, puede dar lugar, al que ha sido definido como «efecto *boomerang*», y que tiene lugar debido a la pérdida de posición de una persona en la bolsa una vez procedido a la cobertura de vacantes. Así, una persona que se encuentra inscrita en los primeros lugares de la bolsa es llamada para la cobertura de una determinada vacante con una duración, puede que inferior, a la de otra persona que, estando inscrita en la bolsa en una posición posterior a la suya, puede ser llamada para la firma de un contrato de superior duración. Se trata éste de un peligro insalvable pero que creemos no puede llegar a empañar o a impedir el mecanismo rotatorio que trata de favorecer la integración de todas las personas inscritas en la correspondiente bolsa de trabajo.

3.2. La bolsa de empleo temporal del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, especialidades Farmacia y Veterinaria

Dicha bolsa de empleo temporal se regula por dos resoluciones del Servicio Andaluz de Salud. La principal es de 9 de septiembre de 2003¹³, y ha sido modificada a principios del año 2004, por una resolución del mismo órgano, de 17 de marzo de 2004¹⁴.

¹³ Resolución de 9 septiembre 2003, que establece los criterios de ordenación de la bolsa de empleo temporal del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, especialidades Farmacia y Veterinaria, así como los criterios de desplazamiento del personal de dicho Cuerpo que ocupa plazas con carácter provisional o temporal dependientes del organismo. BO. Junta de Andalucía 15 septiembre 2003, núm. 177/2003 [pág. 19898].

¹⁴ Resolución de 17 marzo 2004, que modifica parcialmente la Orden 9-9-2003, que establece los criterios de ordenación de la bolsa de empleo temporal del Cuerpo Superior Fa-

— Creación.

Finalizado un proceso selectivo, y previa o simultáneamente a la publicación de la Orden de la Consejería de Justicia y Administración Pública por la que se nombren funcionarios de carrera a los adjudicatarios de plazas en dicho proceso selectivo, se publicará, en los tablones de anuncios de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud y de los Servicios Centrales del SAS, Resolución de la Dirección General de Personal de dicho Organismo público, por la que se dará publicidad al listado de aspirantes integrantes de la bolsa de empleo temporal

— Gestión.

La Gestión de esta bolsa de trabajo corresponde a la Dirección General de Personal del SAS.

En la normativa por la que se regula la bolsa no se hace referencia a la intervención de la representación sindical en la gestión de la bolsa. Sin embargo, en la Exposición de Motivos de la misma se determina que han sido oídas las Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa Sectorial de Sanidad.

Asimismo, cada dos meses se informará a las organizaciones sindicales presentes en la Mesa Sectorial de Sanidad de los nombramientos provisionales formalizados durante dicho período.

— Duración.

La Bolsa de empleo temporal, y conformada, tal como veremos a continuación, por los aspirantes que hayan superado, al menos, alguna de las pruebas selectivas, mantendrá su vigencia hasta la publicación en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» de nombramientos, como funcionarios de carrera, de adjudicatarios de plazas tras la superación de un nuevo proceso selectivo.

Es decir, no existe un plazo de caducidad de la bolsa, tal como veíamos respecto del caso del Convenio Colectivo de la Junta de Andalucía. Mientras no se convoque un nuevo proceso selectivo, y no se adjudiquen las plazas convocadas a las personas que hayan obtenido mayor número de puntuación, la bolsa de trabajo mantendrá su vigencia.

Como mecanismo para evitar la falta de personal, en el supuesto en que todos los inscritos en la bolsa de trabajo hayan prestado servicios alguna vez para la cobertura de vacantes, se establece un procedimiento de cobertura diferente a la vuelta al punto de partido de la bolsa.

cultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, especialidades Farmacia y Veterinaria, así como los criterios de desplazamiento del personal de dicho cuerpo que ocupa plazas con carácter provisional o temporal dependientes del organismo. BO. Junta de Andalucía 26 marzo 2004, núm. 60/2004 [pág. 7556].



Así, en el caso en que se agotase el listado de personal, y no hubiesen sido nombrados nuevos funcionarios conforme al procedimiento legalmente establecido, se publicará una nueva bolsa de trabajo, siempre por la Dirección General de Personal y Servicios del SAS, en la que serán incluidos los aspirantes que no hayan superado ningún ejercicio, en las últimas pruebas selectivas existentes, ordenados por la puntuación obtenida en la fase de oposición o de concurso, o de la suma de ambas fases en caso de concurso-oposición.

Por tanto, no se produce una reiteración de la bolsa anterior, sino la creación de una bolsa de trabajo nueva, que podríamos llamar como Bolsa B, para diferenciarla de la bolsa anteriormente citada.

— Aspirantes. Inscripción en la bolsa.

Tal como hemos visto, la bolsa de trabajo se constituye de forma automática por el personal que hubiese superado, al menos un ejercicio selectivo, o que hubiese superado la fase de oposición, en el caso del concurso-oposición.

Una vez realizada la convocatoria del listado de aspirantes, en la misma, se convocará a los aspirantes incluidos en la misma para que en el plazo de 10 días hábiles, den su conformidad, o ratifiquen su inscripción en la bolsa de trabajo. Dicho acto de voluntad se realizará en modelo oficial establecido específicamente, y que deberá ser presentado por escrito, conforme a los medios regulados en el artículo 38 de la Ley 30/1992.

Asimismo, junto a la voluntad expresa de seguir formando parte de la bolsa de trabajo, deberán hacer constar dos cuestiones: la primera es el tipo de Dispositivo de Atención Primaria en el que desearían ser integrados; en el caso de no responder, se entenderá que optan a todos los tipos. El segundo, el tipo de interinidad al que optan; que podrá ser interinidad por sustitución del titular de la plaza, interinidad en plaza vacante, o ambos tipos de interinidad. En caso de no cumplimentar dicho apartado se entenderá que opta por ambos.

No existe mención a la posibilidad de renuncia posterior a la inscripción en la bolsa de trabajo. Sin embargo, por analogía con la posibilidad de modificación de la opción respecto de la cobertura de la opción a favor de un tipo de Dispositivo de Atención Primaria, consideramos que sería posible la renuncia voluntaria a formar parte de la bolsa, produciendo efectos la renuncia al mes de haber realizado la misma.

— Supuestos de utilización de la bolsa de trabajo. Exclusiones expresas a su utilización.

A diferencia del supuesto del Convenio Colectivo de la Junta de Andalucía, no se recoge un listado de supuestos incluidos y/o excluidos de la bolsa de trabajo.

Tal como se indica en la misma para otro supuesto, parece que la bolsa de trabajo podrá ser utilizada para la cobertura en los casos de sustitución

del titular, entendemos que por cualesquiera de las causas que de lugar a la reserva del puesto de trabajo, como cuando se produzca la vacante de la plaza, esto es, que no haya sido cubierta conforme al procedimiento legalmente establecido para ello.

— Dinámica de la bolsa de trabajo.

• Llamamiento.

Una vez que sea comunicada la necesidad de cubrir temporalmente una plaza desocupada del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, especialidades de Farmacia y Veterinaria, la Dirección del Distrito Sanitario afectado se dirigirá al Servicio de Gestión de Personal de esta Dirección General solicitando la cobertura temporal de la misma.

Dicho Servicio, que es el encargado de la gestión ordinaria de la bolsa de trabajo, acudirá al listado de aspirantes existentes, convocando a la persona que corresponda, conforme a la clasificación de méritos realizada inicialmente en el momento de constitución de la bolsa, y a la opción para la cobertura de vacantes, realizada por el aspirante, tal como hemos tenido ocasión de realizar.

La forma de convocar a los candidatos es diferente, según sea la causa de la vacante. Así, en el caso de sustituciones se utilizará el método de la localización telefónica. En el caso de coberturas de plazas vacantes, a través de telegrama.

No se determina expresamente cual es el plazo de respuesta del aspirante en el caso de notificación por telegrama. En el caso de notificación telefónica, intentada tres veces, a distintas horas de un mismo día, sin conseguir contactar con el mismo, se procederá al llamamiento del siguiente de la lista.

La distinción entre estos dos tipos de notificación parece radicar en la mayor urgencia de localización por la necesidad de incorporación inmediata del aspirante, lo cual puede parecer razonable. Sin embargo, la localización telefónica puede arrojar problemas de prueba respecto de la efectividad de la localización intentada. Hubiese sido quizás más interesante la utilización de otro medio de localización que permitiese dejar constancia fehaciente de su realización.

Una vez localizado al aspirante, y habiendo este mostrado su disponibilidad a la incorporación, se propondrá a la Dirección General el nombramiento del mismo como personal interino.

Constatada la necesidad de cubrir temporalmente una plaza vacante, la misma se ofertará al aspirante con mayor puntuación en bolsa que no esté ocupando, en ese momento, dicha plaza, con independencia de que desempeñe plaza como interino sustituto del titular de la misma.

Se prevé expresamente una reserva o preferencia para los aspirantes que presenten algún tipo de minusvalía. Así, se reservará un 5% de las



interinidades ocasionadas para ser ofertadas a aquellos aspirantes integrantes de la bolsa que hayan concurrido a las pruebas selectivas por el cupo de plazas reservadas a personas con discapacidad, o hayan obtenido la declaración de discapacidad con posterioridad, siempre que acrediten un grado de discapacidad de, al menos, un 33%, así como su capacidad para desempeñar las funciones que correspondan a la especialidad a la que opta. Al efecto, los discapacitados figurarán en el orden que les corresponda por la puntuación obtenida, siendo llamados en dicho orden, no obstante, si por cada 20 nombramientos formalizados, del correspondiente tipo de interinidad y referido al ámbito de los Dispositivos solicitados por el discapacitado, no se hubiera cubierto el cupo de reserva del 5%, se procederá a llamar al primer discapacitado de la lista con independencia del número de orden que ostente en la misma

- Exclusión de la bolsa.

Se ha establecido para esta bolsa de trabajo un mecanismo de separación del mismo, con alcance definitivo o temporal, según el caso.

- ✦ Exclusión definitiva.

Como causa de exclusión definitiva de la bolsa de trabajo se establecen dos causas:

La falta de ratificación del aspirante, en el plazo de 10 días hábiles desde la publicación de la bolsa de trabajo, de su voluntad de ser inscrito en la misma.

Cuando el interesado renuncie a un nombramiento, haya sido formalizado o no, en uno de los Dispositivos de Apoyo por el que manifestó su disponibilidad en el momento de creación de la bolsa de trabajo, salvo que el nombramiento sea a tiempo parcial o su duración inferior a 15 días.

Sin embargo, existen causas válidas de renuncia del aspirante a la sustitución de la vacante. Expresamente: enfermedad o maternidad del aspirante, boda, nacimiento o adopción de hijos, enfermedad grave o fallecimiento de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Tampoco cuando la renuncia esté motivada en el hecho de ostentar nombramiento interino o contrato laboral vigente en cualquier Administración Pública y con la acreditación de la referida relación el interesado acompañe solicitud de suspensión de sus derechos en la bolsa durante la vigencia de la relación que justifica.

A estas causas se debería añadir, en nuestra opinión, suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo. Asimismo, consideramos que la expresión enfermedad debe obligatoriamente ser sustituida por la expresión Incapacidad Temporal, ya que dicho término que proponemos incluye otros supuestos más amplios que el de enfermedad.

Obviamente, y aunque no quede expresamente establecido, estas causas de justificación requieren, para su operatividad, la justificación fehaciente de la misma.

* Exclusión temporal.

Realmente se establecen dos mecanismos diferentes. Por una parte, una verdadera exclusión temporal que sirve como sanción a la persona que renuncia a diversos llamamientos de escasa duración. La justificación parece estar en que esa persona perjudica al servicio, por lo que debe ser sancionada.

Producidas cuatro renunciaciones consecutivas de nombramientos a tiempo parcial o de duración inferior a 15 días, sin que concurra alguna de las causas justificadas a las que ya hemos hecho referencia, se procederá, a la exclusión temporal del aspirante de la bolsa de empleo temporal por una duración proporcional al número de renunciaciones efectuadas. Así:

Renuncia a un nombramiento: dos meses de exclusión.

Renuncia a dos nombramientos: cuatro meses de exclusión.

Renuncia a tres nombramientos: seis meses de exclusión

En el supuesto de la suspensión cautelar, tiene como finalidad, la sanción de la persona que no ha mantenido sus datos actualizados, y ha producido así un perjuicio para el servicio a la hora de realizar el oportuno contacto. Así, intentado por tres veces el llamamiento de un aspirante, en días distintos y para ofertas distintas, sin conseguir localizarle, se procederá a su exclusión temporal de la bolsa de empleo. Sin embargo, no queda determinada la duración de la exclusión en la bolsa, con lo que se produciría una indefensión del aspirante.

En todo caso, se notificará al aspirante dicha incidencia para que en el plazo de 15 días hábiles presente alegaciones al respecto. Transcurrido dicho plazo, y a la vista de las alegaciones presentadas, la Dirección General resolverá su exclusión definitiva o, en su caso, la reincorporación a la bolsa.

3.3. La bolsa de empleo temporal del Profesorado interino

— Creación.

La creación de la bolsa se produce como consecuencia de los acuerdos adoptados en la mesa sectorial de Educación, y tiene lugar *uno acto*. La actualización de la bolsa no está prevista en la normativa de convocatoria, pero imaginamos que se producirá cada vez que se convoquen pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal fijo de la Administración Educativa de la Junta de Andalucía.

— Gestión.

La Gestión de la bolsa de trabajo corresponde a la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos de la Consejería de Educación.

Contra las decisiones de dicha Dirección General relacionadas con la gestión de la bolsa, cabe interponer recurso contencioso-administrativo, ante



el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente, en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de la publicación de la elección de un determinado candidato o, potestativamente, recurso de reposición, ante dicha Dirección General, en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente al de la publicación del hecho.

— Duración.

Ante la falta de mención en la propia normativa de la bolsa, consideramos que se extenderá hasta la sucesiva convocatoria y resolución de pruebas selectivas para el acceso a la Administración Educativa de la Junta de Andalucía.

— Aspirantes. Inscripción en la bolsa.

Podrán participar en la bolsa de trabajo de interinidades quienes cumplan los requisitos previstos en las convocatorias de los Cuerpos y especialidades de que se trate, aunque formen parte de las listas de otros Cuerpos y especialidades, bien como aspirantes a sustituciones, bien como interinos con tiempo de servicios reconocido en las bolsas de la Administración educativa andaluza.

Ante la falta de silencio de la normativa de la bolsa, parece deducirse que requerirá un acto voluntario de solicitud de integración en la bolsa de trabajo de la que se trate.

Los aspirantes seleccionados sólo podrán figurar en la lista de una especialidad, una vez elevadas todas las listas de las especialidades convocadas a definitivas, estando obligados a optar por una de ellas en el plazo de reclamaciones que se establezca en la resolución de la convocatoria. De no hacerlo así, resultarán excluidos de las listas en que figuren.

Los integrantes de las listas de solicitantes de interinidad se ordenarán, según la puntuación obtenida conforme al baremo vigente en el momento de la convocatoria, para ocupar un puesto de trabajo, tengan o no tiempo de servicios en otro cuerpo y/o especialidad.

— Supuestos de utilización de la bolsa de trabajo. Exclusiones expresas a su utilización.

• Supuestos incluidos.

Ante la falta de mención de la normativa de regulación de la bolsa, quedan incluidos en ella todos los supuestos de sustitución de vacantes que no queden expresamente excluidos de la misma, tal como veremos a continuación.

• Supuestos excluidos.

La cobertura de puestos que no se correspondan con alguna de las especialidades actuales o para los que, por su naturaleza o características especiales, no exista bolsa o se requiera un perfil específico, se realizará utilizando otro procedimiento diferente al de las bolsas de trabajo.

— Dinámica de la bolsa de trabajo.

• Inclusión en la bolsa de trabajo.

Tal como hemos mencionado, ante el silencio de la normativa, parece lógico que el personal que quiera incluirse en la misma deberá solicitar su inclusión en la misma.

- Asignación de sustituciones.

El personal interino a quien se adjudique destino para un curso académico en la Resolución definitiva que dicte la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos anualmente se incorporará al mismo en el plazo que establezca dicha disposición.

Los destinos adjudicados al personal interino docente para cada curso académico por la Resolución definitiva son irrenunciables.

La no ocupación en la fecha prevista del puesto adjudicado u ofertado o la no presentación al acto de oferta del puesto supondrá la exclusión definitiva de la correspondiente bolsa de trabajo o lista de aspirantes a interinidad. Acreditado tal extremo por la correspondiente Delegación Provincial, la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos dictará la oportuna Resolución de exclusión.

- Exclusión de la bolsa de trabajo

El profesorado interino en quien concurra alguna causa objetiva de renuncia, podrá efectuar renuncia al destino adjudicado o al puesto ofertado, para lo que cumplimentará el modelo normalizado, dirigido a la citada Dirección General, y adjuntará la documentación acreditativa oportuna mediante cualquier medio de prueba admitido en derecho.

Dicha solicitud de renuncia deberá efectuarse en el plazo de cinco días naturales a contar desde el siguiente a la adjudicación de destino en la correspondiente Resolución definitiva o en el de veinticuatro horas tras haberse ofertado el puesto (vacante o sustitución). De efectuarse la renuncia fuera del mencionado plazo, se resolverá la denegación de la misma. Ello conllevará la exclusión de la bolsa o lista correspondiente, salvo que, producida la incorporación al puesto adjudicado u ofertado, la persona afectada desee continuar en él.

Cuando se aleguen causas relacionadas con la maternidad, adopción o acogimiento, la solicitud de renuncia se efectuará, al menos, con 15 días de antelación a la finalización del permiso por maternidad, adopción o acogimiento (incluido el período adicional de cuatro semanas).

La solicitud de renuncia no exime de la obligatoriedad de incorporación al destino adjudicado u ofertado en la fecha establecida, debiendo los solicitantes permanecer en el mismo hasta que recaiga la correspondiente resolución. De no hacerlo, resultarán excluidos definitivamente de la bolsa de trabajo.

No será necesaria la incorporación al puesto de trabajo correspondiente, cuando en los interesados concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Tener a su cargo un hijo menor de seis años.

- Ostentar la condición de Comisionados parlamentarios de Comunidad Autónoma o Adjuntos a éstos.
- Encontrarse trabajando en el extranjero en programas de cooperación internacional convocados por la Administración o en tareas humanitarias, o estar pendientes de incorporación a dichos programas o tareas durante el curso académico correspondiente, siempre que se acredite suficientemente.
- Estar afectado por un proceso patológico sobrevenido con anterioridad a la fecha de toma de posesión, de una duración previsible superior a 3 meses, según los estándares del protocolo de enfermedades.

La Dirección General de Gestión de Recursos Humanos, estudiado el motivo alegado y la documentación acreditativa presentada, declarará bien el derecho del interesado a no ser excluido de la bolsa de trabajo y el efecto de no computar durante el curso correspondiente el tiempo de servicios, bien la no concurrencia del motivo alegado y/o la no acreditación del mismo.

Si a pesar de haber solicitado la no incorporación, recayendo resolución denegatoria, el interesado optara, expresa o tácitamente, por no continuar ocupando el puesto adjudicado u ofertado, resultará excluido definitivamente de la correspondiente bolsa o lista.

El profesorado interino al que se haya aceptado la renuncia al destino adjudicado o puesto ofertado no podrá ocupar un puesto de trabajo durante el curso académico de que se trate, tanto para vacante como para sustitución, en el ámbito de gestión de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía. No obstante lo anterior, el profesorado interino en quien concurra la circunstancia de tener a su cargo un hijo menor de tres años y haber solicitado en plazo, y obtenido, la renuncia, podrá retornar a la bolsa y lugar correspondientes si lo solicita a la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos, al menos con 15 días de antelación a la fecha en que el hijo cumpla los tres años, sin derecho a una nueva renuncia en el mismo curso académico.

Al objeto de dar cumplimiento a lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, al personal interino con tiempo de servicios de las bolsas de la función pública docente que desempeñe un alto cargo en la Administración de la Junta de Andalucía o sus Organismos Autónomos, ocupe un puesto de trabajo adscrito a personal eventual en la mencionada Administración, ostente la condición de Diputado del Parlamento de Andalucía, Diputado o Senador de las Cortes Generales o desempeñe cargos electivos en las Corporaciones Locales de Andalucía se le computará, a los solos efectos de tiempo de servicios, el período de permanencia en los cargos o puestos mencionados.

A tal fin, quienes deseen acogerse a lo establecido en el párrafo anterior dispondrán del plazo de un mes, a contar desde la toma de posesión,

para solicitar tal extremo a la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos, aportando para ello la documentación pertinente. El mismo plazo regirá, una vez producido el cese en sus cometidos, para solicitar al referido Centro Directivo el retorno a la situación en que se hallaban, en el momento del nombramiento, en las bolsas correspondientes, una vez computado el tiempo de ejercicio de los puestos o cargos de referencia. Para ello, se deberá aportar la certificación o documento equivalente en que conste el cese. Dicho retorno a las bolsas surtirá efectos a partir de la fecha en que, dentro del plazo habilitado, se solicite. De incumplirse los plazos a que se refiere este párrafo, se entiende que decaerá el referido personal en sus derechos.

3.4. Otros supuestos

— Empresa Pública Radio Televisión de Andalucía y sus Sociedades Filiales (Canal Sur Radio, SA y Canal Sur Televisión, SA).

En el artículo 24 de su Convenio Colectivo, de fecha 18 de diciembre de 2002¹⁵, se establece que la Mesa de Contratación del organismo, formada por cuatro representantes del Comité Intercentros y cuatro de la Dirección de la Empresa Pública RTVA y sus Sociedades Filiales, se regulará la bolsa de trabajo de dicha Entidad.

Dicha dirección podrá contratar directamente, al margen de las Bolsas de Trabajo, hasta un 10% de la contratación media anual. Esta contratación directa, en la medida de lo posible, se ajustará a los casos en los que la especificidad de las características del puesto a contratar así lo requieran.

— Empresa pública de Puertos de Andalucía.

Conforme se determina en el artículo 8 de su Convenio Colectivo¹⁶, cuando se produzca una vacante de una plaza prevista en la plantilla ideal, la Empresa deberá realizar el proceso de cobertura interna con el mismo nivel que la plaza tenga definida en dicha plantilla ideal. En caso de que la convocatoria interna quede desierta, se podrá cubrir, de forma externa, con un nivel laboral inferior. Esta cobertura de nivel inferior no podrá durar más de un año. Pasado este plazo, y para su cobertura definitiva, se realizará un proceso de promoción interna restringida al propio puerto.

En el proceso de selección de personal, exceptuando a los del grupo A, se formará una comisión compuesta por dos Representantes de la Empresa

¹⁵ Publicado en el BOJA de 20 febrero 2003, núm. 35/2003 [pág. 3829], mediante Resolución de 20 enero 2003, de la Dirección General Trabajo Y Seguridad Social de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía.

¹⁶ De fecha 3 de noviembre de 1994. Publicado en el BO. Junta de Andalucía 17 enero 1995, núm. 7/1995 [pág. 418], mediante Resolución de 29 diciembre 1994.



y un Representante de los Trabajadores o persona designada por éstos, que tendrá, al menos, la categoría laboral del puesto a cubrir. Dicha comisión valorará a los candidatos seleccionados mediante los resultados de las pruebas previamente realizadas por la Empresa y realizará la propuesta de contratación. En el caso de que el Representante de los Trabajadores o la persona designada por éstos no tenga la misma o superior categoría profesional del puesto a cubrir, dicha persona tendrá voz aunque no tendrá voto, estando presente en la selección solamente a efectos informativos.

4. CONCLUSIONES

Una vez preparado el punto de partida del mecanismo de las bolsas de trabajo, mediante el análisis somero de su concepto, y de sus elementos conformadores, hemos pasado al objeto central de nuestro estudio, como son las bolsas de trabajo existentes en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Para ello, hemos examinado las bolsas que se encuentran publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Dentro de cada una de ellas nos hemos detenido en todos los elementos que la conforman, analizando sus puntos concretos y pronunciándonos de forma crítica, con aquellas menciones que pueden dar lugar a litigiosidad.

Creemos que el presente trabajo ha permitido aclarar muchas de las dudas existentes respecto de las bolsas de trabajo y que permitirá servir de ayuda a las personas que, o por su pertenencia al Departamento de la Administración Pública que gestione una bolsa de trabajo, o por su inscripción en la misma como candidato a la cobertura de vacantes, necesiten conocer cuál es su posición jurídica en cada momento.





EL TRATAMIENTO CONCURSAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

ANTONIO COSTA REYES

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

EXTRACTO

El presente estudio pretende un análisis integral de las diversas medidas que la norma concursal ha previsto de forma expresa en relación a los altos directivos, y que se plasman esencialmente en los arts. 3.2 y 65 de la Ley 22/2003, Concursal. De tan corto precepto surgen importantes cuestiones en relación a las medidas que prevé: extinción o suspensión de la relación del directivo, resolución indemnizada del contrato así suspendido, y moderación y aplazamiento de la indemnización resultante.

La primera cuestión a dilucidar, obviamente, será determinar el ámbito subjetivo del art. 65 LC, para de inmediato procurar arrojar algo de luz sobre las causas y reglas de extinción reconducibles a este precepto y su relación con las previstas en las normas extraconcursoales; sobre la situación del crédito indemnizatorio resultante de la extinción *ex art.* 65 LC; y sobre el papel del deudor, de la administración concursal y del propio juez de lo mercantil en estas cuestiones. Concluye el trabajo con una referencia a las vías de impugnación frente a las medidas adoptadas con base en el mencionado precepto concursal.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. SUJETO: CONTRATOS DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN
3. EFECTOS SOBRE EL CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. Órgano competente
 - 3.3. Medidas previstas: extinción y suspensión
 - 3.3.1. Extinción del contrato
 - 3.3.2. Suspensión
 - 3.3.3. Formalidades y preaviso
4. INDEMNIZACIONES
 - 4.1. Facultad moderadora
 - 4.2. Aplazamiento
 - 4.3. Preferencias y garantías
 - 4.3.1. Preferencias: deudas *de* la masa
 - 4.3.2. Garantía a través del Fondo de Garantía Salarial
5. VÍAS DE IMPUGNACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 22/2003, Concursal (en adelante, LC) ha supuesto la inclusión de importantes aspectos laborales dentro de su regulación. Sin duda, cuestiones como la preferencia de los créditos laborales y de Seguridad Social, y la situación y efectos del concurso sobre los contratos de trabajo (art. 64 LC), así como los asuntos procesales (competencia judicial, incidente concursal, recursos, etc.) han sido las protagonistas en los comentarios de nuestra doctrina a la norma concursal. Con todo, debe indicarse que no se agotan en ellas los interrogantes que la LC plantea en materia laboral, pues, entre otros, aspectos como el papel del FOGASA, la transmisión de empresas o la situación de los trabajadores en un hipotético convenio concursal requieren también de una especial atención por nuestra parte ¹. De entre esas otras cuestiones laborales que tienen mención expresa en la norma concursal, merece destacarse el tratamiento dado a los contratos del personal de alta dirección.

Como sabemos, en virtud del principio de conservación de la empresa que inspira en parte la LC, y que se concreta en el art. 44 de la misma, la declaración de concurso no afecta por sí sola a los contratos con prestaciones pendientes al momento de dicha declaración (art. 61 LC).

¹ Con todo, han existido algunos trabajos sobre estas materias; así, con relación a la transmisión, DURÁN LÓPEZ, F., «Los efectos del concurso en las relaciones laborales»; *R.L.*, núm. 8, 2005; y, con relación al FOGASA, ROQUETA PUIG, R., «El Fondo de Garantía Salarial en las situaciones concursales»; *A.L.*, núm. 20, 2004.

Sin embargo, el propio legislador se guarda de establecer reglas específicas sobre la situación de los contratos en función de los intereses del concurso (arts. 61 y ss. LC). A tal efecto, corresponde ahora analizar las consecuencias que la apertura del proceso concursal implica sobre el contrato de alta dirección, cuya mención recoge el art. 65 LC.

Son diversos los interrogantes que se suscitan de la lectura de dicho artículo, a algunos de los cuales pasamos a intentar dar respuesta.

2. SUJETO: CONTRATOS DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

Antes de iniciar el estudio respecto las medidas previstas sobre los contratos de alta dirección, correspondería indicar a qué se refiere el legislador cuando menciona al *personal de alta dirección/alto directivo*; esto es, si la figura contemplada es el *alto cargo* en sentido amplio, o más restrictivamente, es exclusivamente la relación laboral especial mencionada en el art. 2.1.a) TRET (en conexión con el art. 1.3.c) del mismo cuerpo legal), y desarrollada en el RD 1382/1985, de 1 de agosto (en adelante RDPAD).

Desde nuestro punto de vista el art. 65 LC se refiere exclusivamente a este último supuesto y ello por las siguientes razones:

1. Literalidad: El legislador se cuida de utilizar términos que inequívocamente se refieren al personal de alta dirección *ex* RDPAD. Así, frente a términos más ambiguos e imprecisos jurídicamente como *alto cargo*, el art. 65 LC menciona reiteradamente la expresión *alta dirección/alto directivo*. Junto a ello, se mencionan voces netamente laborales, como por ejemplo es la expresa referencia al *contrato de trabajo* o a la *legislación laboral* (apartado 3), o también la mención a instituciones como la *suspensión* o el *despido colectivo* ².
2. Sistemática: No puede perderse de vista que el legislador, aunque con algunas deficiencias técnicas, recoge al personal de alta dirección dentro de lo que podríamos denominar *bloque concursal* sobre las cuestiones relativas a los contratos de trabajo, pues se sitúa entre el art. 64 (referido a los contratos de trabajo comunes), y el art. 66 (referido a los convenios colectivos del Tít. III TRET). No parece pues muy lógico considerar que el art. 65 LC introduce unos

² VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección»; *R.L.*, núm. 14, 2004, págs. 14 y 15. También, CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades respecto al personal de alta dirección»; en AA.VV. (FERNÁNDEZ/SÁNCHEZ, Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*; Marcial Pons (colección Garrigues); 2004, pág. 309.

sujetos excluidos del Derecho del Trabajo, o aplicarles a éstos categorías claramente laborales.

Determinado el alcance subjetivo del precepto, convendría indicar algunos aspectos que caracterizan al personal de alta dirección a efectos de concretar qué supuestos contempla. Comenzamos recogiendo la definición legal del art. 1.2 RDPAD, en que se incluye como tales a *«aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad»*.

De todo ello se extrae³:

1. Que ejerce funciones inherentes a la titularidad de la empresa (define objetivos, dispone del patrimonio empresarial contratando con terceros en nombre del titular, etc.). En definitiva, el alto directivo se caracteriza por encontrarse sometido exclusivamente al empresario, sin que exista ningún responsable o cargo entre ambos, pues de ser así, carece del carácter de alto directivo y se trataría de un mero mando intermedio, sujeto al derecho laboral común. No obstante, no excluye la figura del alto directivo el hecho de que, en caso de existir varios, haya una coordinación entre ellos, pues esto no es comparable a la subordinación.
2. Que el alcance de sus funciones abarca la generalidad de las facultades que corresponden al empresario (no necesariamente todas), y sin que se tenga que limitar por el espacio donde las ejerce (empresa, centro, unidad, etc.), más aún ante la creciente complejidad de las estructuras empresariales⁴.
3. Que dichas facultades son ejercidas con plena autonomía y responsabilidad, sin perjuicio de atender a criterios generales que pueda marcarle el titular de la empresa.

Sin embargo, podría plantearse si, de alguna forma, sería posible extender o aplicar analógicamente las previsiones que plantea el art. 65 LC a otros altos cargos de la empresa; o incluso, si es posible que quien actuando como alto directivo simultanee dicha posición con, por ejemplo, consejero delegado, como pudiera derivarse a simple vista del art. 1.3.c) TRET (...*pura y simplemente*...). Se trata de una cuestión compleja, con diversos pronun-

³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección»; *R.L.*, 1993-II, pág. 430; y VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., págs. 20-22.

⁴ En extenso, MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo especial de alta dirección*; CES, 1994, págs. 105 y ss.

ciamientos y que ha llevado a diversas posturas judiciales incluso. Con todo, actualmente parece primar la opinión que sostiene la imposibilidad de sujetarse a la regulación del alto directivo y por ejemplo, ser miembro del consejo de administración de la empresa, por cuanto que las responsabilidades y exigencias de éste implican o subsumen las funciones y posición de aquél⁵. Tampoco podrá acumularse y simultanearse el desarrollo de funciones como personal de alta dirección y como trabajador común⁶. Diferente será que el consejero pueda ser a su vez trabajador común, a lo que nada obsta, siempre que no se cuestione la exigencia de ajenidad⁷.

En conclusión, el alto directivo se presenta como el *alter ego* del empresario, lo que justificaría un régimen de protección distinto e incluso, menor que el correspondiente al resto de trabajadores por cuenta ajena⁸, como, por otro lado, pareció entenderlo la redacción originaria del Proyecto de Ley Concursal de 2002, o en anteriores propuestas de reforma concursal (Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 —PALC—, Anteproyecto de 2001 —ALC'01—, etc.), que postergaron sus créditos de forma absoluta⁹. Esa diferenciación tenía toda su lógica tanto porque parece existir una especie de presunción de responsabilidad del alto directivo respecto a la situación de la empresa¹⁰, como para evitar que esa hiperprotección que se le dispensa a ese tipo de personal haga perder a nuestra disciplina su relación originaria con su propia razón de ser¹¹. Ciertamente, en la inmensa mayoría de las ocasiones la relación del personal de alta dirección se desenvuelve «en condiciones de relativo equilibrio» pues se integra por «grupos fuertes (...) con capacidad de desplegar un poder de negociación frente al Estado y las empresas»¹². No obstante, esa manifiesta desventaja del personal

⁵ MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., especialmente, págs. 96 y ss.

⁶ SANGUINETI RAYMOND, W., «La extinción del contrato “común” del trabajador “promovido” a un cargo de alta dirección» *R.L.*, 1994-I, págs. 1523, 1524 y 1525.

⁷ En extenso, TRUJILLO DÍEZ, I.J., *Artículos 65 a 66 (De los efectos del concurso)*, en AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.); Tecnos, 2004, especialmente, pág. 769. Ampliamente, MARTÍNEZ MORENO, C., *Sobre la compatibilidad entre la relación laboral y el cargo orgánico (Comentario a la SJS de Pamplona/Iruña, de 29 de julio de 2004 (AS 2004, 3284); BIB 2004/1851.*

⁸ SANGUINETI RAYMOND, W., «La extinción del contrato...»; cit., pág. 1514.

⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F., «La propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal y los derechos de los trabajadores en la crisis de la empresa»; *A.L.*, 1996-III, págs. 957 y 958.

¹⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F., «Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal»; *AS*, núm. 18, 2002, pág. 26; y RÍOS SALMERÓN, B., «La reforma del Derecho Concursal y los trabajadores: notas sobre el estado actual»; *RDS*, núm. 19, 2002, pág. 221.

¹¹ CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 308.

¹² FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Configuración jurídica del salario*; Comares, 2001, pág. 172 y nota 92.

de alta dirección ha cambiado sustancialmente con la LC, por lo que cobra especial interés conocer la regulación concreta del mencionado art. 65¹³.

3. EFECTOS SOBRE EL CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

3.1. Introducción

Ante la situación de crisis que vive la empresa, y ante la más que posible relación de la misma con las decisiones empresariales y de gestión que se adoptaron previamente, a nadie escapa que, por las facultades que ejerce el alto directivo, sea conveniente cuestionar que siga al frente de la empresa. Para facilitar la adopción de decisiones en este sentido, en aras —no lo olvidemos— del interés general del concurso, se ofrecen por parte del legislador concursal diversas posibilidades:

1. Suspender el contrato
2. Extinguir o resolver indemnizadamente el contrato de trabajo.
3. Moderar la indemnización que por la extinción correspondería al alto directivo.
4. Aplazar temporalmente el pago de dicha indemnización.

En este apartado, nos referiremos a las cuestiones relativas al contrato de alta dirección, remitiendo para el siguiente lo previsto en materia de indemnizaciones. Obsérvese, antes de entrar al estudio de la regulación concreta que se recoge, que el legislador está refiriéndose a medidas de carácter individual, lo que viene a diferenciarlo de las recogidas en el art. 64 LC (y 66 LC) que, como sabemos, son de carácter colectivo¹⁴. Junto a ello, y a diferencia también del tratamiento de los contratos laborales comunes, no se menciona el supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo del alto directivo, lo que hay que entenderlo como que para esta cuestión serán aplicables las reglas contenidas en la regulación extraconcursal¹⁵.

Esto, junto con la regla laboral de que el personal de alta dirección no se somete a las reglas laborales, salvo que expresamente así se señale (art.

¹³ Otros autores siguen sosteniendo «un carácter tuitivo sensiblemente más debilitado» respecto a estos trabajadores de alta dirección; VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., págs. 22 y 23.

¹⁴ Por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procesos concursales: los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, Concursal»; *RDS*, núm. 26, 2004, pág. 25.

¹⁵ Algunos autores sostienen la aplicación de las reglas laborales (CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 312; y VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»;



3.2 RDPAD), ha llevado a algunos autores a sostener que no le son de aplicación las previsiones del art. 64 LC, sino que las lagunas habrá que suplirlas con las normas contenidas en el RDPAD¹⁶.

En línea con lo anterior, debe señalarse que las medidas que prevé el precepto concursal en estudio no excluyen o impiden otras que pudieran adoptarse conforme a la legislación laboral específica (RDPAD y TRET), sino que aquéllas tratan simplemente de complementar a éstas (al igual que ocurre con los contratos de trabajo comunes)¹⁷. Este hecho planteará importantes incógnitas (qué otras medidas son esas, quién las puede adoptar, etc.) que resolveremos a lo largo del estudio.

3.2. Órgano competente

La facultad de suspender o extinguir el contrato de alta dirección corresponde de forma exclusiva y excluyente a la administración concursal, con independencia de cuál sea la situación jurídica del empresario-deudor (art. 40 LC: suspendido o meramente intervenido)¹⁸; lo que además se aleja de la situación general prevista para los contratos no laborales (art. 61.2 LC)¹⁹.

Como se extrae del precepto concursal, la decisión del órgano concursal de extinguir o suspender tiene fuerza ejecutiva por sí, sin que —a diferencia del supuesto del art. 64 LC— sea precisa la intervención del juez del concurso para que tales medidas puedan hacerse efectivas²⁰. Algunos autores han visto una contradicción entre esta atribución a la administración y lo previsto en el art. 8.2 LC (competencia del juez concursal)²¹; sin embargo, como tendremos oportunidad de ver al referirnos *infra*, no existe con-

cit., págs. 38 y 39), lo que parece remitir al procedimiento recogido en el art. 41 TRET. Sin embargo, y con más acierto, otras voces señalan que tramitación aplicable a estos supuestos será la prevista en la regulación civil sobre novación; MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., pág. 327.

¹⁶ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 762 y 763.

¹⁷ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 23.

¹⁸ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 24.

¹⁹ Una crítica a las facultades de la Administración judicial en detrimento del Juez, en DEL REY GUANTER/LUQUE PARRA, «Proyecto de Ley concursal y relación laboral»; *R.L.*, núm. 22, 2002, págs. 47 y 48.

²⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos», en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE, Coord.) *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*; Lex Nova, 2004, pág. 247.

²¹ SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., «Incidencia del Proyecto de LC en la normativa laboral»; *Información Laboral*, núm. 9, 2002, págs. 19 y ss.

tradición alguna, ya que el conocimiento *ex art. 8.2 LC* debe entenderse referido a las impugnaciones a la decisión de la administración concursal.

En definitiva, es la administración concursal quien decide al respecto, limitándose el deudor a poder solicitar-instar la adopción de cualesquiera de las medidas recogidas en el art. 65 LC. Situación que sólo se prolonga durante la tramitación del concurso, sin que la administración pueda posteriormente hacer uso de tales facultades, pero sin que tampoco se le exija hacerlo en un momento concreto (*v.gr.*, al declararse el concurso, o, como ocurre de forma general en el art. 64 LC, tras el informe del cap. I, Tít. IV; etc.)²². En todo caso, obviamente, las medidas no podrán adoptarse antes de que los administradores hubieran aceptado el cargo, pues de otra forma faltaría el órgano competente para decidir las²³.

Llegados a esta situación es preciso plantearse las siguientes cuestiones:

Primera; qué ocurrirá si en el seno de la administración concursal existen divergencias entre sus componentes sobre la oportunidad de hacer uso de tales facultades; en concreto, si podrá el juez del concurso dirimir y decidir en caso de que la decisión de ejercerlas no alcanzara la mayoría necesaria (*ex art. 35.2 LC*). Creemos que no podrá el juez del concurso resolver esta cuestión, entre otras razones porque se trata de una decisión que corresponde a la administración concursal, sin que necesariamente haya de existir por su parte pronunciamiento o ejercicio de las facultades de extinguir o suspender el contrato de alta dirección. En efecto, las medidas que contempla el art. 65 LC no tienen carácter de obligatorias o necesarias en todo caso, sino que son voluntarias, como se extrae, entre otras razones, del continuo uso de término *podrá* para referirse tanto al sujeto que extingue como a la facultad moderadora del juez²⁴.

En conclusión, a falta de acuerdo sobre la extinción o suspensión el contrato de alta dirección mantiene todos sus efectos y prestaciones²⁵.

Segundo. Nada dice el texto concursal sobre otras medidas extintivas o modificativas previstas en la regulación laboral específica (*v.gr.*, otras causas de extinción: despido objetivo o disciplinario) que, como adelantábamos, no están excluidas, sino que son complementadas por las ahora previstas. El problema evidente es determinar quién sea el órgano competente para adoptarlas, ante lo cual existen diferentes opiniones:

²² También, VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 26.

²³ HERRERA CUEVAS, E.J., «De la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil»; *Diario La Ley*, núm. 6192, 2005, pág. 4.

²⁴ CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 312.

²⁵ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 28.



Por un lado, quienes aseguran que el competente, en todos los casos, será la administración concursal. Para sostener esta afirmación podemos atender a los siguientes razonamientos:

a) En lo que respecta al alto directivo, tanto el art. 8.2.º, como el art. 65 LC utilizan, como hemos visto en relación al sujeto, una terminología que pretende ser coincidente con la legislación laboral. En este sentido, si atendemos al RDPAD constatamos que en el mismo se utiliza la expresión *extinción* para abarcar a los todos los supuestos posibles de ruptura de la relación laboral (desistimiento, despido, etc.), por lo que bien podría considerarse que el art. 65 LC lo que pretende precisamente es otorgar a la administración concursal la facultad de decidir la extinción, cualquiera que sea la causa, por cuanto que no especifica y la atribución al juez del concurso es general (*ubi lex no distinguit...*).

b) No parece acertada la alegación de la regla general del art. 61 LC y/o la equiparación a la situación de los contratos laborales comunes (art. 64 LC) para con ello sostener que sea el empresario-deudor el competente para extinguir o suspender el contrato fuera de los casos previstos en este último precepto, por cuanto que la distinción que se hace en ellos para indicar el alcance del órgano competente (según sea o no colectiva la extinción), no es trasladable al supuesto del alto directivo. En efecto, si atendemos al art. 65 LC apreciamos que se refiere a extinciones individuales, por lo que se nos hace difícil entender qué justificación pudiera tener que unas extinciones corresponda ser decididas por el órgano concursal y otras, sin razón aparente, por el deudor.

c) Si como acertadamente se indica por parte de la práctica unanimidad de los autores, uno de los principales objetivos del art. 65 LC es permitir que el juez pueda modular la cuantía de la indemnización pactada con el alto directivo y evitar así la importante carga que a veces supone (*blindaje*), este objetivo sería fácilmente evitado por el deudor mediante cualquier otra causa extintiva (despido improcedente, despido objetivo, etc.). Posibilidad nada remota si tenemos en cuenta que la especial relación (de confianza) que une a estos contratantes²⁶, lo que permite pensar en acuerdos en este sentido.

El resultado de todo ello en relación al procedimiento a seguir, es que será el juez del concurso (vía incidente concursal) el competente para conocer las impugnaciones de las decisiones de la administración concursal.

Frente a esta posición se levantan, por otro lado, quienes consideran que el competente para adoptar medidas distintas a las del art. 65 LC será

²⁶ Ampliamente, MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., págs. 250 y ss.

el deudor, en concreto, distinguiendo la situación concursal del empresario-deudor (suspensión o mera intervención)²⁷. Para ello, podemos aducir:

a) Que al contener el art. 65 LC unas medidas extraordinarias —en cuanto complementarias— respecto a las previstas en la norma laboral, la solución sería entender que para otros supuestos extintivos o suspensivos será preciso acudir a la regla general contenida en el art. 61.2 LC, en cuyo caso, el deudor podrá llevarlas a cabo en los términos legalmente previstos (RDPAD, TRET, LC). En definitiva, la solución es similar a la prevista para el resto de contratos, los laborales en concreto, donde las medidas del art. 64 LC, no excluyen las facultades del empresario-deudor para proceder a medidas no colectivas, sin perjuicio, obviamente, de la intervención de la administración concursal en atención a la situación del concursado (arts. 40 y 44 LC)²⁸.

b) En relación con lo señalado, no puede pasar por alto que el art. 65.2 LC reconoce al alto directivo la posibilidad de extinguir indemnizadamente el contrato previamente suspendido por la administración concursal. Si atendemos a las reglas contenidas en el RDPAD (art. 15.2, en relación con el art. 45 TRET), no encontramos causa alguna que justifique no sólo la extinción por esa razón, sino el derecho a la indemnización. Es más, no todas las extinciones llevan aparejadas indemnización (*v.gr.*, despido procedente), por lo que al menos para esos casos no se entendería la previsión del art. 65.3 LC. Todo ello nos hace pensar que, realmente, la extinción y suspensión referidas en el art. 65 LC no son las facultades reconocidas al empresario-deudor en el RDPAD, so pena de que esas medidas generen un mayor gravamen en el concurso que fuera de él, lo que desde luego está fuera de la voluntad del art. 65 LC.

Junto a todo ello, cabría añadir en favor de este posicionamiento que no parece tampoco que fuera voluntad del legislador concursal atribuir al juez del concurso el conocimiento de cuestiones relativas a otras causas de suspensión (maternidad, disciplinaria, etc.) o de extinción (jubilación, término del contrato, etc.), cuya resolución por su parte conllevarían para el concurso y para él más problemas que soluciones²⁹.

Consecuentemente, creemos más acertada esta segunda opinión, y en suma, afirmar que corresponde al empresario-deudor, según su situación en el concurso, decidir sobre esas otras causas; y siendo el orden social el competente para resolver los conflictos que se planteen, lo que hará conforme a

²⁷ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 774 y 775.

²⁸ También, DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Artículo 64»; AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*; Tecnos, 2004, págs. 729 y 730.

²⁹ MOLINER TAMBORERO, G., «Las competencias del juez mercantil...»; cit., pág. 83.



la LPL. Adviértase por último que la impugnación de estas decisiones de los juzgados de lo social tampoco corresponderá al órgano mercantil, pues el art. 8.2 LC hay que entenderlo referido en exclusiva al art. 65 LC, y en consecuencia, considerar que el mismo no abarca a la totalidad de supuestos extintivos o de suspensión del contrato de trabajo del alto directivo³⁰.

En todo caso, el posible interés del concurso podría quedar protegido vía, por ejemplo, arts. 40 y 50.2 LC, donde se exige que en aquellos procedimientos relativos a acciones con trascendencia sobre el patrimonio del deudor, se deberá emplazar a la administración concursal y tenerla como parte para que alegue o defienda lo que estime oportuno³¹.

3.3. Medidas previstas: extinción y suspensión

Previamente al análisis de las opciones que el legislador concursal permite a la administración concursal en relación con los contratos de alta dirección (suspensión/extinción), creemos oportuno resolver si tales medidas son excluyentes entre sí, de tal suerte que de serlo y si se opta por la suspensión no podría posteriormente la administración concursal extinguir vía art. 65 LC³². O si por el contrario ambas medidas pueden ejercerse sucesivamente, esto es, decidir primero la suspensión y posteriormente, en función de la mejor opción para el interés del concurso, decidir la extinción.

Pienso que no debe haber mayor problema en admitir esta segunda lectura, por cuanto que no existe en el precepto concursal ninguna referencia clara al carácter alternativo entre ambas, ni parece lógico que un precepto que pretende ampliar las posibilidades de actuación en relación a los contratos de alta dirección, restrinja de tal forma la decisión de la administración concursal³³. Adviértase además que de lo contrario ésta se vería en la tesitura de tener que optar cuando aún puede no tener datos suficientes, lo que podría llevarle a extinguir apresuradamente ante la imposibilidad posterior de hacerlo.

Por concluir, debe recordarse que en materia de modificaciones sustanciales el art. 65 LC (y 8.2.º LC) no se pronuncia, por lo que no se trata

³⁰ TRUJILLO DíEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 774 y 775; y HERRERA CUEVAS, E.J., «De la competencia objetiva...»; cit., pág. 3.

³¹ TRUJILLO DíEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 775 y 776.

³² Así, VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 32.

³³ También, CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 315. Debe recordarse que conforme a la regulación extraconcursal nada impide la posterior extinción de un contrato de alta dirección previamente suspendido; STSJ de Murcia, de 3 de junio de 1992 (TSJ-207; R.L., 1992-II).

de una medida que pueda decidir en principio la administración concursal ni corresponda su conocimiento al juez del concurso³⁴.

3.3.1. *Extinción del contrato*

El supuesto previsto en el art. 65.1 LC recoge expresamente la facultad de la administración concursal (a instancia del deudor o por propia iniciativa) de extinguir el contrato de trabajo del alto directivo. Si como ya hemos defendido, las facultades del art. 65 LC se refieren a causas de extinción complementarias a las previstas en la normativa laboral (siendo el empresario-deudor quien decide esas otras extinciones —según su situación concursal—), debe entenderse que la extinción *ex art. 65 LC* se limita al desistimiento *ad nutum*, cuyo fundamento es la pérdida de confianza por parte del órgano concursal, lo que podría asimilarlo al supuesto previsto en el art. 11.1 RD, y en consecuencia, excluir la necesidad de alegar causa alguna³⁵.

Adviértase pues, como adelantábamos, que el legislador concursal no ha querido negar el resto de supuestos que justifican la extinción (despido disciplinario, extinción por causas objetivas, etc.), sino que más pareciera que, en atención al interés del concurso, pretende otorgar a la administración concursal la decisión de extinguir en caso de que ésta no tenga en el alto directivo existente la confianza que este cargo requiere. No obstante, otros autores defienden que el art. 65 LC engloba aquellas extinciones provocadas «por razones relacionadas con las causas que dieron lugar al concurso», lo que parece incluir las extinciones por causas objetivas³⁶. De cualquier forma, y como han señalado otros autores, las causas objetivas que justificarían la extinción *ex art. 52.c) TRET*, «pueden subsumirse en el desistimiento empresarial»³⁷.

No podemos pasar por alto que si es pretensión del concurso, siquiera mediata (para satisfacer a los acreedores), el mantenimiento de las empresas, y que si se procura facilitar que así sea —vistos los resultados del em-

³⁴ MOLINER TAMBORERO, G., «Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal»; en AA.VV. (García-Perrote, Coord.), *La reforma Concursal...*; cit., pág. 80.

³⁵ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 30, y TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., especialmente, págs. 773 y 774.

³⁶ MOLINER TAMBORERO, G., «Las competencias del juez mercantil...»; cit., pág. 81.

³⁷ ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, citados por RUBIO MEDINA, M.D., *La relación laboral del personal de alta dirección*; Bosch, 2004, pág. 26. Así parece entenderlo GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «El procedimiento concursal y las medidas laborales de reestructuración y saneamiento de empresas» (*Ponencia II*); *XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 19 y 20 de mayo 2005, págs. 29 y 30.

presario-deudor—, otorgándole a dicho órgano concursal facultades propias del titular de la empresa, es imprescindible que los altos directivos cuenten con su confianza, pues corresponderá a éstos llevar a cabo las líneas u objetivos que marque la administración concursal. Ciertamente, si observamos con detenimiento los diversos preceptos concursales relativos al reflotamiento de la empresa (*v.gr.*, arts. 44, 61 y ss., 148, etc.), constatamos que en todos ellos se otorga el protagonismo preeminente a la administración concursal. En definitiva, el legislador concursal otorga a dicha administración la posición propia del empleador cuando se trata de la gestión extraordinaria de los recursos humanos

Esto implicará, necesariamente, que el empresario-deudor pierda la correspondiente facultad de extinguir por este motivo (desistimiento), sin perjuicio, como indicamos, que pueda instar a la administración concursal a proceder a dicha extinción y de que, en su caso, pueda ejercer su facultad extintiva respecto a las otras causas previstas en la norma laboral (RDPAD).

En otro orden de cosas, existe una importante cuestión no resuelta tampoco en el art. 65 LC en relación a la extinción del contrato del alto directivo. Nos referimos al supuesto contemplado en el art. 9 RD, en virtud del cual es posible que el trabajador haya alcanzado la posición de alto directivo como consecuencia de una *promoción interna* en la empresa que le llevó desde su originario contrato laboral común a su actual relación laboral especial. En estos casos, cabe la posibilidad de que el contrato común originario quede suspendido mientras ejerce la función de alto directivo, reactivándose aquél cuando cese como tal (salvo que habiéndose realizado pacto en contrario, hubieran transcurridos dos años desde la *promoción* o *novación*)³⁸. La cuestión que surge es resolver si la extinción *ex art.* 65 LC alcanza o no al contrato laboral común, o si la extinción simplemente implicará el derecho del trabajador a reactivar el contrato común suspenso y demás derechos que menciona el art. 9.3 RDPAD (*v.gr.*, derecho a la indemnización).

No hay una opinión unánime al respecto, por lo que tendremos que esperar a que los tribunales se pronuncien. Sí creemos, en todo caso, que lo más correcto parecería considerar que la extinción alcanza exclusivamente al contrato del alta dirección y no al común, cuyo tratamiento debe sujetarse a las reglas (laborales y concursales) previstas³⁹. Así parece extraerse,

³⁸ Sobre lo inadecuado de las expresiones legales *novación* y *promoción interna*, por tratarse en realidad de un contrato distinto del originario (art. 9.1 RD), *Vid.*, SANGUINETI RAYMOND, W., «La extinción del contrato...»; cit., págs. 1519-1522. Respecto a la salvedad señalada en el texto y al derecho de opción del trabajador, *ibidem*, págs. 1524 y ss.

³⁹ MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*; Civitas, 1995, pág. 394. Por todas, *Vid.*, STS de 17 de junio de 1993 (RJ 1991/200).

entre otras razones, porque de lo contrario estaríamos otorgando a la administración concursal unas facultades que el propio ordenamiento no parece admitir⁴⁰. Junto a ello, no puede perderse de vista que la extinción *ad nutum*, según la doctrina asentada conforme a la normativa extraconcursal, no implica la extinción de la relación laboral común, por lo que no parece acertado cambiar ahora el criterio⁴¹. Con todo, si la opción judicial considerase que la extinción de la relación especial implica en estos casos también la común, el juez del concurso, en la posible moderación que pudiera realizar de la indemnización, deberá valorar esta circunstancia⁴².

3.3.2. *Suspensión*

Facultad de la administración concursal

Al igual que hemos señalado respecto a la indemnización, el supuesto suspensivo previsto en el art. 65 LC no parece responder a los previstos en la norma laboral (RDPAD y art. 45 TRET), entre otras razones, porque si atendemos a éste último precepto laboral, constatamos que los efectos de la suspensión se limitan al cese de las obligaciones principales de trabajar y retribuir ese trabajo, pero en ningún caso se abre la posibilidad de extinguir indemnizadamente el contrato⁴³.

El principal problema que nos surge es resolver si la suspensión exige la previa alegación de causa y, en su caso, cuál pudiera ser ésta. Para responder adecuadamente a esta pregunta, nos remitimos a lo ya señalado *supra* respecto al carácter complementario de las medidas *ex* art. 65 LC, y con ello, afirmar que no será necesario basarse en alguna de las causas que, *ex*

⁴⁰ No obstante, cabe la posibilidad de extinguir la relación laboral común suspensa por los trámites correspondientes; SANGUINETI RAYMOND, W., «La extinción del contrato...»; cit., págs. 1530 y 1531.

⁴¹ Recientemente, STSJ de Madrid, de 8 de septiembre de 2004 (AS 2704). Distinto será el caso en que la extinción lo fuera por despido declarado improcedente —judicialmente— (art. 9.3 *in fine*, RDPAD), donde la extinción de una relación sí afectará a la otra. La pérdida de confianza ordinaria que implica el despido procedente parece justificar esta excepción, sin embargo, existen matices a la automaticidad de ambas extinciones; en extenso, SANGUINETI RAYMOND, W., «La extinción del contrato...»; cit., págs. 1520, 1521 y 1528-1530. Sobre estas cuestiones y las dudas en torno al alcance del término *extinguir/extinción*, (art. 9.3 RDPAD), *vid.*, MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., págs. 268-270.

⁴² CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 324. Sobre cómo se calculan las indemnizaciones para una y otra relación; *vid.*, por todas, STSJ de Madrid, de 14 de diciembre de 2004.

⁴³ Resaltando también este aspecto, VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 31.

art. 45 TRET (art. 15 RDPAD), justifican la suspensión⁴⁴, y ello sin perjuicio de que también estas causas puedan alegarse cuando concurren, aunque los efectos serán los previstos en aquél precepto estatutario (art. 45.2 TRET) y que ya hemos señalado.

Efectivamente, pareciera que el legislador concursal quiere facilitar la suspensión del contrato del alto directivo, facilidad que se concreta en un nuevo supuesto que, al igual que ocurría con la extinción, basta con basarse en la excepcional situación de crisis que vive la empresa y plasmada en la apertura del proceso concursal⁴⁵. Asimismo, no puede olvidarse que la razón de esa mayor facilidad para adoptar las medidas que permite el art. 65 LC encuentra directa relación con la necesaria confianza que la administración concursal debe tener en el personal de alta dirección, por lo que como señalábamos no precisaría de alegación alguna por parte de la administración concursal, que sólo se vería limitada en su actuar por el abuso de derecho, la actuación fraudulenta, etc.⁴⁶

Con la introducción a favor de la administración concursal de esta facultad de suspender de forma automática el contrato (sin necesidad de causa ni solicitud), pensamos que se atiende y resuelve también el problema que planteaba la anterior regulación concursal y laboral respecto al hecho cierto de que, declarado el concurso, es posible que los trabajadores no puedan prestar sus servicios de forma inmediata y temporalmente, siendo por ello de mayor interés proceder automáticamente o en el plazo más breve de tiempo a la suspensión de sus contratos, en tanto se decide qué se hace finalmente con la empresa y en su caso, qué trabajadores se mantienen al servicio de ésta⁴⁷. Adviértase que al no haberse hecho así los trabajadores continuarían devengando sus salarios como consecuencia de lo establecido en los arts. 44.1 y 61.2 LC, en relación con el art. 30 TRET.

En pocas palabras, al continuar vigentes los contratos que existían antes de la declaración concursal y en consecuencia, el devengo de los salarios, se impone sobre la empresa una nueva carga para su maltrecha econo-

⁴⁴ De opinión contraria, VILA FORENSA en AA.VV. (Sala/Mercadal/Alonso-Cuevillas, Coords.), *Nueva Ley Concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio*; Bosch, 2004, pág. 350.

⁴⁵ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 29. También, HERRERA CUEVAS, E.J., «De la competencia objetiva...»; cit., pág. 2.

⁴⁶ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., «Los pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de alta dirección»; *TL*, núm. 49, 1998, págs. 89 y 90; y CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., págs. 313-315. En extenso, MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*; Civitas, 1995, págs. 399-401.

⁴⁷ Sin embargo, algún autor considera que no debe producirse la suspensión del contrato de trabajo por el mero hecho de la declaración del concurso, pues, se afirma, no debe trasladarse al trabajador un riesgo propio del empresario (crisis económica de la empresa), GIUSEPPE PERA, «Fallimento e rapporto di lavoro»; *RIDL*, 1999-I, pág. 241.

mía⁴⁸, por lo que podríamos preguntarnos «hasta qué punto puede considerarse equitativo el que soporten el coste de los salarios los otros acreedores (...)»⁴⁹.

Obsérvese que lo que se pretende con esta mayor facilitación de la suspensión es que, declarado el concurso en la empresa, sea el órgano concursal correspondiente quien, dentro de un plazo razonable, determine si es posible o no la continuidad de la actividad y el reflotamiento de aquélla, y en consecuencia, qué nivel de trabajo se requiere, manteniendo en suspenso aquellos contratos cuya continuidad dependa de una mejora en la situación económica de la empresa o de una valoración posterior más detenida⁵⁰. Con ello se evitaría un agravamiento patrimonial en la crítica situación de la empresa y un perjuicio mayor para los altos directivos, cual pudiera ser la extinción de sus contratos⁵¹. Ciertamente, se trata de una medida que no sería tan drástica como la extinción del contrato y que, además de permitir el mantenimiento del empleo o al menos su no eliminación inmediata, no supone para el trabajador mayores perjuicios, pues entre otras cosas, puede compatibilizar esta situación con el desempeño de otro trabajo⁵².

Sólo un aspecto puede cuestionar lo acertado de primar la suspensión y es el hecho de que el legislador no ha previsto modificar el art. 208 TRLGSS a efectos de considerar este supuesto de suspensión como una de las causas que justifican que los trabajadores encuadrados en el régimen general accedan al cobro inmediato del desempleo, al considerárseles en esa situación legal (*ex* art. 208.1.2 TRLGSS), a diferencia de lo que acontece en relación al art. 64 LC cuyo supuesto sí se prevé (D.F. 16.^a LC), posibilitando al trabajador acceder a dicha prestación⁵³.

⁴⁸ VIDA SORIA, J., «Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción»; en *Comentarios a las Leyes Laborales*, T.II; EDERSA, 1994, págs. 21 y 22.

⁴⁹ FINEZ RATÓN, J.M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*; Civitas, 1992, pág. 147.

⁵⁰ Como de hecho ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno, cfr. NARVÁEZ BERMEJO, M.A., «Puntos críticos sobre las garantías del privilegio salarial: aspectos sustantivos y procedimientos en los juicios concursales»; *A.L.*, 1993-1, pág. 259.

⁵¹ Lo planteado permitiría confirmar que la suspensión se muestra «como un fenómeno protector del trabajador (...) en lo que no es sino una manifestación más de un principio más amplio cuál es el de la “estabilidad en el empleo”», FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*; Civitas, 1993, pág. 209.

⁵² ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*; Civitas, 1997, pág. 421.

⁵³ Sobre el derecho a las prestaciones por desempleo por suspensión en relación a los trabajadores comunes, ALTÉS TÁRREGA, J.A., *Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral*; Tirant lo Blanch, 1998, pág. 158. De extenderse esta respuesta, estaríamos asimilándonos a otras soluciones como la prevista en el ordenamiento italiano de *le integracione salariali*; sobre esto último, ROMEL, R., «Le garanzie dei crediti dei lavoratori subordinati»,



Una última cuestión conviene precisar, y es saber si la suspensión en estos casos afecta de alguna forma al contrato laboral ordinario que, *ex art.* 9 RDPAD, pudiera estar también suspendido. Desde nuestro punto de vista, no parece aplicable la previsión del art. 9.3 RDPAD y que consecuentemente, se reactive la relación ordinaria, entre otras razones porque la reanudación tendría lugar, sólo y en su caso, cuando se extinga la de alto directivo, y no en otros supuestos⁵⁴. Lo señalado se entiende sin perjuicio de que la relación laboral ordinaria pueda actualizarse si el trabajador opta por ello tras el ejercicio de la extinción prevista en el art. 65.2 LC que ahora pasamos a analizar.

Respuesta del alto directivo

El legislador, además de posibilitar a la administración concursal la suspensión del contrato laboral en estudio de forma automática (ejecutiva) y sin necesidad de causa, prevé a favor del trabajador el derecho a extinguir el contrato suspendido por esa decisión y reclamar la correspondiente indemnización (art. 65.2 LC). Dicha extinción deberá ser preavisada al órgano concursal con una antelación de un mes.

Algunos autores han visto una cierta similitud entre la extinción por suspensión del contrato y la prevista para los casos contemplados en el art. 10.3 RDPAD (modificación sustancial que redunde en perjuicio o atente contra la buena fe, falta o retraso en el pago del salario, cualquier otro incumplimiento grave del empresario, o la sucesión de empresa o cambio importante en su titularidad)⁵⁵. Sin embargo, existen algunos elementos importantes que impiden identificar ambos preceptos. Por un lado, no puede pasar por alto que el art. 10.1 RDPAD excluye la obligación de preavisar cuando se da un incumplimiento grave del empresario, hecho que ocurre en algunas de las causas del art. 10.3 RDPAD. No obstante, no desconocemos que es en relación al desistimiento o a supuestos en los que se ocasiona un

AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) *La retribuzione*; vol. I, Jovene editore, 1994, especialmente, págs. 290 y 291. Respecto al encuadramiento en la Seguridad Social del alto directivo y el derecho a las prestaciones por desempleo; *vid.*, DESDENTADO BONETE/DESDENTADO DAROCA, *Administradores Sociales, Altos Directivos y Socios Trabajadores*; Lex Nova, 2000, especialmente, págs. 216 y ss. (especialmente, págs. 222 y 223).

⁵⁴ Sobre el alcance de dicha opción; MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., pág. 266.

⁵⁵ CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 314; y TRUJILLO Díez, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 777.

cambio en la situación propia o de su contraparte donde parece exigirse el preaviso, lo que podría asemejar ambas situaciones.

Con todo, y por otro lado, la extinción *ex art. 65.2 LC* no precisa acudir a la vía judicial para hacerla efectiva, a diferencia de los supuestos del último precepto laboral señalado, que supone que «el directivo no posee por sí mismo facultad de resolver el contrato, sino sólo (...) el derecho a solicitar su extinción ante los órganos jurisdiccionales del orden social (...)»⁵⁶. Efectivamente, la extinción del contrato suspenso realizada *ex art. 65.2 LC* por el alto directivo tiene carácter constitutivo (extraprocesal), como se extrae, entre otras razones, de la propia exigencia del preaviso.

La siguiente cuestión que nos asalta es si existe algún plazo para que el alto directivo pueda extinguir indemnizadamente su contrato suspenso *ex art. 65 LC*. De nuevo el precepto concursal no señala nada, lo que plantea varias soluciones posibles:

- La primera, aplicar como criterio interpretativo el RDPAD, y en concreto, lo previsto para el supuesto del art. 10.3.d) (cambio de titularidad); lo que nos llevaría a entender que la extinción debiera ejercitarse dentro de los tres meses siguientes desde la decisión de suspender el contrato.
- Segunda, considerar que a falta de referencia expresa, será exigible que el derecho a resolver se ejercite conforme a las reglas de la buena fe, por cuanto no parecería admisible extender *sine die* el derecho a extinguir⁵⁷.
- Tercera, entender que a falta de previsión expresa por parte del legislador mercantil, y ante el hecho cierto de que estamos ante una situación no equiparable a las causas de suspensión previstas en el RDPAD (TRET), no puede imponerse límite alguno para su ejercicio, salvo el lógico de que el mismo se ejercite antes de que se agote esa situación suspensiva y en todo caso, durante la tramitación del proceso concursal⁵⁸.

Ésta última nos parece la solución más acertada, con la salvedad de que, *ex art. 65.4 LC*, pareciera que la fecha tope debiera ser antes de la sentencia de calificación del concurso, so pena de que pierda todo sentido la previsión señalada en aquél precepto (aplazamiento del pago).

Sin duda, al tratarse de una facultad de suspender por causas distintas a las previstas en el art. 45 TRET, y ante el hecho cierto de que al alto directivo puede resultarle gravosa esta nueva situación (derechos profesiona-

⁵⁶ RUBIO MEDINA, M.D., *La relación laboral...*; cit., pág. 22. Con dudas, MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., págs. 336 y 337.

⁵⁷ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 777 (nota 21).

⁵⁸ También, CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 314.



les, su propia imagen, derechos económicos —partidas vinculadas a la marcha de la empresa—, etc.); el legislador permite al alto directivo que evalúe esta situación y decida si mantenerse o no vinculado a la empresa, reconociéndole en este caso una indemnización⁵⁹.

Como recogemos al inicio de este apartado, el legislador también requiere al alto directivo para que, en caso de optar por la extinción, preavise con un mes de antelación. Cuestión ésta que pasamos a analizar.

3.3.3. *Formalidades y preaviso*

Si como hemos visto, ni la extinción ni la suspensión *ex art. 65 LC* requieren alegación de causa alguna ni solicitud y aceptación por la autoridad administrativa o judicial, parecen exigibles al menos unos requisitos formales mínimos para evitar situaciones excesivamente gravosas para el trabajador directivo⁶⁰. Por esta razón, creemos que en la comunicación de la suspensión sería preciso indicar la fecha o duración de ésta, bien con un término cierto o, más acertadamente, indicando la condición resolutoria de dicha situación⁶¹. De no exigirse esa concreción, podría darse una situación de franca indefensión del alto directivo, quien no podría impugnar ni actuar contra una decisión que no conoce claramente la causa que la motiva⁶².

Diferente será el caso en el alto directivo pretenda extinguir indemnizadamente su contrato suspenso, en cuyo caso creemos que no parece exigible la forma escrita en tal comunicación (preaviso), bastando que quede constancia de la voluntad inequívoca del alto directivo de extinguir la relación⁶³.

Más problemática es la cuestión del plazo de los preavisos, porque si bien el legislador exige que en caso de suspensión la extinción por voluntad del trabajador directivo deba comunicarse con un mes de antelación, no señala nada para cuando la decisión extintiva o suspensiva sea adoptada por la administración concursal *ex art. 65 LC*. Esta situación plantea diversos interrogantes que tratamos de resolver:

⁵⁹ Adviértase la proximidad con el supuesto del art. 10.3.d) RDPAD, y los comentarios al respecto de BORRAJO DACRUZ, E., «El personal de alta dirección en la empresa»; El Estatuto de los Trabajadores. Relaciones especiales de trabajo, en (BORRAJO, Dir.) *Comentarios a las Leyes laborales*, T. II, Vol. 1.º; EDERSA, 1986.

⁶⁰ Esta razón subyace en la idea de TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit.

⁶¹ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 29.

⁶² Sobre la posible reacción del alto directivo ante la falta de comunicación escrita, *vid.*, MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*; Civitas, 1995, págs. 392 y 393.

⁶³ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 777 y 778.

Primero, si es preciso o no preaviso para decidir la suspensión por parte de la administración concursal. Las opiniones se dividen entre quienes consideran que, por aplicación extensiva al supuesto de la extinción que ahora analizaremos, debiera exigírsele a dicha administración, ya que la finalidad en ambos casos (suspensión y extinción) es la misma, esto es, evitar los perjuicios que pudieran dañar al alto directivo por la falta de empleo efectivo⁶⁴.

Frente a esta postura y de forma más razonada pensamos, es defendible que no sea necesario preaviso alguno, no sólo porque la ley no lo exige (a diferencia de lo que expresamente señala respecto al alto directivo); sino también porque de hacerlo se estaría imponiendo unas limitaciones a la administración concursal que no existen tampoco en el RDPAD. Adviértase que de exigirse en el proceso concursal este preaviso se rompería la lógica de facilitar las decisiones en interés del concurso, amén de que podría resultar excesivamente gravoso mantener al alto directivo siquiera temporalmente (durante el preaviso), ya que, no lo olvidemos, esto implicará costes directos —altos salarios, etc.— y de oportunidad —actuar a través de quien puede carecer de la confianza de la administración concursal—. En otras palabras, si en relación al preaviso para extinguir veremos que «parece no tener sentido y no ser congruente con la institución debido a que las relaciones entre las partes se verían muy deterioradas al conocerse el cese con tan dilatada antelación (...)»⁶⁵; en el caso ahora analizado (suspensión) cobra mayor sentido, pues no olvidemos que si bien esta cuestión puede resolverse vía indemnización por falta de preaviso, este hecho no hará sino agravar aún más la previsible debilidad económica de la empresa, que se vería en la tesitura de decidir entre añadir una nueva deuda (indemnización por falta de preaviso) o mantener en puestos de suma relevancia en la empresa a quien ya sabe que carece de la confianza suficiente para continuar en el puesto.

Finalmente, creemos que también justifica la inexistencia de preaviso alguno por parte de la administración concursal el dato de que el alto directivo pueda reaccionar frente a tal decisión, no teniendo por qué aceptarla sin más, sino que se le otorga la opción de extinguir indemnizadamente su contrato suspenso, mejorando así para él los efectos que para la suspensión se indican en la normativa laboral (art. 45.2 TRET).

Segundo, si existe obligación de preavisar, al menos, en el caso de extinción *ex* art. 65.1 LC. Ante el silencio legal al respecto, algún autor ha aventurado que lo acertado sería aplicar analógicamente la previsión del art. 11.1 RDPAD (que remite al art. 10.1 RDPAD), y por tanto, reclamar de la

⁶⁴ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 779.

⁶⁵ RUBIO MEDINA, M.D., *La relación laboral...*; cit., pág. 24.



administración concursal un preaviso mínimo de 3 meses, o sustituir éste por la indemnización correspondiente⁶⁶.

De nuevo nos parece que es más acertado con la finalidad a la que sirve el concurso considerar que no sea preciso plazo alguno⁶⁷, y ello esencialmente por las razones económicas y de oportunidad antes mencionadas. Pero en todo caso, de considerar la necesidad de tal preaviso, creemos que el mismo no puede ser el previsto en el art. 10.1 RDPAD (mínimo de 3 meses), pues no puede pasar por alto que si eso fuera así se volvería a contradecir la finalidad del concurso. Ciertamente, si observamos con detenimiento, se le estaría exigiendo a la administración concursal un plazo superior al requerido al alto directivo, quien sí saldría beneficiado de la regulación concursal (art. 65.2 LC: un mes), al señalársele un plazo menor incluso que el previsto en el RDPAD.

Tercero, qué ocurre ante el incumplimiento por parte del trabajador del deber de preavisar. Sobre este aspecto parece existir una opinión muy generalizada en la dirección de considerar que la falta de preaviso implicará una indemnización similar a la prevista en el art. 10.2 RDPAD; esto es, equivalente al salario en metálico que implican los días no preavisados⁶⁸.

Pero junto a ello, algún autor ha defendido la falta de sentido de dicha indemnización en caso de que se incumpla y, por tanto, del propio preaviso. Así, se señala que es difícil comprender el sentido de ese preaviso y la indemnización aparejada en caso de incumplimiento cuando sea el alto directivo quien, *ex art. 65.2 LC*, proceda a extinguir su contrato suspenso, ya que no debiera suponerle a la empresa perjuicio alguno esa extinción no comunicada con ese mes de antelación, pues no puede olvidarse que al estar el contrato suspendido no parece que pueda representar daño alguno para la empresa ni para el concurso el hecho de extinguir dicho contrato⁶⁹.

4. INDEMNIZACIONES

El art. 65 LC prevé que en caso de extinción, tanto por voluntad de la administración concursal como por parte del alto directivo (respecto del contrato suspenso), éste tendrá derecho a una indemnización. En torno a esta cuestión el texto concursal plantea importantes interrogantes relativos al *quantum* que representa, a la calificación del crédito resultante, y a las op-

⁶⁶ TRUJILLO DíEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 779; y VILA FORENSA, cit., pág. 349.

⁶⁷ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 29.

⁶⁸ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 32.

⁶⁹ TRUJILLO DíEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 779 y 780.

ciones que plantea sobre la misma: modificar su cuantía o aplazar su pago. Procedemos a estudiar estos aspectos.

4.1. Facultad moderadora

Respecto a la cuantía de la indemnización, debemos indicar que ante la falta de previsión específica, habrá que acudir a las reglas del RDPAD (art. 11.1), del que se extrae que habrá que atender, en primer lugar, a la pactada por las partes y en su defecto, será de siete días de salario por año de servicio con un máximo de seis mensualidades.

Esta regulación ha dado lugar a los conocidos como *contratos blindados*, en los que la cuantía por extinción supone una importante cifra, al objeto de evitar decisiones precipitadas por parte del empresario y, junto a ello, compensar al directivo por los perjuicios que ello le hubiera implicado (*v.gr.*, falta de empleo, renuncia previa a otras ofertas, etc.)⁷⁰. Pero el legislador es consciente del importante quebranto patrimonial que ese tipo de *blindaje* puede suponer para el patrimonio empresarial, sobre todo teniendo en cuenta el cambio en el tratamiento de tales créditos, que han pasado de ser considerados como créditos concursales⁷¹, a calificarse como deudas *de* la masa (art. 84.5.º LC), con las consecuencias a efectos de posibilidades de satisfacción que ello implica, y del perjuicio que provocará en otros acreedores (*v.gr.*, trabajadores comunes)⁷². Para remediar algo esta situación, se otorga al juez del concurso la facultad de poder modificar, si así lo decide, la cuantía indemnizatoria pactada⁷³.

Obsérvese pues que el art. 65.3 LC otorga al juez una facultad discrecional de modificar el *quantum* indemnizatorio. Esto implica, por un lado, que no tiene por qué ejercerla; y por otro, que al no equiparse la discrecionalidad a la arbitrariedad, le sea exigible al juez del concurso un mínimo de motivación⁷⁴. Recuérdesse en este sentido que la facultad mode-

⁷⁰ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., «Los pactos indemnizatorios...»; cit., págs. 106-108; y CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 316.

⁷¹ *Vid.*, arts. 74 PALC'95, art. 64.4 ALC'01.

⁷² También, GARRIDO, J.M., «La graduación de créditos», en AA.VV. (ROJO, Dir.) *La reforma de la legislación concursal*; Marcial Pons, 2003, pág. 233.

⁷³ Para aquellos autores que consideran que el directivo tendrá derecho a una indemnización en caso de falta de preaviso, se les plantea la cuestión de si también el juez podrá moderar la cuantía que ésta represente. Favorables a extender la facultad a este supuesto; VILA FORENSA, cit., pág. 350. Contrarios a ello, TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 781. Aunque éste autor matiza que esa moderación será posible si la indemnización por falta de preaviso encubre o supone una cláusula de *blindaje*.

⁷⁴ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 781. *Vid.*, art. 1154 C.Civ.



radadora no tiene como base el abuso o fraude alguno, por cuanto que éstos no son aspectos a tomar en cuenta para esa decisión (ya que los mismos darán lugar a la pertinente nulidad del pacto), ni la complicidad o responsabilidad del alto directivo en la insolvencia, pues para ello ya se prevé tanto la medida del art. 65.3 LC como lo contemplado en el art. 172.2 LC.

Nada dice el texto legal sobre si dicha facultad se ejerce de oficio o a instancia de parte (administración concursal, deudor etc.)⁷⁵. Ante este vacío algunos autores han defendido que será el juez quien unilateralmente decidirá al respecto⁷⁶; entre otras razones también por la diferencia con respecto al aplazamiento (art. 65.3 LC), ya que en este sí se hace mención expresa a la necesidad de solicitarla.

Sin embargo, al tratarse de una cuestión que atiende al interés del concurso y al no existir equivalente respecto a otros acreedores, parece que lo acertado es reclamar su previa solicitud al juez del concurso⁷⁷. Téngase en cuenta además que al ser la extinción automática —sin necesidad de intervención judicial—, éste no tendría por qué conocer de dicha extinción y por ende, sería francamente difícil imaginar que pudiera decidir unilateralmente la moderación en esa situación, pues pese a que la administración concursal está sometida a la supervisión del órgano judicial, lo cierto es que esta exigencia se limita a la posibilidad de que éste pueda requerir a los miembros de la administración concursal una información específica o una memoria de lo actuado (art. 35.6 LC), y no que dicha administración deba informar previamente y en todo caso de sus actuaciones. Por último, el hecho de que el legislador no mencione en el art. 65.3 LC a la administración concursal —a diferencia del apartado 4 de dicho precepto—, puede responder a que no sólo sea a ésta a quien corresponda solicitar la moderación, sino que podrá hacerlo cualquier interesado, ya que la modificación pueda importar a otros sujetos (acreedores, deudor, incluso los trabajadores ordinarios, etc.).

De no ser instada la moderación, el alto directivo no tendrá oportunidad de alegar lo que estime oportuno para que sea atendido por el juez del concurso a efectos de fijar finalmente la cuantía indemnizatoria, pues al no existir procedimiento específico ni contraparte que sostenga posición con-

⁷⁵ Manifestando sus dudas, MELÉNDEZ-MORILLO-VELARDE/PÉREZ CAMPOS, «Novaciones modificativas y extintivas del contrato de trabajo»; AA.VV. (RÍOS/SEMPERE, Direc.), *La Ley Concursal y los aspectos sociales*; Ed. Laborum, 2004, pág. 379; y CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 318.

⁷⁶ VILA FORENSA, cit., pág. 349.

⁷⁷ Así, VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 38. Como afirma GARCÍA VICENTE, J.R. («Artículo 62»; AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*; cit., págs. 707 y 708), «es radicalmente excepcional la atribución en exclusiva de facultades de apreciación del *interés del concurso* al juez del concurso (...)».

traría (ya que lo decidió el juez unilateralmente), no sería posible activar el incidente concursal. Frente a esta situación, la consecuencia de que la moderación tenga que ser instada es que se abrirá un procedimiento (incidente concursal, arts. 192 y ss. LC), en el que las partes podrán alegar lo que a su derecho convenga, y que se resolverá por el juez mediante sentencia (art. 196 LC) en la que se pronunciará sobre la moderación⁷⁸.

En otro orden de cosas, conviene tener en cuenta que en opinión de la mejor doctrina, esa facultad moderadora podría alcanzar no sólo a la extinción intraconcursal y a la indemnización *ex art.* 65 LC (por voluntad de la administración concursal o la acontecida por decisión del alto directivo ante la previa suspensión de su contrato), sino también a cualquier otra de las previstas en la norma laboral, basándose para afirmarlo en que esa posibilidad modificativa por parte del juez ya estaba abierta extraconcursalmente vía arts. 1154 ó 1103 C.Civ.⁷⁹ Sin embargo, como se ha hecho ver por otro sector, estos preceptos hacen mención a la pena convencional, lo que no parece equiparable a la indemnización por desistimiento⁸⁰, y por ello, no sería posible la modificación extraconcursal ni podrá serlo en el concurso cuando dicha indemnización derive de cualquier otra causa distinta a la que justifica las extinciones *ex art.* 65 LC⁸¹. Junto a ello, no puede pasar por alto el hecho de que el legislador haya previsto esta facultad moderadora exclusivamente para cuando esté abierto el concurso, lo que nos hace pensar que esa mención expresa en el art. 65.3 LC manifiesta que la misma no existe fuera del concurso.

Con todo, manifestamos nuestras dudas al respecto, pues si bien la pluralidad de supuestos haría francamente compleja la decisión de cuándo correspondería moderar y cuándo no, lo contrario, es decir, que no exista esa facultad modificativa en esos otros casos extintivos, podría obviar todas las razones que justifican la moderación por el simple hecho de que sea otra causa la razón de la extinción⁸². Como puede comprobarse, el legislador

⁷⁸ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., págs. 41 y 42. Así parece inferirse también de lo señalado por ROQUETA PUIG, R., «El Fondo de Garantía Salarial...»; cit., pág. 2417.

⁷⁹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Extinción del contrato...»; cit., págs. 436, 437 y 442; y en VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., págs. 35 y 39.

⁸⁰ TRUJILLO DíEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 781.

⁸¹ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 37.

⁸² Adviértase que el TS extiende la indemnización pactada para los casos de despido improcedente (art. 11.2 RDPAD) al supuesto de desistimiento o resolución *ex art.* 10.3 RDPAD, aunque tal indemnización no estuviera prevista expresamente para estos casos; RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., «Los pactos indemnizatorios...»; cit., págs. 124 y 125; y MARTÍNEZ MORENO, C., «El personal de alta dirección, una relación especial siempre de actualidad»; REDT, núm. 125, 2005, págs. 837-839.

concursal otorga al juez del concurso la posibilidad de modificar, en el sentido de reducir, la cuantía pactada, «con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo». Sobre este aspecto aparecen algunas dudas:

Primera, determinar cuál sea el salario a tener en cuenta. Si atendemos a la regulación contenida en el RDPAD, extraemos que el límite concursal es mayor al legalmente previsto en su art. 11.1 (desistimiento), pero similar al recogido en su art. 11.2 (despido improcedente), si bien a diferencia del mismo, en éste se restringe al salario *en metálico*, lo que no se corresponde con la regulación del despido colectivo. Esto ha llevado a nuestra doctrina a considerar que será la indemnización conforme a este último la que deberá tenerse en cuenta, y con ello, computar a efectos del límite de la extinción cualesquiera partidas salariales recibidas por el directivo, en dinero o en especie⁸³, lo que sin duda ampliará de forma muy considerable el valor de la misma, al ser éste último tipo de partidas una de la principales que recibe el alto directivo (*v.gr.*, acciones de la empresa, vehículos, etc.)⁸⁴.

Segunda, cuándo entra en juego la mencionada facultad. La solución no puede ser otra que cuando las partes hubieran previsto o fijado una indemnización superior a la prevista en el art. 65 LC, pues de lo contrario el límite será, en primer lugar, la fijada por las partes, y en su defecto, la cuantía fijada como subsidiaria en el RDPAD; esto es, 7 días de salario en metálico, con un máximo de seis mensualidades (art. 11.1 RDPAD)⁸⁵.

Tercera, cuál sea el alcance de dicha moderación o, en otros términos, si el límite que recoge el art. 65.3 LC ha de entenderse como un tope mínimo o máximo (*despido colectivo*: 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, art. 51.8 TRET)⁸⁶. Hay que reprocharle por ello al legislador la escasa precisión que hace al respecto, porque la redacción final puede dar lugar a diversas interpretaciones, antagónicas entre sí, como

⁸³ Por todos, CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 319.

⁸⁴ MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., págs. 310 y 311.

⁸⁵ También, VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 41. Téngase en cuenta, no obstante, lo señalado por RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., «Los pactos indemnizatorios...»; cit., págs. 124 y 125. Planteando la admisión de la moderación para aumentar la indemnización; FERNÁNDEZ PRIETO, M., *La transmisión de empresas en crisis. Incidencia de la Ley Concursal*; Laborum, 2004, pág. 251

⁸⁶ Algún autor ha precisado que para determinar el número de días y meses adeudados, se computará, exclusivamente, el tiempo efectivo en la empresa, excluyendo el posible pacto de antigüedad que lo amplíe o el tiempo de trabajo en otras empresas del grupo; CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 319. No se entiende bien la razón de esta postura, pues supondría dejar sin efecto la voluntad de las partes, principal fuente reguladora de esta especial relación laboral; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Extinción del contrato...»; cit., pág. 436.

de hecho está ocurriendo⁸⁷. Sin embargo, debemos subrayar que la mayoría de los autores entienden que estamos ante un tope que, aunque superior al que correspondería en caso de desistimiento empresarial, funcionaría como mínimo para la facultad moderadora del juez⁸⁸. Las razones para justificar esta posición son:

a) No puede perderse de vista que la modificación moderadora es potestativa para el juez, por lo que bien puede ser que éste decida no ejercerla, lo que posibilitaría indemnizaciones muy por encima de la del despido colectivo sin que se entendiera qué sentido tendría entonces aquella limitación.

b) En relación con lo que acabamos de señalar, creemos que el limitar en exceso al juez concursal en este aspecto, considerando que el tope legal es el máximo permitido, podría llevar a que aquél decidiera no ejercer su facultad por entender que ese máximo es demasiado reducido⁸⁹.

c) Por último, debe recordarse que la finalidad de la moderación judicial es evitar las cuantías excesivamente desmesuradas, que podrían poner en cuestión la solución a la crisis económica de la empresa. Con ello queremos resaltar que no es función de la moderación penalizar al alto directivo (para lo cual existe el art. 172 LC), y en definitiva, que no debe entenderse que considerar la indemnización por despido colectivo como mínimo impediría tener en cuenta algunas actuaciones reprochables del alto directivo⁹⁰.

d) No podemos pasar tampoco por alto que la indemnización del despido colectivo funciona en el art. 64 LC como mínimo mejorable⁹¹, lo que dificultaría justificar la diferencia de trato que significaría entender que en este caso no ocurrirá lo mismo.

4.2. Aplazamiento

Distinta de la facultad de moderar la indemnización por extinción, el legislador permite a la administración concursal solicitar el aplazamiento de pago de la indemnización correspondiente «hasta que sea firme la sen-

⁸⁷ Como tope máximo lo consideran VILA FORENSA, cit., pág. 350; y ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*; Tirant lo Blanch, núm. 156, 2004, pág. 124.

⁸⁸ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 780 y 781; y FERNÁNDEZ PRIETO, M., *La transmisión...*; cit., págs. 250 y 251.

⁸⁹ CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., págs. 320 y 321. Añadiendo que, en todo caso, las 12 mensualidades actuarán como tope máximo.

⁹⁰ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 40.

⁹¹ *Vid.*, con relación al art. 84.2.5.º LC; LOUSADA AROCHENA, J.F., «Los privilegios de los créditos...»; cit., pág. 43; y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «El procedimiento concursal y...»; cit., pág. 21.



tencia de calificación» del concurso. Este hecho nos remite al art. 172.2 LC (y 166 LC), y a la posible declaración del mismo como fortuito o culpable, y en este último caso, señalar las personas afectadas y cómplices; lo que, entre otras cuestiones, implicará la pérdida de cualquier derecho como acreedor concursal o *de la masa*.

Sin duda, la especial posición del alto directivo, en cuanto *alter ego* del empresario, puede suponer una especial relación entre las partes y por sus propias funciones, el trabajador directivo puede haber incurrido en responsabilidades en la insolvencia empresarial⁹². La finalidad del precepto parece pues evitar que esa posible responsabilidad quede sin efecto práctico debido al pago al vencimiento que caracteriza a las deudas *de la masa* (art. 154 LC), de ahí que permita a la administración concursal solicitar al juez del concurso —que es a quien corresponde decidir—, que aplaze ese pago hasta que se resuelva la calificación del concurso⁹³.

El principal problema que supone esta previsión concursal es su falta de coordinación suficiente con la calificación del concurso, pues no es seguro que siempre acontezca la apertura de la sección de calificación (art. 163.1 LC), en cuyo caso parece excesivo el perjuicio que esa dilación puede suponer para el alto directivo, ya que se vería en la necesidad de esperar a constatar si existe o no convenio, si éste pacta unas quitas o esperas superiores a las señaladas, y si ese convenio termina por cumplirse o no⁹⁴.

4.3. Preferencias y garantías

Siquiera brevemente quisiéramos tratar la cuestión de los privilegios y garantías a los que tiene derecho el personal de alta dirección en relación al crédito indemnizatorio del art. 65 LC.

4.3.1. *Preferencias: deudas de la masa*

Debemos comenzar señalando que en ocasiones se ha criticado del legislador su excesiva protección de ciertos colectivos que, pese a su califica-

⁹² También, MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., pág. 317.

⁹³ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 782. VIGUERA RUBIO («Efectos de la declaración...»; cit., págs. 41 y 42) considera que, al ser también solicitada la moderación, en el *petitum* de la demanda incidental donde se pide ésta, debería de incluirse también el aplazamiento

⁹⁴ VILA FORENSA, cit., págs. 351 y 352. Como se ha recordado, ese aplazamiento y por ese tiempo lo es sin derecho a los intereses moratorios que pudieran corresponder por el retraso, TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 782.

ción formal como trabajadores por cuenta ajena, no precisan de una tutela similar a la dispensada para el general de los trabajadores. Ciertamente, creemos que al menos en situaciones como las que estamos analizando (crisis económicas graves), sería conveniente un recuestionamiento (por exceso y por defecto) del ámbito personal del Derecho del Trabajo, de tal suerte que se limite el alcance de las preferencias laborales del personal de alta dirección. Así pareció entenderlo la redacción originaria del Proyecto de Ley Concursal de 2002 (en adelante, PLC), en el que se establecía un régimen de protección dispensado al personal de alta dirección distinto y menor que el correspondiente al resto de trabajadores por cuenta ajena.

Esa diferenciación tenía toda su lógica tanto porque parece existir una especie de relación de responsabilidad del alto directivo respecto a la situación de la empresa⁹⁵, como para evitar que esa hiperprotección que se le dispensa a ese tipo de personal haga «perder a éste [Derecho del Trabajo] su relación originaria con su propia razón de ser», toda vez que en la inmensa mayoría de las ocasiones esa relación se desenvuelve «en condiciones de relativo equilibrio» pues se integra por «grupos fuertes (...) con capacidad de desplegar un poder de negociación frente al Estado y las empresas»⁹⁶. En esta línea, no debe perderse de vista que, generalmente, junto a esa situación de *hiperprotección* laboral de los altos directivos, «corre parejo el hecho de haber dejado fuera de su tutela relaciones sociales de intensa protección (...)» que, a nuestro modo de ver, justifican más y mejor la inclusión en la protección de las normas laborales (*v.gr.*, fenómenos de parasubordinación/pequeños autónomos, etc.)⁹⁷.

Con todo, el legislador concursal finalmente no ha seguido esta orientación, por lo que, al igual que ocurre en el ámbito extraconcursal (D.A. 5.^a TRET en relación al art. 32 TRET), el crédito del personal de alta dirección goza de un régimen de preferencias equiparable al general de los trabajadores ordinarios. No obstante, no se ha perdido de forma absoluta la pretensión que inspiraba el señalado PLC, ya que esa aparente equiparación queda parcialmente cuestionada por dos elementos:

Por un lado, y por lo que respecta a los créditos concursales o *en la masa*, el alto directivo cuenta en principio con las preferencias que dispensan los arts. 90.3.º y 91.1.º LC, mas éstas pudieran no ser de aplicación si el

⁹⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F., «Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal»; *AS*, núm. 18, 2002, pág. 26; y RÍOS SALMERÓN, B., «La reforma del Derecho Concursal y...», cit., pág. 221.

⁹⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Configuración jurídica del salario*; Comares, 2001, pág. 172 y nota 92. También, SANGUINETI RAYMOND, W., «La extinción del contrato “común” del trabajadora “promovido” a un cargo de alta dirección» *R.L.*, 1994-I, pág. 1514.

⁹⁷ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Configuración jurídica del salario*; Comares, 2001, pág. 172 y nota 92.

directivo es considerado persona especialmente relacionada con el concursado, porque de ser así sus créditos se calificarán como subordinados (art. 92.5.º LC), lo que prácticamente implicará la imposibilidad de su cobro. Adviértase además que esta calificación y efectos operan automáticamente, sin admitir prueba en contrario y sin que parezca que la previsión del art. 92.5.º *in fine* LC pueda impedir salvar el privilegio general del art. 91.1.º LC, ya que la misma es aplicable exclusivamente cuando el deudor sea una persona natural, lo que se revela como la excepción en esta relación laboral⁹⁸.

Y por otro lado, en relación al crédito objeto de nuestro estudio (indemnización *ex art.* 65 LC), si bien se considerará a estos efectos, como hemos señalado ya, como deuda *de* la masa (art. 84.2.5.º LC), no puede perderse de vista el ya mencionado aplazamiento de su pago (art. 65.4 LC) y los problemas que ello puede generar.

Sin embargo, esta última facultad (aplazamiento) parece que no debe alcanzar a los créditos originados por extinciones distintas a las basadas en el art. 65 LC. En este sentido debe observarse que para ser calificados como créditos contra la masa el art. 84.2.5.º LC no reclama que las indemnizaciones reconducibles al mismo hayan debido ser acordadas por el juez del concurso⁹⁹, ni que las mismas deriven exclusivamente de extinciones impuestas por la propia crisis empresarial¹⁰⁰. Ha de subrayarse también —como apoyo a lo que acabamos de afirmar— la diferencia entre lo previsto en esta materia por la LC y lo que fue el contenido del PLC (art. 84.5.º) y del art. 83.7.º ALC'01, porque en éstos sí se limitaban las indemnizaciones a las extinciones acordadas por el juez del concurso¹⁰¹. En definitiva, que «el tratamiento contra la masa debería extenderse a toda indemnización debida a los trabajadores por extinción del contrato, cualquiera que fuese su causa, generada a partir de la declaración del concurso»¹⁰².

⁹⁸ Sobre todo ello, criticando esa automaticidad, sin admitir probar la inexistencia de perjuicio para la masa o fraude; CORDERO LOBATO, E., «Artículo 92» y «Artículo 93» AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*; cit., págs. 1100, 1101, 1103 y 1107.

⁹⁹ ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*; cit., pág. 152.

¹⁰⁰ También, DE LA ROCHA, M., «El régimen de los créditos...»; cit., págs. 74 y 75.

¹⁰¹ Con la redacción anterior se negaba la inclusión de las mismas; en *Vid.*, GUALDA ALCALÁ/LILLO PÉREZ, «La reforma de la...»; cit., pág. 134 (referido al ALC'01). *Vid.*, asimismo, FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., «Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la Ley Concursal», en AA.VV. (GARCÍA/ALONSO/PULGAR, Dir.) *Derecho concursal*; cit., págs. 421 y 422.

Creemos que este hecho no ha sido suficientemente apreciados por quienes siguen ligando las indemnizaciones del art. 84.2.5.º LC a las extinciones *ex art.* 64 del mismo cuerpo legal (*v.gr.*, LÓPEZ MOLINA, P., en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, Coord.) *Comentarios a la Legislación Concursal*; Dykinson, 2003, págs. 766 y 767).

¹⁰² CES, Dictamen 4, sobre el Anteproyecto de Ley Concursal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal; CES, 2001, pág. 10. Por ejemplo, la cuantía por falta

En resumen, en nuestra opinión se deberían calificar como deudas *de la masa* a todas las indemnizaciones laborales por extinción acontecidas tras la declaración concursal, so pena de incurrir en una clara discriminación de los trabajadores frente a otros acreedores sobre los que no se menciona excepción alguna (*v.gr.*, art. 84.2.6.º LC) ¹⁰³.

La consecuencia de esta calificación como deudas *de la masa* será otorgarle la prelación para el pago que se extrae del art. 154 y ss. LC; y por lo tanto, equipararlos en protección a los laborales de los trabajadores comunes. Junto a ello, debe subrayarse que los créditos contra la masa sólo ceden ante los tutelados con privilegio especial (art. 90 LC), primando sobre los créditos con preferencia general (art. 156 LC), dentro de los cuales deben destacarse los laborales del art. 91.1.º LC. Resaltamos esta situación porque al carecer la preferencia otorgada *ex art.* 84.2.5.º LC de limitación temporal o cuantitativa alguna (y ante la importancia cuantitativa que la indemnización del alto directivo llega a alcanzar), puede suponer un claro perjuicio para los trabajadores comunes (más necesitados de tutela), quienes verán menguado el patrimonio disponible ¹⁰⁴.

4.3.2. *Garantías a través del Fondo de Garantía Salarial*

Comenzaremos señalando nuestra disconformidad con la previsión subjetiva de beneficiarios del Fondo, pues vistas las finalidades de éste, bien cabría haber excluido al personal de alta dirección con base en las especialidades de esta relación laboral. Así ocurrió antes de la Ley 11/1994, pero hubo de rectificarse (D.A. 5.ª TRET) al no haber previsto nuestro país la posibilidad de su exclusión de la protección dispensada por la Directiva 80/987/CEE, relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial, y que sólo fue utilizada para los empleados domésti-

de preaviso; RESTELLI, R., «Indennità sostitutiva del preavviso como debito della massa nel caso di mantenimento del rapporto di lavoro (e poi sua cessazione) dopo la dichiarazione di fallimento»; *RIDL*, 2003-4 (parte II), especialmente, pág. 873.

¹⁰³ FALGUERA BARÓ/BARTOMEUS PLANA, «El Proyecto de Ley Concursal...», cit., págs. 245 y 246.

¹⁰⁴ Aunque referido al privilegio refaccionario (art. 90.3.º LC y art. 32.3 TRET), son plenamente trasladables a este supuesto las palabras de LANTARÓN BARQUÍN, D., «El privilegio salarial refaccionario del art. 32.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: Notas para un estudio»; *RTSS*, núm. 14, 1994, pág. 79. La pérdida del carácter de prededucibles confirma el carácter meramente preferente de los créditos contra la masa; CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, S., «La prelación de créditos en el proyecto de Ley Concursal española»; *RGD*, núm. 682-683, 2001, pág. 6642.



cos¹⁰⁵. En efecto, las singularidades que presenta la relación laboral del personal de alta dirección aconsejan su exclusión del ámbito de protección del Fondo, por cuanto que su singular posición en la empresa le permite obtener un mejor y mayor conocimiento del estado de la empresa y reclamar de su empleador algún otro mecanismo de protección de sus créditos laborales¹⁰⁶.

Centrándonos en los supuestos extintivos contemplados en el art. 65 LC, algunos autores consideran que en estos casos el alto directivo podría quedar sin protección por parte del FOGASA. Así, se ha llamado la atención sobre el hecho de que la extinción de la relación laboral del alto directivo —y la indemnización que lleva pareja— tengan lugar de forma automática, por la decisión exclusiva de la administración concursal (o del propio trabajador suspendido), ya que al no venir impuesta por una resolución judicial o administrativa, falta el título habilitante para reclamar la garantía del FOGASA (art. 33 TRET). De ahí que afirmen que el alto directivo sólo podrá reclamar la garantía que le dispensa dicho Fondo por esta indemnización cuando se haya instado previamente el incidente concursal y éste concluya con la correspondiente resolución judicial que resuelve la impugnación de la decisión extintiva¹⁰⁷.

Con todo, esta última solución no resuelve los problemas que plantea el precepto concursal, ya que en el caso de extinción del contrato suspenso por voluntad del alto directivo (art. 65.2 LC) no existirá resolución judicial ni tampoco cabrá incidente alguno (salvo que se entienda que esa extinción requiere solicitarse al órgano judicial, algo que hemos descartado).

Por estas razones, cabría señalar que la cuestión principal por la que podría no tener lugar la protección por el FOGASA en los supuestos del art. 65 LC responde, en nuestra opinión, a otras razones, esencialmente, al hecho de que las causas (extinción *ad nutum*) y trámites a los que responde el

¹⁰⁵ ESCOTET VÁZQUEZ, M., «Jurisprudencia reciente sobre el Fondo de Garantía Salarial»; *T.S.*, núm. 87, 1998, págs. 166 y 167. Sobre la polémica que suscitó la exclusión del personal de alta dirección, puede verse MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*; Civitas, 1995, págs. 281 y ss.

Como ha señalado el TJCE, de no preverse expresamente el supuesto excluido, no cabrá posteriormente ningún tipo de interpretación o aplicación extensiva de dicha restricción, so pena de infringir la mencionada Directiva; STJCE, de 18 de octubre de 2001, Caso «G.C./ RIKSSKATTEVERKET» (*A.L.*, núm. 1, 2002, ref. 1).

¹⁰⁶ No obstante, algunos autores entienden que la protección dispensada al personal de alta dirección se limita a las retribuciones, excluyéndose la responsabilidad del FOGASA respecto a las indemnizaciones; GARCÍA NINET, J.I., «Sobre las modificaciones en la ordenación del salario (breves apuntes a modo de colaboración y justificación)»; *T.S.*, núm. 87, 1998, pág. 13.

¹⁰⁷ ROQUETA PUIG, R., «El Fondo de Garantía Salarial...»; cit., pág. 2417.

art. 65 LC no parecen tener reflejo en el art. 33 TRET¹⁰⁸. Consecuentemente, exista o no resolución judicial, lo cierto es que parecen no concurrir los requisitos exigidos por el precepto laboral, sin que la reforma concursal haya procedido a incluir o señalar modificación en este sentido en el mencionado art. 33 TRET. Consecuentemente, el FOGASA no garantizaría la cuantía resultante de las indemnizaciones derivadas del art. 65 LC¹⁰⁹.

No obstante, debe precisarse que la redacción del precepto laboral permitiría superar esta limitación, pues en él podrían quedar comprendidas las extinciones en las que concurra la ausencia de relación con la conducta previa del trabajador¹¹⁰, o más exactamente, en las que la terminación derive de una actuación o iniciativa previa del empresario (*v.gr.*, desistimiento)¹¹¹.

5. VÍAS DE IMPUGNACIÓN

Para concluir debemos referirnos a las vías de impugnación de las decisiones que se pueden adoptar *ex art.* 65 LC (extinguir y suspender el contrato, moderar la indemnización y aplazar su pago). Al respecto conviene recordar que el art. 8.2 LC reserva de forma exclusiva y excluyente para el juez del concurso el conocimiento de la extinción y suspensión del contrato de alta dirección. A falta de precisar un trámite específico, debemos de entender que las reclamaciones que pueda plantear el alto directivo por esas cuestiones se tramitarán por el incidente concursal (*ex arts.* 61, 188.3 y 192 LC)¹¹². En relación con ello, surge la duda de si el mismo será el ordinario (arts. 192 y ss. LC), o el específico en materia laboral del art. 195 LC¹¹³.

¹⁰⁸ La inclusión de la indemnización por *desistimiento* dentro de las protegidas por el FOGASA es una cuestión polémica también en las situaciones extraconcursales; al respecto encontramos opiniones contrarias a su inclusión, en CANTOS ABERASTURI, E., *El Fondo de garantía Salarial*; CISS, 2000, pág. 111. Con dudas, RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo*; Comares, 2000, pág. 284.

¹⁰⁹ Así se infiere también de MOLINER TAMBORERO, G., «Aspectos procesales laborales de la Ley Concursal»; *T.S.*, 166, 2004, págs. 20 y 21.

¹¹⁰ RÍOS SALMERÓN, B., «Garantías del salario», en *Comentarios a las Leyes Laborales*; EDERSA, T.I, vol. 1.º, págs. 353 y ss.

¹¹¹ *Ex STS*, de 26 de diciembre de 2001 (A.L., núm. 19, 2002, ref. 585). Radicalmente en contra, haciendo una interpretación restrictiva del art. 32.3 TRET, STS, de 5 de noviembre de 2002 (RJ 9747).

¹¹² CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 323. Como causas de reclamación que recoge este autor estarían las divergencias en determinación de la antigüedad, o del salario a aplicar, etc. (*ibidem*, págs. 323 y 324).

¹¹³ Así, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Artículo 197»; AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*; cit., pág. 2007.



No existe una opinión clara al respecto, por cuanto que si bien pareciera que lo lógico es utilizar éste último, el literal del mismo viene a excluirlo, ya que se refiere sólo y exclusivamente a las acciones *ex art. 64 LC*, lo que puede inclinarnos a pensar que el trámite adecuado sea el incidente ordinario ¹¹⁴.

En otro orden de cosas, y por lo que respecta a los recursos de las resoluciones emanadas de los mencionados incidentes concursales, también en esta cuestión las opiniones varían entre los autores. Así, por un lado, se encuentran quienes afirman que, al excluirse el incidente laboral, el recurso posible será el de reposición ante el orden civil (*ex art. 197.2 LC*), alegando para ello que los recursos ante el orden social se limitan a los supuestos del art. 195 LC ¹¹⁵. Y por otro lado, aquellos que sostienen la aplicación del art. 197.7 LC también en este caso, y por lo tanto, admitiendo el recurso de suplicación y demás previstos en la norma laboral (LPL), y remitiendo su conocimiento al orden social ¹¹⁶. La justificación de esta posición nos parece que acierta sobre esta cuestión, por cuanto que subrayan que el art. 197.7 LC se refiere no sólo al incidente concursal laboral del art. 195 LC, sino a cualesquiera incidentes que resuelvan *acciones sociales* interpuestas ante el juez del concurso, con independencia de que las mismas se ventilen por el incidente ordinario o el laboral ¹¹⁷.

¹¹⁴ MOLINER TAMBORERO, G., «Las competencias del juez mercantil...»; cit., págs. 81 y 82. Del mismo autor, MOLINER TAMBORERO, G. «Aspectos procesales de la Ley Concursal»; T.S., núm. 166, 2004, pág. 29. Con dudas, HERRERO PEREZUAGA, J.F., «Artículo 195»; AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.); cit., págs. 1959 y 1960. Obsérvese además que la gratuidad de las costas es sólo predicable del incidente laboral (art. 196.3 LC).

¹¹⁵ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 776.

¹¹⁶ También, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Artículo 197»; AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*; cit., págs. 2006 y 2007. En todo caso, señala VIGUERA RUBIO («Efectos de la declaración...»; cit., pág. 41) que al ser la facultad moderadora una labor equitativa, no es revisable en casación.

¹¹⁷ MOLINER TAMBORERO, G., «Las competencias del juez mercantil...»; cit., pág. 82.





2

Mercado de Trabajo







INFORME TRIMESTRAL SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (Primer Trimestre, 2005)

SANTOS M. RUESGA BENITO

Catedrático de Economía Aplicada

Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

Catedrático E.U. de Economía Aplicada

Universidad de Sevilla

CARLOS RESA NESTARES

Profesor de Economía Política

Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

La economía española muestra síntomas cada vez más agudos de desequilibrio, en su vertiente externa. No obstante, mientras la demanda interna siga disparada y aguante el tirón no han de existir problemas graves. Pero la experiencia pasada muestra que es difícil recuperarse de una situación tan crítica de déficit de la balanza comercial. En el pasado, reequilibrar el sector exterior requería de una devaluación o depreciación de la moneda. Tras la integración de nuestra economía en la Unión Monetaria y la introducción del euro, esta opción tan tradicional y española, por su utilización frecuente, está fuera de las posibilidades de uso por parte de las autoridades nacionales. En caso de crisis sería el sector real de la economía el que tendría que afrontar, con severas reducciones del crecimiento y del empleo, el reequilibrio de la balanza comercial.

Durante el primer trimestre de 2005 el número de desempleados se redujo en un 2,8 por ciento hasta situarse ligeramente por debajo de los dos millones cien mil personas. El descenso interanual es del ocho por ciento, lo que equivale a casi doscientas mil personas. La tasa de desempleo se sitúa en un 10,2 por ciento del total de activos. En el curso del segundo trimestre, tradicionalmente generador de más empleo que otros, no es demasiado aventurado esperar que se vea, por primera en España desde hace casi tres décadas, como la tasa de desempleo pasa a cifras de un solo dígito.

En Andalucía, el empleo ha crecido en 50.900 personas (un 1,79%) en este trimestre, y en 179.500 respecto al mismo trimestre de 2004, superando el crecimiento porcentual nacional (6,61% en Andalucía 5,07% a nivel nacional). Esta evolución sitúa la población ocupada en Andalucía en un total de 2.895.500 personas (1.839.100 hombres y 1.056.400 mujeres). La tasa de variación interanual de la ocupación femenina se ha situado en el 10,11% un incremento elevado que señala la fuerte incorporación de la mujer al mercado de trabajo.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. PRIMER TRIMESTRE 2005

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA ^(*)	VB ^(*)	Dato	VA ^(*)	VB ^(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	1 ^{er} Trim. 05	20.592	+0,7	+3,5	3.376	-0,4	+3,0
Tasa de actividad	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 05	56,90	+0,3	+1,8	53,75	-0,8	+1,1
Hombres	68,42	+0,3	+1,0	66,81	-1,0	+0,0
Mujeres	45,89	+0,2	+2,9	41,22	-0,5	+2,8
16-19 años	26,80	+6,0	+11,6	29,16	+4,0	+9,4
20-24 años	65,79	+3,0	+3,8	64,56	+1,9	+4,7
25-54 años	80,61	-0,7	+0,6	74,15	-2,1	-0,1
Más de 55 años	18,86	+6,6	+0,2	16,94	+3,2	+2,9
Ocupados	Miles	1 ^{er} Trim. 05	18.493	+1,1	+5,1	2.986	+1,8	+6,6
Agricultura	1.017	+3,8	-1,4	281	+9,2	-10,4
Industria	3.258	+0,3	+2,6	311	+0,4	+6,1
Construcción	2.271	-2,6	+5,1	429	+0,4	+9,4
Servicios	11.947	+1,9	+6,4	1.875	+1,3	+9,2
Asalariados del sector público	..	1 ^{er} Trim. 05	2.832	-1,3	+3,2
Asalariados temporales	..	1 ^{er} Trim. 05	4.774	-3,5	+5,0
Parados encuestados	..	1 ^{er} Trim. 05	2.099	-2,8	-8,2	481	-11,7	-14,6
Hombres	941	+1,0	-6,7	217	-10,8	-16,0
Mujeres	1.158	-5,7	-9,4	264	-12,4	-13,3
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 05	10,19	-3,5	-11,4	14,24	-11,3	-17,0
Hombres	7,77	+0,2	-9,4	10,53	-10,3	-17,7
Mujeres	13,64	-5,9	-13,3	20,02	-12,3	-17,0
16-19 años	31,11	+7,0	-4,8	35,33	+10,7	+6,2
20-24 años	19,36	-0,6	-5,2	21,42	-10,0	-17,9
25-54 años	8,93	-5,6	-14,3	12,81	-14,3	-19,1
Más de 55 años	6,46	-3,3	-2,0	9,60	-6,1	-17,7
Parados de larga duración	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 05	29,58	-14,7	-16,9	33,21	+2,4	-7,7
Parados registrados	Miles	1 ^{er} Trim. 05	2.162	+2,8	-2,2	452	-1,8	-5,3
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 05	76,45	+1,4	+3,8
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	1 ^{er} Trim. 05	513	+4,5	+11,4	513	+4,5	+11,4
Coste salarial por trabajador	€/mes	1 ^{er} Trim. 05	1.494	-9,0	+2,5	1.325	-9,5	+1,0
Industria	1.687	-10,6	+3,2	1.506	-8,6	+3,2
Construcción	1.323	-13,9	+2,4	1.341	-8,6	+1,9
Servicios	1.469	-7,2	+2,5	1.284	-9,8	+0,3
Jornada laboral efectiva	Horas/semana	1 ^{er} Trim. 05	32,5	+2,1	-3,1	31,9	+0,2	-3,7
Accidentes mortales de trabajo	Total	1 ^{er} Trim. 05	334	-6,7	-0,3
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	1 ^{er} Trim. 05	655	-28,8	-31,3	75	-53,1	-58,1
Trabajadores	Extinción de empleo	..	10.246	+45,3	+31,8	1.385	+137,6	+361,7
	Suspensión de empleo	..	7.949	-17,6	+13,0	427	-24,2	+18,0
	Reducción de jornada	..	123	+68,5	-7,5	0	-100,0	+0,0
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	1 ^{er} Trim. 05	191	-21,7	-18,7
Participantes	Miles	..	37,4	-78,4	-32,0	0,6	-99,5	-94,3
Jornadas no trabajadas	68,8	-91,3	-54,9	3,5	-99,5	-92,2
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 05	3,3	3,2	3,0
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	1 ^{er} Trim. 05	-14,8	-14,6	-7,3
Inflación	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 05	3,4	3,4	2,2	3,2	3,3	2,1
Déficit público								
(operationes no financieras)	Millardos €	1 ^{er} Trim. 05	-3,0	3,0	-2,3
Tipo de interés (Euribor 12 meses)	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 05	2,3	2,3	2,1

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



ÍNDICE

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA
2. CAMBIO DE METODOLOGÍA EN LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA
3. LA OFERTA DE TRABAJO
4. LA DEMANDA DE TRABAJO
5. DESEMPLEO
6. MERCADO DE TABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA

La economía española muestra síntomas cada vez más agudos de desequilibrio, en su vertiente externa. No obstante, mientras la demanda interna siga disparada y aguante el tirón no han de existir problemas graves. Pero la experiencia pasada muestra que es difícil recuperarse de una situación tan crítica de déficit de la balanza comercial. En el pasado, reequilibrar el sector exterior requería de una devaluación o depreciación de la moneda. Tras la integración de nuestra economía en la Unión Monetaria y la introducción del euro, esta opción tan tradicional y española, por su utilización frecuente, está fuera de las posibilidades de uso por parte de las autoridades nacionales. En caso de crisis sería el sector real de la economía el que tendría que afrontar, con severas reducciones del crecimiento y del empleo, el reequilibrio de la balanza comercial.

En el primer trimestre de 2005, la economía española en su conjunto continuó acelerando suavemente su dinamismo hasta alcanzar un crecimiento interanual del 3,3 por ciento, una décima por encima de lo observado en el trimestre anterior. La demanda interna es la partida que sustenta el crecimiento económico, aumentando en tres décimas su aportación al crecimiento con respecto al trimestre anterior. Su crecimiento alcanza la cota del 5,8 por ciento en términos interanuales. El consumo de los hogares creció en un 4,8 por ciento, cifra semejante a la registrada en el trimestre previo y el sector público mostró una ligera desaceleración en su crecimiento, situándose en una tasa del 6%, siete décimas menos que en el trimestre precedente.

En el lado positivo del análisis del crecimiento económico por componentes de la demanda, hay que resaltar como la formación bruta de capital ha adquirido una senda alcista muy dinámica después de un periodo, a principios de la presente década, en el que alcanzó cifras negativas. En total, asciende en un 7,5 por ciento, pero es de particular interés el fuerte aumento de la formación bruta de capital en bienes de equipo, en un 10,5%, tres puntos y dos décimas más que en el último trimestre de 2004. La construcción mantiene su tendencia de aportación positiva a la demanda interna, aumentando en ocho décimas con respecto al último trimestre de 2004.

Por ramas industriales, la actividad industrial registra el crecimiento más modesto, de un 1,2 por ciento. Por el contrario, la actividad en el sector construcción mantiene un importante ritmo de crecimiento, del 5,6 por ciento interanual.

VARIACIÓN INTERANUAL DEL PRODUCTO INTERIOR BRUTO (DEMANDA),
1^{ER} TRIMESTRE 2004-1^{ER} TRIMESTRE 2005

	2004TI	2004TII	2004TIII	2004TIV	2005TI
Producto interior bruto	3,0	3,1	3,1	3,2	3,3
<i>Gasto en consumo final</i>	3,8	5,0	5,2	5,2	5,0
Demanda de las familias	3,3	4,7	4,7	4,8	4,8
Demanda de administraciones públicas	5,4	6,3	7,1	6,7	6,0
<i>Formación bruta de capital fijo</i>	3,4	3,1	4,9	5,9	7,5
FBKF en bienes de equipo	-2,5	-1,6	5,1	7,3	10,5
FBKF en construcción	6,0	5,4	5,2	5,3	6,1
<i>Exportación de bienes y servicios</i>	3,5	2,8	3,2	1,8	-1,7
Exportación de bienes	4,9	5,1	4,4	1,5	-1,7
Exportación de servicios	0,1	-2,5	0,4	2,4	-1,6
<i>Importación de bienes y servicios</i>	6,2	8,0	9,2	8,8	6,0
Importación de bienes	6,5	8,7	10,3	9,9	7,4
Importación de servicios	5,1	4,6	4,2	3,4	-0,7

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Contabilidad Nacional, Instituto Nacional de Estadística.

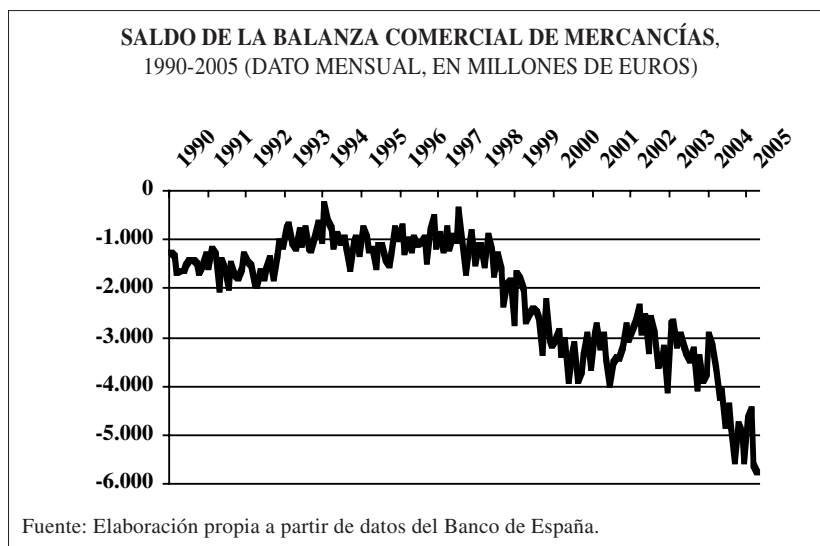
Pese a algunos datos positivos, como el tirón de la demanda privada o la formación bruta de capital fijo, es la demanda externa la indiscutible protagonista del cuadro macroeconómico, por alarmante en su comportamiento. Durante el primer trimestre de 2005 intensificó su aportación negativa al Producto Interior Bruto. Si en el trimestre anterior detraía 2,3 puntos porcentuales del crecimiento económico, en el primer trimestre de 2005 su lastre sobre el conjunto de la economía llegó a alcanzar los 2,5 puntos porcentuales. Durante este trimestre se han registrado desaceleraciones en la tasa de crecimiento tanto de las importaciones como de las exportaciones, resultando especialmente preocupante el comportamiento de estas últimas, que han sufrido una disminución de tres puntos y cinco décimas respecto al trimestre anterior, entrando en fase contractiva.

Según el Banco de España, cada mes la diferencia entre lo que se exporta y lo que se importa, en lo que se refiere al comercio de mercancías, es de cinco mil millones de dólares a favor de las importaciones. Es decir, la

economía española tiene una necesidad de financiación por esa cantidad, ya sea procedente de las cuentas de servicios, de transferencias, de rentas o de capital.

El déficit comercial había registrado un primer aumento radical en 1999. Entonces se pasó de unas necesidades financieras mensuales de mil millones de euros a casi los tres mil. Desde entonces, y gracias sobre todo a una notable recuperación del sector exportador, la cuenta de mercancías de la economía española había registrado déficit mensuales de tres mil y cuatro mil millones de manera permanente pero constante en el tiempo. Sin embargo, entre enero y septiembre de 2004 se registró un segundo salto hacia un déficit comercial de mercancías cada vez más abrupto. En ese periodo de nueve meses casi se duplicó el déficit comercial. Se pasó de unas necesidades de financiación de 2.947 millones de euros en enero hasta los 5.556 millones de septiembre.

En el mismo periodo, la aportación de la cuenta de servicios, que incluye el turismo, ese elemento tan socorrido para el sector exterior de la economía española, registraba oscilaciones mucho más modestas e incluso negativas. En los cuatro primeros meses de 2005, el superávit de la balanza de servicios fue de 3.916 millones de euros, un trece por ciento menor que en el mismo mes del año anterior. Y así sucesivamente para todas las subbalanzas. La cuenta de rentas empeoró su déficit en un ochenta y seis por ciento durante los primeros cuatro meses del año con respecto al mes periodo del mes anterior. Alcanzó así un déficit de 4.880 millones de euros en ese periodo. Y la balanza de transferencias tuvo un superávit de 702 millones de euros, que constituye una reducción en el saldo positivo del cincuenta y ocho por ciento respecto a los primeros cuatro meses de 2004.





Este ensanchamiento del déficit comercial no lo han provocado los precios del petróleo en exclusiva, ni mucho menos. Aunque las exportaciones de los miembros de la Organización de Países Productores de Petróleo representan una fracción minoritaria de las importaciones de crudo en España, el saldo de la balanza comercial con estos países, que está profundamente petrolizada, es de los que menos ha empeorado en los últimos años. De hecho, entre 2000 y 2004, el déficit comercial con este conjunto de países mejoró para España, pasando de los casi once mil millones de saldo negativo a los actuales nueve mil millones.

Por el contrario, la balanza comercial ha empeorado con casi todo el resto del mundo, y en particular con los países asiáticos. Entre 1997 y 2004, que marcan los dos puntos opuestos en cuanto al saldo de la balanza comercial de mercancías del actual ciclo económico, el signo de las relaciones comerciales ha empeorado de manera significativa con todos ellos. Asimismo, el déficit comercial de España con la Unión Europea se ha quintuplicado en ese espacio de ocho años. Por sí solo explica casi el sesenta por ciento del deterioro de la balanza de bienes. Las ventas de mercancías al resto de Europa han pasado de superar a las compras a estar cuatro mil millones de euros por debajo. El mismo cambio de signo se produce con respecto a América Latina, aunque a una escala menor. Es Estados Unidos, junto a Portugal y Marruecos, el único de entre los grandes socios comerciales de España con el que se ha mejorado la balanza comercial, aunque se mantiene en terrenos negativos.

Capítulo aparte merece la relación comercial que España mantiene con Asia. Pese a representar una fracción menor del comercio internacional español, el 5,5 por ciento de las exportaciones y el 14,6 por ciento de las importaciones, el déficit comercial es casi del mismo tamaño que el que se mantiene con la Unión Europea, que agrupa dos terceras partes del comercio internacional español: veintidós mil millones de euros en 2004, lo cual triplica el tamaño del déficit ocho años atrás. Aunque haya sido China el país que más renombre ha adquirido como foco de problemas para comercio internacional de los países occidentales, en el caso de España todos los países del sudeste asiático incrementaron sus exportaciones a España por encima de los dos dígitos en el último año, mientras que las importaciones sufrieron oscilaciones menores a la media española, con la excepción de Japón. En conjunto, las importaciones asiáticas en España se han duplicado en los últimos ocho años mientras que las exportaciones han crecido tan sólo en un diecinueve por ciento, tres veces menos que el total de exportaciones españolas.

IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES DE MERCANCÍAS POR PAÍSES, 2004
(MILLONES DE EUROS)

	Exportaciones			Importaciones			Saldo comercial	
	2004	04/03	04/97	2004	04/03	04/97	2004	1997
<i>Unión Europea</i>	108.272	+4,6	+59,8	133.756	+9,2	+83,6	-25.484	-5.089
Francia	28.396	+7,0	+66,3	31.570	+6,1	+64,2	-3.174	-2.151
Alemania	17.090	+3,6	+36,7	33.387	+10,5	+106,3	-16.297	-3.680
Portugal	14.265	+7,3	+68,4	6.738	+12,4	+125,1	+7.527	+5.475
Reino Unido	13.226	+2,5	+61,8	12.683	+6,9	+42,6	+543	+718
Italia	13.224	-1,4	+45,5	18.776	+10,9	+79,4	-1.874	-938
Bélgica	4.435	+7,4	..	6.416	+15,2	..	-1.981	..
Países Bajos	4.886	+3,9	+44,4	8.490	+14,6	+94,3	-3.604	-986
Suecia	1.474	+11,7	+62,7	2.697	-0,6	+75,0	-1.223	-636
Irlanda	900	+14,3	+134,8	2.774	+6,5	+110,0	-1.874	-938
<i>Resto de Europa</i>	8.396	+22,4	+198,5	12.504	+27,2	+207,0	-4.107	+156
Turquía	2.585	+48,8	+136,1	2.465	+37,1	+404,7	+121	+607
Rusia	904	+10,4	+24,1	3.695	+27,6	+233,4	-2.791	-379
Suiza	1.547	+5,1	+61,7	3.091	+23,5	+131,3	-1.544	-380
<i>América del Norte</i>	6.461	+2,9	+43,8	8.391	+12,1	+14,6	-1.929	-2.830
Estados Unidos	5.799	+1,9	+41,9	7.465	+8,8	+9,0	-1.665	-2.763
América Latina	7.109	+4,0	+20,4	8.277	+9,5	+75,4	-1.168	+1.183
México	2.282	+3,8	+195,7	1.759	+19,4	+80,4	+523	-203
Asia	8.107	+8,1	+19,1	30.215	+21,7	+121,9	-22.108	-6.808
China	1.570	+4,8	+35,0	8.803	+25,0	+323,4	-7.233	-3.086
Japón	1.187	+21,2	+23,5	5.703	+18,0	+92,8	-4.516	-1.997
Corea del Sur	359	+6,1	-7,9	2.666	+20,6	+186,5	-2.307	-541
África	5.979	+13,1	+85,8	13.196	+8,1	+103,7	-7.218	-3.261
Marruecos	2.173	+15,9	+182,3	1.861	+16,0	+215,6	+312	+180
Argelia	831	+9,5	+57,2	2.852	+0,8	+109,5	-2.021	-833
Nigeria	260	+42,5	+225,6	2.016	+0,3	+46,9	-1.756	-1.293
Oceanía	889	+30,8	+114,2	745	+11,0	+85,9	+263	+49
OPEP	3.801	+12,0	+54,2	159.857	+10,7	+82,1	-8.980	-4.778
Total	146.460	+6,0	+56,8	207.130	+11,9	+89,2	-60.670	-16.049

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Economía y Hacienda.

El pasado año, el deterioro de la balanza comercial se cubrió, sin recurso a las reservas del Banco de España, aunque sí a sus activos frente al Eurosistema, con la enorme capacidad de atracción de inversiones de la economía española. Pero no de todos los tipos de inversiones. De hecho, la inversión extranjera directa, que es aquella que implica la realización de una inversión en un activo extranjero —que comporte más del diez por ciento del capital social del activo—, presentó un saldo muy negativo en 2004 y no se vislumbra camino de mejora a lo largo del presente año. Es decir, las inversiones directas españolas en el exterior superaron a la inversión directa exterior en España. Por el contrario, el gran dinamizador de la atracción de capital foráneo fueron las inversiones en cartera, que a grandes rasgos vienen a contabilizar las inversiones extranjeras en el mercado de valores español. En este capítulo, el saldo positivo de la balanza española fue de ochenta y cinco mil millones en 2004 y se mantiene en treinta y un mil millones durante el presente año, cifras que permiten financiar con creces el déficit comercial. No obstante, este tipo de inversiones, que sus críticos suelen tildar de especulativas, introducen riesgos adicionales para la economía española, en tanto que generan una elevada dependencia financiera de recursos que, ante cualquier atisbo de incertidumbre, pueden frenar su entrada e incluso invertirse, convirtiéndose en una fuga masiva.

SALDOS DE LA BALANZA DE PAGOS, 2003-2005 (MILLONES DE EUROS)

Balanza	2003	2004	2005*
Cuenta corriente	27.910	-44.451	-20.782
Bienes	-39.839	-52.937	-20.520
Servicios	23.301	22.231	3.916
Rentas	-11.604	-13.701	-4.880
Transferencias	232	-44	702
Capital	8.165	8.548	1.513
Financiera	18.876	36.834	19.620
Inversiones directas	-1.421	-26.345	-5.772
Inversiones en cartera	-26.592	85.805	31.375
Otras inversiones	48.749	-9.777	-3.832
Derivados financieros	-3.435	1.161	-2.642
Banco de España	1.575	-14.010	492
Errores y omisiones	869	-931	-351
TOTAL	0	0	0

* Primer cuatrimestre.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Banco de España.

Por otra parte, España no es el único país que se encuentra en una situación más que alarmante de fuerte desequilibrio en su frente exterior. De hecho, casi sin excepción todos los países desarrollados que experimentan un crecimiento por encima de la media padecen una situación de intenso desequilibrio parte de la balanza comercial. La zona euro, donde el crecimiento se situó en un dos por ciento en 2004, tuvo un superávit comercial de bienes de casi dos puntos de su Producto Interior Bruto. Pero, por el contrario, el Reino Unido y Estados Unidos, ambos con tasas de crecimiento económico por encima del tres por ciento tuvieron un déficit comercial de bienes superior al cinco por ciento de su Producto Interior Bruto. El único de las grandes economías que experimentó un crecimiento fuerte combinado con superávit comercial fue Japón, pero después de más de una década de profunda crisis económica. Los países de la ampliación, por su parte, casi sin excepción se encuentran entre el grupo de naciones con mayores déficit comerciales, lo cual no ha sido óbice para que durante el último año experimentasen un crecimiento económico agudo.

SALDO DE LA BALANZA COMERCIAL DE BIENES Y SERVICIOS, 2004
(% PRODUCTO INTERIOR BRUTO)

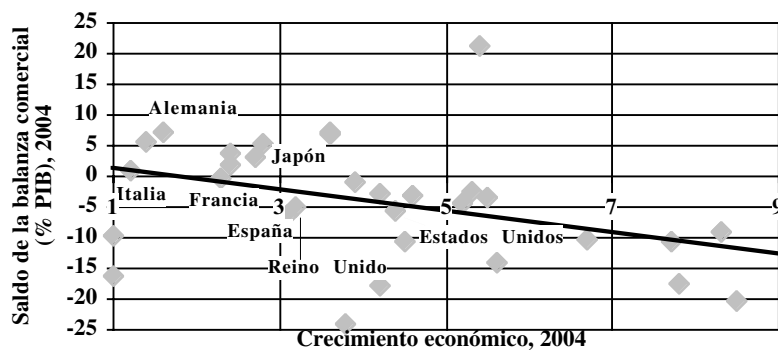
	Bienes	Servicios	Total
Luxemburgo	-10,51	32,15	21,64
Irlanda	21,12	-5,46	15,66
Noruega	14,18
Suecia	6,94	1,09	8,03
Suiza	1,54	6,05	7,59
Finlandia	7,18	-1,55	5,63
Países Bajos	5,54	-0,13	5,40
Dinamarca	3,83	1,27	5,11
Alemania	7,11	-2,18	4,93
Austria	1,97	2,86	4,83
Canadá	5,27	-0,88	4,37
Bélgica	2,93
Zona euro	1,74	0,20	1,94
Japón	3,15	0,00	1,91
Unión Europea-15	0,76	0,50	1,25
Unión Europea-25	0,53	0,55	1,08
Italia	1,02	-0,21	0,81
Francia	-0,40	0,65	0,25
República Checa	-0,83	0,49	-0,34

(Continuación)

SALDO DE LA BALANZA COMERCIAL DE BIENES Y SERVICIOS, 2004
(% PRODUCTO INTERIOR BRUTO)

	Bienes	Servicios	Total
Eslovenia	-3,21	2,60	-0,61
Australia	-1,65
Polonia	-2,52	0,71	-1,81
Eslovaquia	-3,49	0,81	-2,69
Hungría	-2,95	-0,01	-2,96
Reino Unido	-5,03	1,73	-3,30
España	-6,18	2,57	-3,61
Chipre	-24,06	21,81	-3,85
Estados Unidos	-5,68	0,51	-5,16
Turquía	-10,58	4,85	-5,73
Islandia	-4,25	-1,68	-5,93
Lituania	-10,42	4,13	-6,29
Portugal	-9,58	2,00	-7,58
Estonia	-17,53	9,86	-7,67
Malta	-16,15	8,43	-7,82
Grecia	-17,74	9,18	-8,56
Rumania	-9,08	-0,43	-9,51
Bulgaria	-13,98	3,72	-10,26
Letonia	-20,20	4,44	-15,76

**RELACIÓN ENTRE CRECIMIENTO ECONÓMICO
Y SALDO DE LA BALANZA COMERCIAL, 2004**

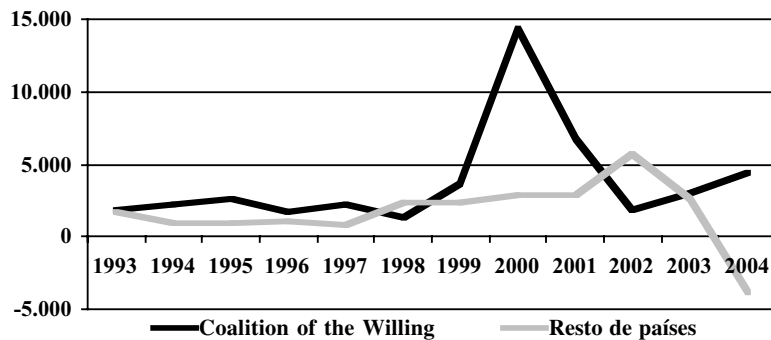


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas.

El último capítulo de interés con respecto a la relación de la economía española con los no residentes lo constituye la inversión extranjera directa, que ha experimentado un severo retroceso en España durante los últimos años. La inversión neta directa, descontadas las inversiones de empresas tenedoras de valores extranjeros, alcanzó en 2004 un mínimo de la historia reciente, por valor de quinientos millones de euros. Hace tan sólo cuatro años, la misma variable, que resta las desinversiones a las inversiones recibidas durante el año, llegaba a los diecisiete mil millones de euros.

Una explicación frecuente pero no por ello cierta, atribuye este descenso al cambio de posición del gobierno español con respecto a la guerra en Iraq. Sin embargo, parece que ese factor no entra en colisión con los intereses empresariales que rigen la inversión. Durante el año 2004, las inversiones procedentes de los países de la *Coalition of the Willing*, el apelativo que dio el gobierno de George Bush al grupo de estados que apoyó la invasión de Iraq, creció en un cuarenta y cuatro por ciento con respecto al año anterior hasta superar holgadamente los cuatro mil millones de euros. Y ello a pesar de que Estados Unidos redujo su inversión en España en un setenta y cuatro por ciento, hasta un montante de ciento veinte millones de euros. Los Países Bajos, en el extremo opuesto, aumentaron su inversión en España en casi dos mil quinientos millones de euros con respecto al año anterior. Por el contrario, las inversiones procedentes del resto de países, sufrieron un colapso desde un superávit de 2.650 millones de euros en 2003 a una desinversión de casi cuatro mil millones de euros al año siguiente.

INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA, DESCONTADAS INVERSIONES DE EMPRESAS TENEDORAS DE VALORES EXTRANJEROS, SEGÚN PROCEDENCIA, 2004 (MILLONES DE EUROS)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Economía y Hacienda.



2. CAMBIO DE METODOLOGÍA EN LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA

Por el lado del empleo, el primer trimestre de 2005 trajo consigo un nuevo cambio metodológico de la Encuesta de Población Activa, el principal mecanismo para medir la evolución del mercado de trabajo en España y que sirve para establecer las comparaciones internacionales en esta materia. El primer cambio fue la inclusión, anterior, del creciente número de inmigrantes, que se realizó por el método de elevar el calibrado (ponderación relativa) de cada uno de los extranjeros que ya habían sido encuestados con anterioridad para ajustarlo al número real aparecido en el Censo de Población de 2001 y sus posteriores revisiones conforme al padrón municipal. En los resultados del primer trimestre de 2005 ya se han incorporado otra serie de cambios con respecto a la situación previa que van a provocar un salto en la serie histórica:

- Ampliación de la muestra de secciones.
- Estimadores con calibrado por nacionalidad.
- Estimadores con calibrado de menores de 16 años.
- Utilización de una nueva serie de proyecciones de población.
- Definición actualizada de estratos y subestratos: se han producido cambios en las áreas poblacionales que componen algunas provincias en función de las cifras de población censada, de la forma más homogénea posible. Los criterios utilizados para la subestratificación han sido el porcentaje de desempleados, de inactivos, de ocupados, de extranjeros, de personas entre 0 y 14 años, de personas entre 15 y 24 años, de mayores de 65 años, según los niveles de estudios de la población, la pirámide ocupacional y las rentas familiares.

Conforme vayan agotándose los seis turnos sucesivos de cada vivienda encuestada, en proporción de un sexto cada trimestre, se procederá a otro tipo de cambios para las familias que se integren a la encuesta por primera vez:

- Actualización de probabilidades de las unidades de primera etapa, que son las secciones censales.
- Ajuste del número de subsecciones por estratos.
- Cambios en los códigos de encuesta: semana y/o turno de rotación.

La última parte de estos cambios se asienta sobre el diseño del cuestionario, que define las variables que deben contener todas las encuestas nacionales, asociadas a la Encuesta de Fuerza Laboral (diseñada pro Eurostat), algunas con carácter trimestral y otras a incluir sólo anualmente. El nuevo cuestionario, de una longitud que excede al anterior, tiene algunos inconvenientes adicionales inconvenientes en términos de probabilidad de respuesta y de invalidez de los resultados.

**VARIABLES CONTEMPLADAS EN LA ENCUESTA DE FUERZA LABORAL
QUE DEBEN INCLUIRSE OBLIGATORIAMENTE EN LA ENCUESTA
DE POBLACIÓN ACTIVA, 2005**

Periodo	Nombre
CONTEXTO DEMOGRÁFICO	
1. Trimestral	Número de orden asignado a cada miembro del hogar.
2. Anual	Relación con la persona de referencia del hogar: (1) Persona de referencia; (2) Cónyuge (o pareja) de la persona de referencia; (3) Hijo de la persona de referencia (o de su cónyuge o pareja); (4) Ascendiente de la persona de referencia (o de su cónyuge o pareja); (5) Otros parientes; (6) Otros.
3. Anual	Número de orden del cónyuge o pareja en el hogar.
4. Anual	Número de orden del padre en el hogar.
5. Anual	Número de orden de la madre.
6. Trimestral	Sexo: (1) Hombre; (2) Mujer.
7. Trimestral	Año de nacimiento
8. Trimestral	Fecha de nacimiento en relación con el final del periodo de referencia: (1) La persona cumple años entre el 1 de enero y el final de la semana de referencia; (2) La persona cumple años después del final de la semana de referencia.
9. Anual	Estado SITUA: (1) Soltero; (2) Casado; (3) Viudo; (4) Divorciado o legalmente separado.
10. Trimestral	Nacionalidad.
11. Anual	Años de residencia en el país.
12. Trimestral	País de nacimiento.
13. Trimestral	(Sólo a quienes tengan 15 años o más) Tipo de participación en la encuesta: (1) participación directa; (2) participación a través de otro miembro del hogar.
SITUACIÓN LABORAL	
14. Trimestral	(Sólo a quienes tengan 15 años o más) Situación laboral durante la semana de referencia: (1) Hizo algún trabajo remunerado durante la semana de referencia: una hora o más (incluye los que ayudan en la empresa o negocio de un familiar pero excluye a quienes prestan un servicio militar o civil sustitutorio); (2) No trabajó, pero tenía un empleo del que estuvo ausente durante la semana de referencia (incluye los que ayudan en la empresa o negocio de un familiar pero excluye a quienes prestan un servicio militar o civil sustitutorio); (3) No trabajó por encontrarse en regulación de empleo; (4) Prestaba un servicio militar o civil sustitutorio; (5) Ni trabajó ni tenía empleo durante la semana de referencia.
15. Trimestral	Motivo de no haber trabajado pese a tener empleo: (1) Mal tiempo; (2) Paro parcial por causas técnicas o económicas; (3) Conflicto laboral; (4) Enseñanza o formación; (5) Enfermedad, accidente o incapacidad temporal; (6) Permiso por maternidad; (7) Excedencia por nacimiento de un hijo;

Periodo	Nombre
	(8) Vacaciones; (9) Horario variable, flexible o similar (en el marco de la capitalización del tiempo de trabajo o de un contrato de anualización del tiempo de trabajo); (10) Otras causas (por ejemplo, responsabilidades personales o familiares).
CARACTERÍSTICAS LABORALES DEL PUESTO DE TRABAJO PRINCIPAL	
16. Trimestral	Situación profesional: (1) Trabajador por cuenta propia con asalariados; (2) Trabajador por cuenta propia sin asalariados; (3) Trabajador por cuenta ajena; (4) Ayuda (en la empresa o negocio) familiar.
17. Trimestral	Percepción ininterrumpida del salario: (1) Ausente por un periodo de hasta 3 meses; (2) Ausente durante más de 3 meses y percibe un sueldo o unas prestaciones sociales correspondientes a la mitad del salario o más; (3) Ausente durante más de 3 meses y percibe un sueldo o unas prestaciones sociales correspondientes a menos de la mitad del salario.
18. Trimestral	Actividad económica del establecimiento.
19. Anual	Ocupación.
20. Anual	Responsabilidades de supervisión: (1) Sí; (2) No.
21. Anual	Número de personas que trabajan en el establecimiento: (1) Entre 1 y 10 personas; (2) De 11 a 19 personas; (3) De 20 a 49 personas; (4) 50 personas o más.
22. Trimestral	País del lugar de trabajo.
23. Trimestral	Región del lugar de trabajo.
24. Trimestral	Año en el que la persona empezó a trabajar en su empleo actual.
25. Trimestral	Mes en el que la persona empezó a trabajar en su empleo actual.
16. Anual	Participación en algún momento de la oficina pública de empleo en la búsqueda de su trabajo actual: (1) No; (2) Sí.
27. Trimestral	Distinción entre trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial: (1) Trabajo a tiempo completo; (2) Trabajo a tiempo parcial.
28. Anual	Causas del trabajo a tiempo parcial: (1) Estar siguiendo cursos de enseñanza o formación; (2) Enfermedad o incapacidad propia; (3) Tener que cuidar a niños o a adultos incapacitados; (4) Otros motivos personales o familiares; (5) No haber podido encontrar trabajo a tiempo completo; (6) Otras causas.
29. Trimestral	Permanencia del empleo: (1) Tiene un trabajo fijo o un contrato de duración indefinida; (2) Tiene un trabajo temporal o un contrato de duración determinada.
30. Anual	Motivos de tener un trabajo temporal o un contrato de duración determinada: (1) Es para un periodo de formación (aprendizaje, en prácticas, ayudante de investigación, etc.); (2) No ha podido encontrar un trabajo fijo; (3) No quiso un trabajo fijo; (4) Es para un periodo de prueba.
31. Trimestral	Duración total del contrato de duración determinada: (1) Menos de un mes; (2) De 1 a 3 meses; (3) De 4 a 6 meses; (4) De 7 a 12 meses; (5) De 13 a 18 meses; (6) De 19 a 24 meses; (7) De 25 a 36 meses; (8) Más de 3 años.

Periodo	Nombre
32. Anual	Contrato con una empresa de trabajo temporal: (1) No; (2) Sí.
TRABAJO ATÍPICO	
33. Anual	Trabajo por turnos: (1) Sí; (2) No.
34. Anual	Trabajo por la tarde: (1) Normalmente; (2) A veces; (3) Nunca.
35. Anual	Trabajo nocturno: (1) Normalmente; (2) A veces; (3) Nunca.
36. Anual	Trabajo los sábados: (1) Normalmente; (2) A veces; (3) Nunca.
37. Anual	Trabajo los domingos: (1) Normalmente; (2) A veces; (3) Nunca.
HORAS TRABAJADAS	
38. Trimestral	Horas habituales de trabajo por semana en el empleo principal.
39. Trimestral	Horas efectivamente trabajadas durante la semana de referencia en el empleo principal.
40. Trimestral	Horas extraordinarias pagadas en el empleo principal durante la semana de referencia.
41. Trimestral	Horas extraordinarias no cobradas en el trabajo principal durante la semana de referencia.
42. Trimestral	Motivo principal por el que las horas efectivamente trabajadas durante la semana de referencia difieren de las horas habituales: (1) Tener un horario que varía; (2) mal tiempo; (3) Paro parcial por causas técnicas o económicas; (4) Conflicto laboral; (5) Enseñanza o formación; (6) Enfermedad, accidente o incapacidad temporal; (7) Permiso por maternidad o excedencia por cuidado de hijos; (8) Permiso especial por motivos personales o familiares; (9) Vacaciones anuales; (10) Fiestas laborales; (11) Comienzo o cambio de trabajo; (12) Fin del trabajo sin empezar otro; (13) Otros motivos.
43. Trimestral	Desea trabajar habitualmente más horas: (1) Sí; (2) No.
44. Anual	Cómo desearía trabajar más horas: (1) Con otro trabajo adicional; (2) Con un trabajo en el que trabajase más horas; (3) Solo con el trabajo actual; (4) Con cualquiera de estas posibilidades.
45. Trimestral	Número de horas que le gustaría trabajar.
46. Anual	Trabajo en su domicilio: (1) Normalmente; (2) A veces; (3) Nunca.
47. Trimestral	Búsqueda de otro empleo: (1) Sí; (2) No.
48. Anual	Motivos por los que busca otro empleo: (1) Riesgo o incertidumbre por pérdida o finalización del trabajo actual; (2) Considera transitorio su trabajo actual; (3) Quiere un empleo adicional para poder trabajar más horas; (4) Quiere un empleo en el que se trabajen más horas que en su empleo actual; (5) Quiere un empleo en el que se trabajen menos horas que en su empleo actual; (6) Desea mejores condiciones de trabajo; (7) Otros motivos.
SEGUNDO EMPLEO	
49. Trimestral	Existencia de más de un empleo: (1) Sólo un empleo durante la semana de referencia; (2) Más de un empleo durante la semana de referencia (y no a causa de un cambio de empleo).

Periodo	Nombre
50. Trimestral	Situación profesional en el segundo empleo: (1) Trabajador por cuenta propia con asalariados; (2) Trabajador por cuenta propia sin asalariados; (3) Trabajador por cuenta ajena; (4) Ayuda (en la empresa o negocio) familiar.
51. Trimestral	Actividad económica del establecimiento en el segundo empleo.
52. Trimestral	Horas efectivamente trabajadas durante la semana de referencia en el segundo empleo.
EXPERIENCIA PROFESIONAL ANTERIOR DE LA PERSONA NO OCUPADA	
53. Trimestral	(A quienes no tienen un empleo) Existencia de experiencia laboral anterior: (1) nunca ha tenido un empleo que no sea meramente ocasional, como el de vacaciones, ni el servicio militar o civil sustitutorio; (2) Ya ha tenido un empleo.
54. Trimestral	Año en el que trabajó por última vez.
55. Trimestral	Mes en el que trabajó por última vez.
56. Anual	Motivo principal por el que dejó su último empleo: (1) Despido o supresión del puesto de trabajo; (2) Fin del contrato en empleo de duración determinada; (3) Cuidado de niños o de adultos discapacitados; (4) Otras responsabilidades personales o familiares; (5) Enfermedad o incapacidad; (6) Enseñanza o formación; (7) Jubilación anticipada; (8) Jubilación normal; (9) Servicio militar o civil sustitutorio; (10) Otros motivos.
57. Trimestral	Situación profesional en el último empleo: (1) Trabajador por cuenta propia con asalariados; (2) Trabajador por cuenta propia sin asalariados; (3) Trabajador por cuenta ajena; (4) Ayuda (en la empresa o negocio) familiar.
58. Trimestral	Actividad económica del establecimiento en el último empleo.
59. Trimestral	Ocupación en el último empleo.
BÚSQUEDA DE EMPLEO	
60. Trimestral	(A quienes no tienen un empleo) Ha buscado un empleo en las cuatro semanas anteriores: (1) Ya ha encontrado un empleo en el que empezará a trabajar en un plazo máximo de 3 meses; (2) Ya ha encontrado un empleo en el que no empezará a trabajar hasta dentro de más de 3 meses y no está buscando empleo; (3) No está buscando empleo ni ha encontrado ninguno al que se incorporará más adelante; (4) Está buscando un empleo.
61. Anual	Motivos por los que no está buscando un empleo: (1) Espera que le vuelvan a llamar (personas en regulación de empleo); (2) Está enfermo o incapacitado; (3) Está al cuidado de niños o de adultos incapacitados; (4) Tiene otras responsabilidades personales o familiares; (5) Está siguiendo algún tipo de enseñanza o formación; (6) Está jubilada; (7) Cree que no hay trabajo; (8) Otras razones.
62. Trimestral	Tipo de empleo buscado (o hallado): (1) De trabajador por cuenta propia; (2) De trabajador por cuenta ajena a tiempo completo; (3) De trabajador por cuenta ajena a tiempo completo, pero, si no lo encuentra, a tiempo parcial; (4) De trabajador por cuenta ajena a tiempo parcial, pero, si no lo encuentra, a tiempo completo; (5) De trabajador por cuenta ajena a tiempo parcial sólo.

Periodo	Nombre
63. Trimestral	Duración de la búsqueda de empleo: (1) Búsqueda aún no empezada; (2) Menos de 1 mes; (3) De 1 a 2 meses; (4) De 3 a 5 meses; (5) De 6 a 11 meses; (7) De 12 a 17 meses; (8) De 18 a 23 meses; (9) De 24 a 47 meses; (10) 4 años o más.
MÉTODOS DE BÚSQUEDA DE EMPLEO	
64. Trimestral	Se ha puesto en contacto con una oficina pública de empleo: (1) Sí; (2) No.
65. Trimestral	Se ha puesto en contacto con una oficina de empleo privada: (1) Sí; (2) No.
66. Trimestral	Lo ha solicitado directamente a los empresarios: (1) Sí; (2) No.
67. Trimestral	Ha preguntado a amigos, parientes, sindicatos, etcétera: (1) Sí; (2) No.
68. Trimestral	Ha puesto anuncios en los periódicos o ha respondido a ellos: (1) Sí; (2) No.
69. Trimestral	Ha mirado los anuncios de los periódicos: (1) Sí; (2) No.
70. Trimestral	Ha realizado una prueba, entrevista o examen: (1) Sí; (2) No.
71. Trimestral	Ha buscado terrenos, locales o material: (1) Sí; (2) No.
72. Trimestral	Ha intentado conseguir permisos, licencias, recursos financieros: (1) Sí; (2) No.
73. Trimestral	Espera los resultados de una solicitud de empleo: (1) Sí; (2) No.
74. Trimestral	Espera la llamada de una oficina pública de empleo: (1) Sí; (2) No.
75. Trimestral	Espera los resultados de una oposición para el sector público: (1) Sí; (2) No.
76. Trimestral	Ha utilizado otro método: (1) Sí; (2) No.
77. Trimestral	(A los que no tienen empleo ni lo buscan) Deseo de trabajar de la persona que no busca empleo: (1) Le gustaría tener un empleo; (2) No le gustaría.
78. Trimestral	Disponibilidad para empezar a trabajar en el plazo de dos semanas: (1) Podría empezar en 2 semanas; (2) No podría empezar en 2 semanas.
79. Anual	Motivos por los que no podría empezar en 2 semanas: (1) Completar sus estudios o formación; (2) Finalizar un servicio militar o civil sustitutorio; (3) No puede dejar su trabajo actual en ese plazo debido al periodo de preaviso; (4) Tiene responsabilidades personales o familiares (incluida la maternidad); (5) Se encuentra enfermo o incapacitado; (6) Tiene otros motivos.
80. Anual	(A los que no tienen empleo pero lo buscan) Situación de la persona inmediatamente anterior a la búsqueda de empleo: (1) Trabajando (incluye aprendices y prácticas); (2) Siguiendo una formación a tiempo completo; (3) Prestando un servicio militar o civil sustitutorio; (4) Tenía responsabilidades domésticas/familiares; (5) Otra.
81. Anual	(A los que no tienen empleo ni lo buscan) Motivos por los que no busca empleo: (1) Carece de servicios adecuados de cuidado de niños, o no puede pagarlos; (2) Carece de servicios adecuados para el cuidado de enfer-

Periodo	Nombre
	mos, discapacitados o ancianos, o no puede pagarlos; (3) Carece de servicios adecuados tanto para el cuidado de niños como para el de enfermos, discapacitados o ancianos, o no puede pagarlos; (4) La disponibilidad o no de instalaciones de asistencia no influye en su decisión de no buscar empleo.
82. Anual	(Sólo a quienes tengan 15 años o más) Registro en una oficina pública de empleo: (1) Registrada y recibe prestaciones o subsidios; (2) Registrada pero no recibe prestaciones ni subsidios; (3) No registrada pero recibe prestaciones o subsidios; (4) No registrada en una oficina pública de empleo y no recibe prestaciones ni subsidios.
SITUACIÓN LABORAL PRINCIPAL	
83. Anual	Situación principal: (1) Ejerce un trabajo o profesión, incluido el trabajo no remunerado en un negocio familiar, períodos de aprendizaje o prácticas, etcétera; (2) Sin empleo; (3) Alumno, estudiante, formación complementaria, experiencia en trabajo no remunerado; (4) Jubilado; (5) Con discapacidad permanente; (6) Servicio militar obligatorio; (7) Tareas domésticas; (8) Persona inactiva de otro tipo.
ENSEÑANZA Y FORMACIÓN	
84. Trimestral	Estudiante de enseñanza o formación incluida en los planes oficiales de estudios durante las últimas cuatro semanas: (1) Sí; (2) No por estar de vacaciones; (3) No por cualquier otro motivo.
85. Trimestral	Nivel de esta enseñanza o formación.
86. Anual	Sector de dicha enseñanza o formación: (1) Programas generales; (2) Formación de profesores; ciencias de la educación; (3) Artes y humanidades; (5) Ciencias sociales, empresariales y Derecho; (6) Ciencias naturales; (7) Ciencias físicas; (8) Matemáticas y estadística; (9) Informática; (10) Ingeniería, industria y construcción; (11) Agricultura y veterinaria; (12) Sanidad y protección social; (13) Servicios; (14) Otros.
87. Trimestral	Participación en cursos, seminarios y conferencias o recepción de lecciones particulares al margen de los planes oficiales de estudio.
88. Trimestral	Horas invertidas en todos los cursos o actividades lectivas presenciales en las últimas cuatro semanas.
89. Anual	Objetivo del último curso o actividad lectiva presencial: (1) Sobre todo, profesional; (2) Sobre todo, personal o social.
90. Anual	Sector del último curso o actividad lectiva presencial.
91. Anual	Relación del último curso o actividad lectiva presencial con las horas de trabajo cobradas: (1) Sólo dentro del horario de trabajo; (2) Sobre todo dentro del horario de trabajo; (3) Sobre todo fuera del horario de trabajo; (4) Sólo fuera del horario de trabajo; (5) No tenía trabajo en ese momento.
92. Trimestral	Nivel máximo superado de estudios o de formación.
93. Anual	Sector en el que logró el máximo nivel completo de enseñanza o formación: (1) Programas generales; (2) Formación de profesores; ciencias de la educación; (3) Artes y humanidades; (5) Ciencias sociales, empresariales y Derecho; (6) Ciencias naturales; (7) Ciencias físicas; (8) Matemáticas y es-

Periodo	Nombre
	tadística; (9) Informática; (10) Ingeniería, industria y construcción; (11) Agricultura y veterinaria; (12) Sanidad y protección social; (13) Servicios; (14) Otros.
94. Anual	Año en el que logró completar el máximo nivel de enseñanza o formación.
SITUACIÓN LABORAL UN AÑO ANTES DE LA ENCUESTA	
95. Anual	Situación laboral un año antes de la encuesta: (1) Ejercía un trabajo o profesión, incluido el trabajo no remunerado en un negocio familiar, períodos de aprendizaje o prácticas, etcétera; (2) Sin empleo; (3) Alumno, estudiante, formación complementaria, experiencia en trabajo no remunerado; (4) Jubilado; (5) Con discapacidad permanente; (6) Servicio militar obligatorio; (7) Tareas domésticas; (8) Persona inactiva de otro tipo.
96. Anual	Situación profesional un año antes de la encuesta: (1) Trabajador por cuenta propia con asalariados; (2) Trabajador por cuenta propia sin asalariados; (3) Trabajador por cuenta ajena; (4) Ayuda (en la empresa o negocio) familiar.
97. Anual	Actividad económica del establecimiento en la que trabajaba la persona un año antes de la encuesta.
98. Anual	País de residencia un año antes de la encuesta
99. Anual	Región de residencia un año antes de la encuesta
RENTA	
100. Anual	(Optativo) Remuneración mensual (neta) del empleo principal.

Fuente: Elaboración propia a partir del Diario Oficial de la Unión Europea, 17 de marzo de 2005.

Para conocer cuál es el efecto tanto de los cambios en el cuestionario como de las variaciones en los métodos de recogida, el Instituto Nacional de Estadística seleccionó una muestra independiente de la muestra general, cuyo diseño muestral fuera «lo más parecido posible» al de la muestra general. Los hogares escogidos, quince mil en total, se entrevistaron en el primer trimestre de 2005 con el cuestionario y procedimientos de recogida utilizados hasta el cuarto trimestre de 2004 en la encuesta. Es ésta lo que se denominan la encuesta testigo que pretende distinguir los efectos del cambio metodológico de las transformaciones propias del mercado de trabajo.

En conjunto, la pléyade de cambios, algunos de ellos de gran calado, tiene un reflejo bastante limitado, menor del esperado, sobre los resultados, con excepción de un número muy limitado de variables. Se eleva el número de activos en un 0,3 por ciento, el total de ocupados en un 0,7 por ciento y el número de parados se reduce en un 3,6 por ciento pasando de 2.177.000 personas a 2.099.500. Es decir, la encuesta ha dejado de contabilizar casi ochenta mil desempleados, lo que provoca que un aumento del desempleo



en el primer trimestre de 2005 se convierta en una disminución por el cambio metodológico. Entre las mujeres, la tasa de desempleo se reduce en 0,7 puntos porcentuales hasta el 13,6 por ciento como resultado de esta transformación en la Encuesta de Población Activa.

Los mayores cambios se producen en los niveles desagregados y en particular en lo que se refiere a la jornada de trabajo y la temporalidad. Además, como producto del cambio metodológico, el empleo industrial aumenta en un 1,7 por ciento mientras que se reduce la desocupación en un 2,8 por ciento. Y, también, lo que es una variación menor del empleo se produce a costa de un incremento sensible de los trabajadores por cuenta propia. De este modo, la nueva Encuesta de Población Activa eleva el número de empresarios y autónomos en un 7,6 por ciento hasta acercarse a los tres millones y medio de personas. Para compensar, el empleo asalariado disminuye en más de setenta y cinco mil personas.

El cambio más radical, no obstante, se produce en la calificación del trabajo a tiempo completo o parcial. La nueva encuesta, que incluye una nueva pregunta sobre el tiempo de trabajo, que no debería afectar en principio al cómputo global, encuentra casi cuatrocientos mil trabajadores más a tiempo parcial mientras que, al tiempo, descubre que trescientos mil trabajadores a tiempo completo no eran tales. De ese modo, la ocupación a tiempo completo se reduce en un 1,5 por ciento y la ocupación a tiempo parcial se eleva, sólo como efecto de la nueva encuesta, en un 18,6 por ciento. De más comñeja interpretación resulta el hecho de que, según el Instituto Nacional de Estadística, el número de trabajadores a tiempo parcial creció en un solo trimestre, el último, por «variaciones debidas al mercado de trabajo» en un 27,9 por ciento, al tiempo que el número de ocupados a tiempo completo se reducía en 0,4 por ciento. El resultado de estas distribuciones es que España ha pasado en un solo trimestre de tener una tasa de parcialidad del 8,7 por ciento, una de las más bajas de la Unión Europea, a casi igualar la media europea con un porcentaje de trabajadores a tiempo parcial del 13,1. Así, según las estimaciones del Instituto Nacional de Estadística, ochocientos mil nuevos ocupados a tiempo parcial han aflorado —entre cambios metodológicos y variaciones en el mercado laboral— a costa de una reducción algo inferior en los empleos a tiempo completo.

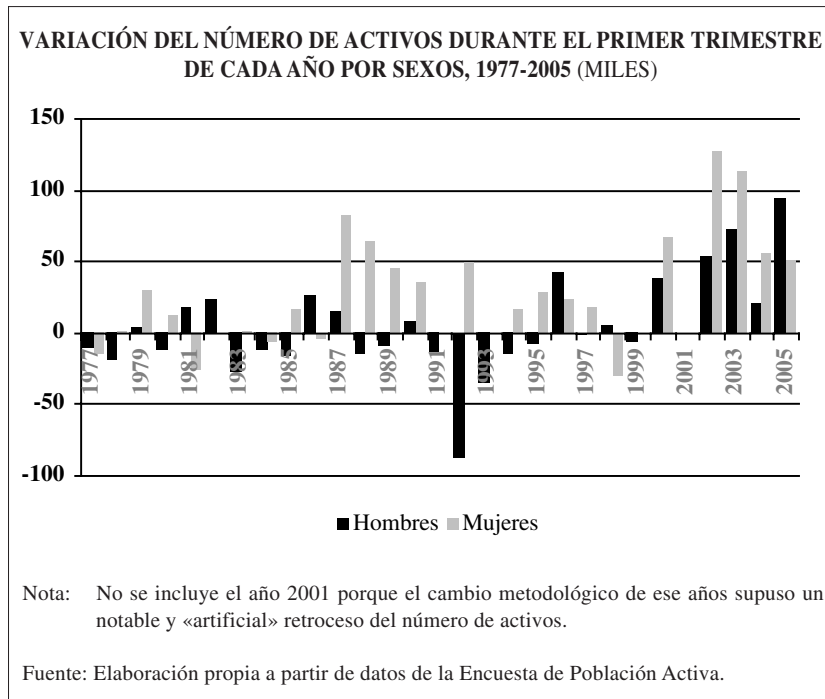
**DESCOMPOSICIÓN DE LAS PRINCIPALES CIFRAS DE LA ENCUESTA
DE POBLACIÓN ACTIVA EN SU RESPUESTA AL CAMBIO METODOLÓGICO,
1^{ER} TRIMESTRE 2005**

		Dato 4.º Trimestre 2004	Variaciones debidas al mercado laboral	Variaciones debidas al cambio de metodología	Dato 1.º Trimestre 2005
		(A)	(B)	(C)	(A+B+C)
Total	Activos	20.447	91	54	20.592
	Ocupados	18.288	73	132	18.493
	Parados	2.159	18	-79	2.100
	Inactivos	15.591	59	-54	15.595
Hombres	Activos	12.009	79	18	12.104
	Ocupados	11.077	77	39	11.163
	Parados	931	31	-21	941
	Inactivos	5.601	3	-18	5.586
Mujeres	Activos	8.438	14	36	8.488
	Ocupados	7.210	26	93	7.330
	Parados	1.227	-12	-57	1.158
	Inactivos	9.990	56	-36	10.009
Ocupados	Agricultura	980	35	2	1.017
	Industria	3.247	-43	54	3.258
	Construcción	2.331	6	-67	2.271
	Servicios	11.730	75	142	11.947
	Por cuenta propia	3.247	-9	248	3.486
	Asalariados indefinidos	10.074	49	-77	10.203
	Asalariados temporales	4.948	-17	-157	4.774
	A tiempo completo	16.688	-374	-248	16.066
	A tiempo parcial	1.600	447	380	2.426
	Andalucía	2.844	50	1	2.895
	Cataluña	3.140	21	54	3.205
	Comunidad Valenciana	2.009	2	-4	2.008
	Madrid	2.749	21	14	2.784
	Parados	Andalucía	544	-33	-30
Cataluña		324	-2	-45	276
Comunidad Valenciana		225	4	-3	226
Madrid		204	8	38	251

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

3. LA OFERTA DE TRABAJO

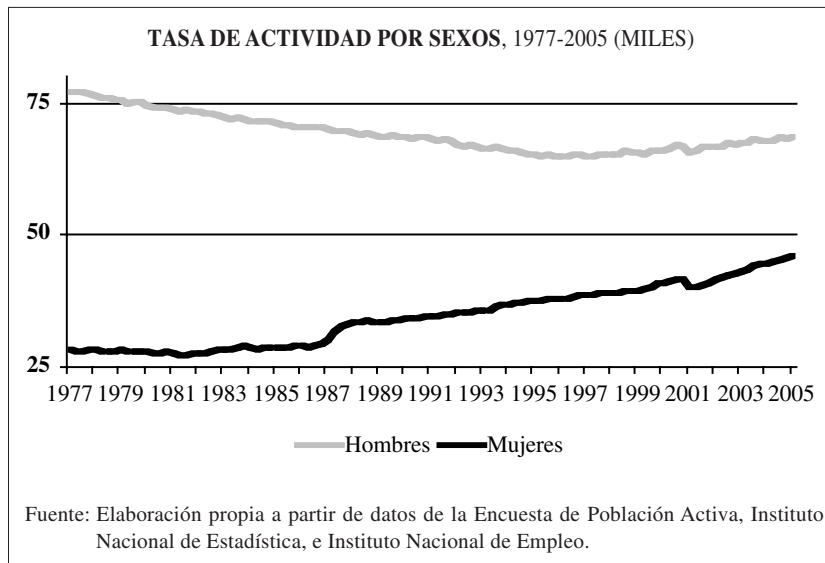
Ciento cuarenta mil personas se incorporaron al mercado de trabajo durante el primer trimestre de 2005, lo que supone un crecimiento trimestral del 0,8 por ciento. De ellos, dos terceras partes fueron hombres, lo cual hace que empeore un poco la participación relativa de las mujeres al mercado de trabajo. Sólo cincuenta mil mujeres se acercaron a emplearse o a solicitar empleo durante ese trimestre, la cifra más baja desde 1999, el último año en el que el crecimiento del número de activos entre las mujeres supero al incremento que se registraba entre los hombres. Por el contrario, una incorporación de varones al mercado de trabajo en tamaño cuantía como la registrada el trimestre pasado es una circunstancia que no se había contabilizado nunca antes en la Encuesta de Población Activa.



En términos interanuales, el crecimiento de la población activa se eleva ligeramente hasta situarse en los setecientos mil nuevos participantes en el mercado de trabajo, lo cual muestra que el dinamismo del empleo consigue atraer a un mayor número de individuos, no ya sólo entre los tradicionales nichos de las mujeres y los inmigrantes sino también entre el cuerpo general de los varones. En este caso, en el de la variación interanual, sí es-

tán repartidos a partes casi iguales entre sexos en términos absolutos. El incremento de la actividad durante el pasado año fue del 3,5 por ciento, un ligero repunte sobre trimestres anteriores pero que aún no alcanza los niveles de crecimiento registrados en el periodo que va de 2000 a 2003.

Con estas cifras, la tasa de actividad se eleva hasta el 56,9 por ciento del total de personas mayores de dieciséis años. Son cuatro puntos porcentuales más de actividad que los registrados hace tan sólo cuatro años y la enésima ruptura de un tope que durante muchos años se supuso que en España estaba en el cincuenta y cinco por ciento y que el envejecimiento de la población impediría que se relanzase. Si se toma en cuenta tan sólo la población de entre quince y sesenta y cuatro años, la proporción se eleva hasta el 70,3 por ciento, lo cual casi alcanza la media de la Unión Europea. Es decir, siete de cada diez personas en edad de trabajar en España o están ocupadas o buscan un empleo. En cualquier caso, las distancias entre hombres y mujeres siguen siendo amplias, aunque se reducen a pasos agigantados salvo en el presente trimestre. Si a finales de los años setenta la tasa de actividad de los hombres triplicaba a la de las mujeres, en la actualidad la supera por un cincuenta por ciento pero con una tendencia constante hacia la reducción del diferencial.



4. LA DEMANDA DE TRABAJO

Si el crecimiento de la oferta de trabajo es fuerte, no le queda a la zaga el aumento de la demanda. No sólo no la retrasa sino que incluso la supera,

lo cual lleva a una nueva reducción del desempleo. Durante el primer trimestre de 2005 se crearon más de doscientos mil empleos, lo cual supone el crecimiento más alto estimado desde que se realiza la Encuesta de Población Activa. Sin embargo, la perspectiva se atempera al observar que dos terceras partes de ese crecimiento se deben al cambio metodológico. Sin él, el aumento del empleo neto en dicho trimestre hubiese sido tan sólo de setenta y tres mil personas, lo cual mejora la situación del año pasado, pero supone un retroceso con respecto a la media del presente ciclo económico. Desde 1997, y con excepción de 2002, no se situaba en niveles tan bajos la creación de empleo en el primer trimestre.

**VARIACIÓN DE LA POBLACIÓN OCUPADA EN LOS PRIMEROS TRIMESTRES,
1978-2005 (MILES)**

Año	Variación trimestral	Variación interanual
1978	-120,5	-144,5
1979	-38,2	-183,8
1980	-149,1	-274,0
1981	-134,7	-357,5
1982	-52,0	-186,5
1983	-114,9	-106,4
1984	-241,8	-190,7
1985	-59,0	-191,0
1986	-7,2	67,9
1987	23,7	333,8
1988	2,8	631,0
1989	36,3	393,6
1990	55,8	430,0
1991	-16,4	187,6
1992	-105,7	-116,0
1993	-289,8	-582,4
1994	-114,8	-238,5
1995	81,6	271,1
1996	25,9	256,3
1997	62,0	499,8
1998	98,4	506,4
1999	202,3	691,4

(Continuación)

Año	Variación trimestral	Variación interanual
2000	159,5	795,0
2001	84,0	747,0
2002	-12,6	469,3
2003	98,2	588,0
2004	40,7	676,8
2005 (Sin cambio metodológico)	72,6	760,3
2005 (Con cambio metodológico)	204,6	892,3

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

La evolución interanual, no obstante, continúa su senda positiva. A lo largo del año se crearon casi novecientos mil empleos netos, lo que implica un incremento del 5,1 por ciento. Incluso descontando el cambio metodológico, que reduce la cifra total de empleo generado, el aumento de la ocupación alcanza niveles históricos, que sólo se asimilan a los registrados en 2000. Este fuerte crecimiento del empleo tiene su cruz en la productividad del factor trabajo. Mientras el crecimiento económico es sensiblemente inferior al registrado durante los últimos años de la década de los noventa, la fortaleza en la generación de empleo provoca que el aumento de la productividad del trabajo se sitúe en niveles muy bajos para todos los sectores de actividad, por debajo del 0,5%.

La rama de actividad que presenta mayor ascenso en los niveles de productividad laboral es el sector energético. Durante los pasados ocho años, el diferencial de este sector con respecto al resto de la economía se ha ensanchado. Con un 4,6 por ciento de crecimiento medio anual en su productividad, ninguna otra rama de actividad ha conseguido mejoras de tal calibre. No obstante, este incremento ha sido a costa de una reducción en sus niveles de empleo. El mismo crecimiento de la productividad laboral por encima de la media acompañado de reducción de empleo se observa en la intermediación financiera, que es la segunda rama de actividad con mayor dinamismo en materia de productividad laboral de la economía española. La agricultura, por su parte, muestra una dinámica de la productividad muy lenta pero con una significativa mejora durante la última década, que también ha ido acompañada de una reducción en el empleo.

El movimiento opuesto puede encontrarse en sectores donde se ha generado mucho empleo durante el presente ciclo económico. Un aumento de la ocupación del 7,8 por ciento anual en el sector de los servicios empresariales ha ido en paralelo a una reducción del 3,7 por ciento en su producti-

vidad. La hostelería, donde el empleo ha crecido casi un cincuenta por ciento a lo largo de la última década, ha sufrido un descenso de la productividad laboral media del 2,8 por ciento. Las otras ramas en las que se ha reducido la productividad laboral real han sido la industria automovilística, la metalurgia, los servicios personales, la construcción y el comercio. En todos ellos se ha registrado un crecimiento del empleo superior a la media española.

En general, el presente ciclo económico ha conllevado una dualización de la economía española en lo que se refiere al comportamiento del factor trabajo. Existe un grupo minoritario de sectores donde la productividad se eleva de manera notable, pero es a costa de una generación escasa de empleo o incluso un deterioro de los niveles de ocupación. Por el contrario, los sectores donde se genera la mayor cantidad de empleo, que por lo general son poco intensivos en factor trabajo y ya tenía una historia de retraso en cuanto al comportamiento de su productividad, han visto como la productividad laboral retrocedía o crecía en niveles muy reducidos. El mismo patrón se repitió en el primer trimestre de 2005, corroborando las dificultades de la economía española para superar un determinado patrón económico basado en sectores maduros y de escasa productividad.

DISTRIBUCIÓN DE LA PRODUCTIVIDAD Y EL EMPLEO POR RAMAS DE ACTIVIDAD, 1996-2004

	Productividad laboral 2004 (euros anuales)	Variación anual de la productividad laboral, 1996-2004	Variación anual del nivel de empleo, 1996-2004
Energía	153.267	4,6	-1,6
Intermediación financiera	96.507	2,8	-0,4
Servicios empresariales	81.987	-3,7	7,8
Industria química	64.330	1,3	1,9
Transporte y comunicaciones	54.995	1,8	2,7
Hostelería	48.880	-2,8	5,0
Industria automovilística	45.567	-0,1	2,6
Industria metalúrgica	45.268	-0,7	4,8
Maquinaria	43.912	1,6	3,2
Industria eléctrica y electrónica	43.424	0,8	1,4
Industria maderera y del papel	41.214	0,7	2,6
Industria alimenticia	40.036	1,0	0,3
Servicios sociales y sanitarios	39.893	0,7	2,6

(Continuación)

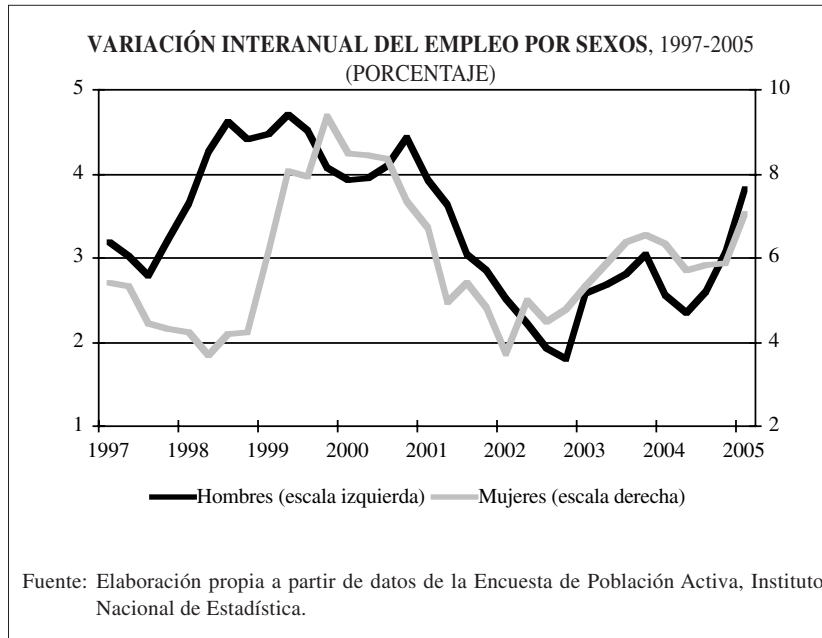
	Productividad laboral 2004 (euros anuales)	Variación anual de la productividad laboral, 1996-2004	Variación anual del nivel de empleo, 1996-2004
Educación	39.747	-0,2	3,0
Servicios personales	37.922	-1,3	5,4
Construcción	35.120	-1,9	7,3
Administración pública	34.468	1,4	1,3
Comercio	30.165	-0,9	3,4
Agricultura, ganadería y pesca	27.349	2,5	-0,9
Industria textil	23.259	0,5	-0,8
Personal doméstico	15.439	2,1	0,5
Total	43.278	0,5	2,6

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Contabilidad Nacional, Instituto Nacional de Estadística.

El crecimiento interanual del empleo fue sensiblemente mejor para las mujeres en términos relativos. Mientras entre los hombres la ocupación se incrementó en un 3,8 por ciento, entre las mujeres el mismo crecimiento se elevó hasta el siete por ciento. Aunque en niveles distintos, ya que el aumento de la ocupación entre las mujeres ha doblado casi sin descanso a la de los hombres sin solución de continuidad, el impacto de la creación de empleo por sexos es paralelo. Un fuerte incremento de esta variable fue común para hombres y mujeres entre 1997 y 2001. A partir de ese momento, la desaceleración del crecimiento de la ocupación la notaron ambos sexos. Y, del mismo modo, la recuperación del ritmo de creación de empleo se ha verificado para los hombres y para las mujeres. No obstante, en los últimos tres trimestres se ha acelerado el crecimiento del empleo entre los hombres a un ritmo superior al de las mujeres.

El resultado de este comportamiento, paralelo pero en distintos niveles, es que el empleo femenino ha crecido en dos tercios entre 1997 y 2005. Las mujeres han pasado de representar un 34,6 por ciento de la población activa a estar muy cerca del cuarenta por ciento, un umbral que superaran de seguir el actual comportamiento antes de que acabe el año. Asimismo, la tasa de ocupación entre las mujeres mayores de dieciséis años ha pasado del 26,4 por ciento al 39,6 por ciento. El diferencial de la tasa de ocupación de hombres y mujeres ha pasado de los veintisiete puntos porcentuales a veintitrés puntos, lo cual sitúa a España en uno de los peores lugares de la

Unión Europea en cuanto a dicotomía del comportamiento del mercado de trabajo según géneros. Pero este otro umbral del cuarenta por ciento también es previsible que se supere, de seguir la misma dinámica de creación de empleo, antes de que finalice 2005.



Por sectores de actividad, son los servicios los que mejor comportamiento presentan. Doscientas mil personas encontraron empleo en este sector durante el último trimestre, aunque un tercio de ese aumento se debe a los cambios introducidos en la metodología de la EPA. Del mismo modo, en la agricultura el sector que más mejora su nivel de empleo en términos relativos, hasta superar de nuevo el millón de ocupados, más del noventa por ciento de ese crecimiento se debe al cambio metodológico. Por su parte, la construcción y la industria presentan una variación mínima en sus niveles de empleo pero como producto de efectos contrarios. En la industria, la evolución del mercado de trabajo supuso la pérdida de cuarenta y tres mil empleos durante el primer trimestre de 2005, una cantidad que se compensa por la reponderación de su nivel de empleo como consecuencia del cambio metodológico. En la construcción, por el contrario, se registra un reducido incremento de empleo que se transforma en disminución después de que se aplique la nueva metodología de la Encuesta de Población Activa.

Del mismo rasero es el efecto de los cambios metodológicos sobre la estructura ocupacional por edades. La Encuesta de Población Activa registra un crecimiento del empleo del 2,5 entre los menores de veinticinco años, una variación de un tamaño que hasta ahora sólo se había registrado en los terceros trimestres de algunos años, donde los jóvenes encuentran empleos relacionados con la temporada estival del turismo. El crecimiento es mucho más limitado entre los adultos de edades medias, pero, en lo que se está convirtiendo en una constante del mercado de trabajo español, se reproduce un fuerte crecimiento de la creación de empleo entre los adultos más próximos a la edad legal de jubilación. Entre los mayores de cincuenta y cinco años, el crecimiento interanual de la ocupación alcanza el 7,3 por ciento, una cifra no conseguida por ningún otro grupo de edad.

El cambio en la metodología de la Encuesta de Población Activa tiene el efecto inesperado de colocar a España en la zona intermedia, en el contexto de la Unión Europea, en cuanto a la utilización del tiempo parcial después de años de lamentos por el escaso uso que se hacía de esta modalidad de contratación disponible en el ordenamiento jurídico laboral español. En sólo un trimestre ha pasado del ocho al 13,1 por ciento, cuatro puntos porcentuales por debajo de la media de la Unión Europea antes de la ampliación y sólo una décima por debajo de Estados Unidos. No obstante, aún está lejos la cota de los Países Bajos, donde uno de cada tres trabajadores y el sesenta por ciento de las mujeres ocupadas tienen una jornada reducida. En el caso de España, y a pesar del cambio, la jornada a tiempo parcial continúa siendo patrimonio casi exclusivo de las mujeres. Mientras la tasa de parcialidad entre las mujeres supera el veinticinco por ciento, entre los hombres no alcanza el cinco por ciento. Por cada hombre con jornada reducida existen 3,6 mujeres con un contrato a tiempo parcial.

TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL POR SEXO, 2004
(EN PORCENTAJE DEL TOTAL DE TRABAJADORES)

	Total	Hombres	Mujeres
Países Bajos	35,0	15,1	60,2
Australia	27,1	16,1	40,8
Japón	25,5	14,2	41,7
Suiza	24,9	8,1	45,3
Reino Unido	24,1	10,0	40,4
Nueva Zelanda	22,0	10,7	35,4
Noruega	21,1	10,3	33,2
Alemania	20,1	6,3	37,0
Islandia [†]	20,1	10,2	31,2

(Continuación)

	Total	Hombres	Mujeres
Irlanda	18,7	6,9	35,1
Canadá	18,5	10,9	27,2
Bélgica	18,3	6,3	34,1
Dinamarca	17,5	11,6	24,3
Unión Europea-15	17,4	6,6	31,2
Austria	15,5	3,7	29,6
México	15,1	8,1	27,6
Italia	14,9	5,9	28,8
Luxemburgo	14,6	1,7	33,3
Suecia	14,4	8,5	20,8
Francia	13,4	4,8	23,6
Estados Unidos	13,2	8,1	18,8
España[‡]	13,1	4,8	25,8
Polonia	12,0	7,5	17,5
Finlandia	11,3	7,9	15,0
Portugal	9,6	5,8	14,0
Corea del Sur	8,4	5,9	11,9
España (sin cambio metodológico)	8,3	2,6	17,2
Turquía	6,6	3,7	14,8
Grecia	6,0	3,1	10,9
Hungría	3,6	2,2	5,1
República Checa	3,1	1,5	5,2
Eslovaquia	2,7	1,3	4,5

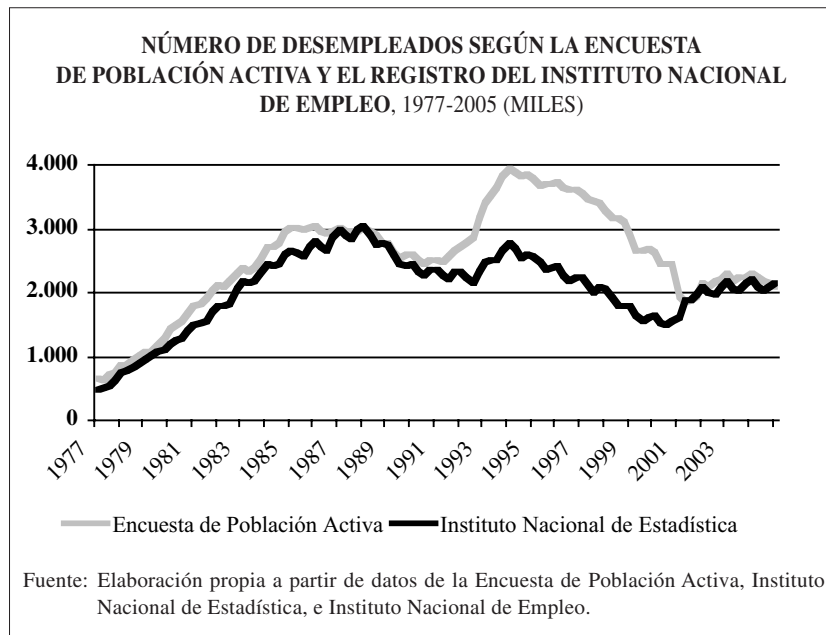
† 2002; ‡ 1^{er} Trimestre 2005.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

5. DESEMPLEO

Los cambios metodológicos de la Encuesta de Población Activa, junto con la transformación de parado del registro del Instituto Nacional de Empleo, para incluir entre otros colectivos a los inmigrantes, que hasta ahora permanecían al margen del recuento estadístico, han acercado ambas cifras a niveles no conocidos desde finales de los años ochenta. La crisis de principios de los años noventa elevó la cifra de desempleados registrados hasta los cuatro millones, atraídos por las prestaciones por desempleo en compa-

ración con las ofertas que podían encontrarse en el mercado de trabajo entonces, mientras que la Encuesta de Población Activa se mantuvo casi de manera constante por debajo de los dos millones y medio de parados incluso en las peores circunstancias. A medida que fue modificándose la definición de desempleado en esta última medición y que se intensificó en el registro del INEM los efectos del cambio en el acceso al subsidio de desempleo, la diferencia cuantitativa entre ambas estimaciones fue reduciéndose incluso a ritmos muy superiores a los que se registraban en el mercado de trabajo para una definición igual. De este modo, aunque siga variando lo que cada una de estas mediciones considera un desempleado y el modo en que se estiman en cada una, la sensible aproximación de ambos guarismos referidos a un mismo concepto, facilita enormemente el análisis del mercado de trabajo y evita la necesidad palmaria de explicar, al observador no familiarizado con las definiciones formales, las amplias diferencias que registraron a lo largo de la década de los noventa y su porqué.



Durante el primer trimestre de 2005 el número de desempleados se redujo en un 2,8 por ciento hasta situarse ligeramente por debajo de los dos millones cien mil personas. El descenso interanual es del ocho por ciento, lo que equivale a casi doscientas mil personas. La tasa de desempleo se sitúa en un 10,2 por ciento del total de activos. En el curso del segundo tri-

mestre, tradicionalmente generador de más empleo que otros, no es demasiado aventurado esperar que se vea, por primera en España desde hace casi tres décadas, como la tasa de desempleo pasa a cifras de un solo dígito.

La disminución del desempleo se debe exclusivamente a una reducción del paro entre las mujeres. De hecho, en el primer trimestre de 2005 aumentó el número de desempleados varones en casi diez mil. En cualquier caso, la diferencia en tasa de paro entre hombres y mujeres se mantiene en distancias aún muy amplias, muy por encima de las registradas en la Unión Europea y en los países desarrollados. Sólo Grecia tiene una mayor distancia que España en tasa de desempleo por géneros. En España mientras entre las mujeres la tasa de desempleo alcanzó el 13,7 por ciento en el primer trimestre de 2005, entre los hombres no llega al ocho por ciento. Desde 2000 ya la tasa de desempleo entre los hombres es menor del diez por ciento, la cifra que se espera alcanzar para el conjunto en este año.

TASA DE DESEMPLEO EN LOS PAÍSES DESARROLLADOS POR SEXOS, 2004
(15-64 AÑOS)

	Total	Hombres	Mujeres
Grecia	6,5	16,0	9,5
España	8,2	15,1	6,9
Italia	6,4	10,6	4,2
Luxemburgo	3,3	6,9	3,6
República Checa	7,1	10,0	2,9
Francia	8,7	10,7	2,0
Eslovaquia	17,3	19,1	1,8
Portugal	6,2	8,0	1,8
Polonia	18,5	20,2	1,7
Bélgica	6,7	8,3	1,6
Unión Europea-15	7,5	9,1	1,6
Nueva Zelanda	3,6	4,5	0,9
Suiza	4,0	4,8	0,8
Países Bajos	4,4	5,0	0,6
México	3,0	3,5	0,5
Dinamarca	5,1	5,5	0,4
Australia	5,4	5,6	0,2
Finlandia	8,9	9,0	0,1
Austria	5,3	5,3	0,0
Hungría	6,1	6,1	0,0

(Continuación)

	Total	Hombres	Mujeres
Estados Unidos	5,7	5,5	-0,2
Islandia	3,3	3,0	-0,3
Japón	5,1	4,7	-0,4
Corea del Sur	3,9	3,3	-0,6
Canadá	7,6	6,9	-0,7
Reino Unido	5,0	4,3	-0,7
Suecia	7,0	6,2	-0,8
Turquía	10,8	10,0	-0,8
Alemania	10,3	9,4	-0,9
Noruega	4,9	3,9	-1,0
Irlanda	5,0	3,7	-1,3

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

La reducción del número de desempleados está desigualmente repartida. Tanto entre los jóvenes como entre los adultos mayores se ha producido una elevación del paro a lo largo del año, que alcanza el uno y el cinco por ciento, respectivamente. En el primer trimestre de 2005 se mantuvo esta misma pauta y entre los menores de veinte años el número de desempleados se elevó en un 12,8 por ciento, lo cual es más el efecto del cambio metodológico que de un crecimiento en esa cuantía del total de parados.

Sectorialmente, el crecimiento del desempleo presenta una evolución bastante contradictoria con la trayectoria pasada. En el primer trimestre de 2005 se incrementó el desempleo en los sectores de la construcción y los servicios y se redujo en la agricultura y los servicios, que es justo lo contrario de lo que ha venido sucediendo en el pasado más reciente. De particular importancia es el efecto que el cambio metodológico tiene sobre los desempleados que buscan su primer empleo. A lo largo del último año su número se elevó en casi un treinta por ciento hasta alcanzar el 12,2 por ciento del total.

6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

Como hemos señalado en el apartado 2 de este trabajo, el análisis de la evolución del mercado de trabajo en el primer trimestre de 2005 ha estado marcado por un importante cambio metodológico realizado por el Instituto Nacional de Estadística en la elaboración de la Encuesta de Población Activa. Este cambio tiene importantes repercusiones en el análisis de coyuntura que se realiza en esta sección. Estos cambios metodológicos tienen impor-

tantes efectos sobre los análisis que hemos realizado en el pasado de variables laborales españolas y andaluzas y el efecto a medio plazo debe tenerse en cuenta a lo largo de los próximos trimestres para considerar en su conjunto cómo evolucionan las variables laborales, de todas formas los análisis a medio y largo plazo necesitan estabilidad en la información estadística y en este sentido las rupturas de series temporales perjudica el análisis y la extracción de tendencias de evolución puede ser engañosa.

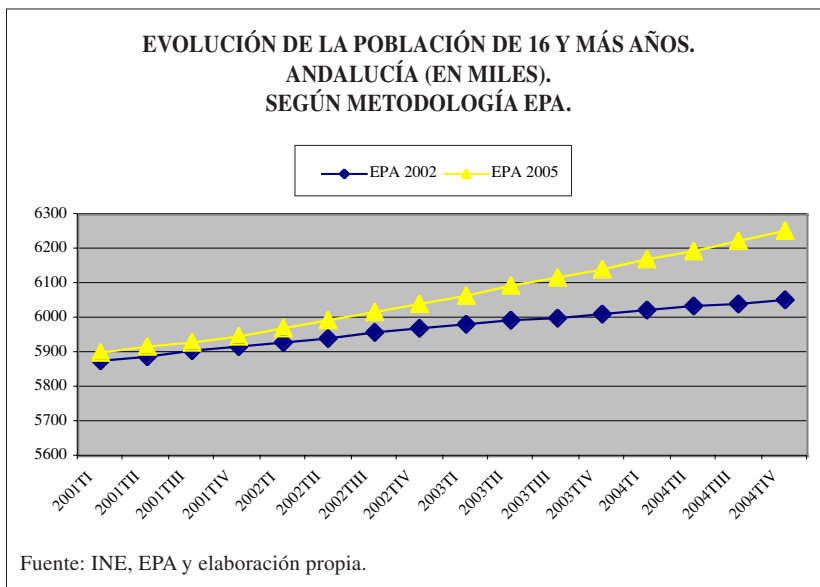
La incidencia de los cambios metodológicos en la elaboración de la EPA a la que hemos hecho referencia tiene indudablemente efectos diversos en las distintas comunidades autónomas españolas. En concreto, en Andalucía, la población de 16 años y más aumenta en 201.500 personas (clasificados en 94.200 ocupados, 20.900 parados y 86.300 inactivos). Por ello, la tasa de actividad en Andalucía aumenta en una décimas respecto al cálculo anterior situándose en 56,74% y la recalculada tasa de paro es ahora del 16,06 (15,99 era el dato publicado).

DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN POR CC AA CUARTO TRIMESTRE DE 2004

	ESPAÑA	ANDALUCIA
POBLACION 16 Y MÁS AÑOS		
EPA 2002	34.474.300	6.052.400
EPA 2005	36.038.300	6.253.900
DIFERENCIA	1.564.000	201.500
POBLACION OCUPADA		
EPA 2002	17.323.300	2.750.300
EPA 2005	18.288.100	2.844.600
DIFERENCIA	964.700	94.200
PARADOS		
EPA 2002	2.007.100	523.500
EPA 2005	2.159.200	544.400
DIFERENCIA	152.200	20.900
TASA ACTIVIDAD		
EPA 2002	56.07%	54.09%
EPA 2005	56.74%	54.19%
DIFERENCIA	0.7	0.1
TASA PARO		
EPA 2002	10.38%	15.99%
EPA 2005	10.56%	16.06%
DIFERENCIA	0.2	0.1

Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Nota prensa 30/marzo/ 2005 y elaboración propia.

Los cambios en los datos suministrados por la EPA debidos a la actualización de la base de población, a la aplicación de la nueva normativa Eurostat y a la modernización de la recogida de información modifican los análisis que sobre las variables laborales y su comparación con los informes que hemos recogido en trabajos anteriores. A modo de ejemplo del efecto de estos cambios hemos recogido un gráfico en el que se observa la evolución de la población de más de 16 años en Andalucía en los últimos cuatro años. La diferencia entre los datos ofrecidos por la metodología EPA 2002 y la nueva ha ido aumentando de forma gradual hasta presentar un diferencial significativo en el cuarto trimestre de 2004.

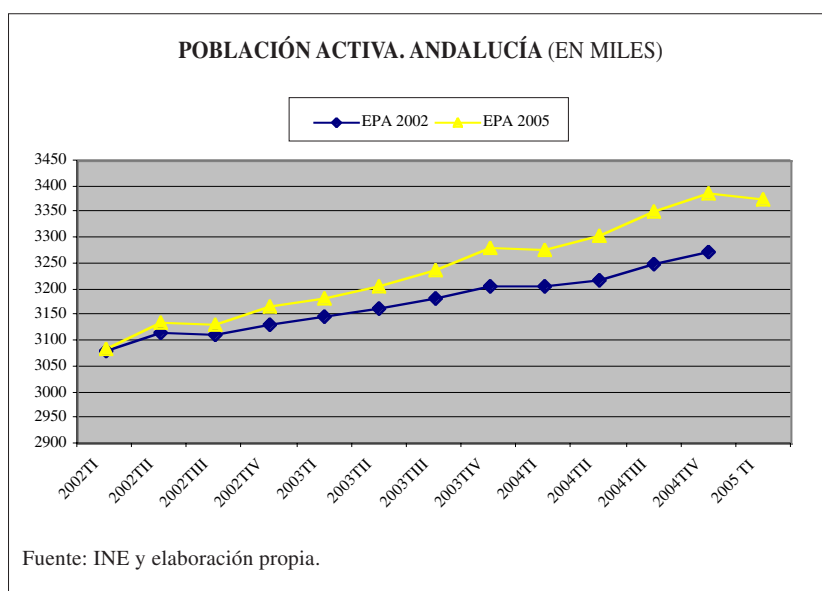


Los cambios son múltiples y remitimos al lector interesado al Instituto Nacional de Estadística y al Instituto de Estadística de Andalucía para un análisis más pormenorizado. Teniendo en cuenta estos cambios metodológicos a los que nos hemos referido vamos a señalar a continuación los principales cambios que han tenido lugar en el mercado de trabajo andaluz en el primer trimestre de 2005.

OFERTA DE TRABAJO

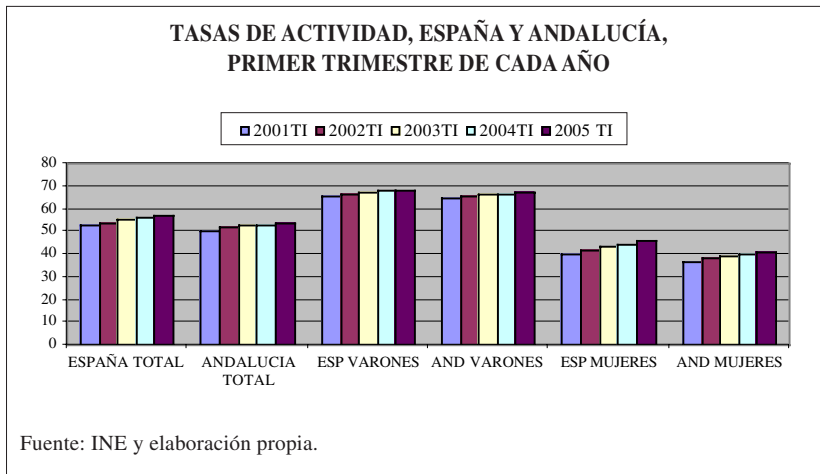
El número total de personas laboralmente activas se situó en el primer trimestre de 2005 en Andalucía en un total de 3.376.200 personas, lo que

supone una reducción de 12.800 personas respecto al trimestre anterior y un aumento de 97.400 respecto al mismo trimestre del año 2004¹. El descenso de población activa en este trimestre se distribuyó entre 11.600 hombres y 1.200 mujeres. Como se observa en el gráfico, los datos disponibles aplicados según la metodología de la EPA en 2002 y la de 2005 plantea un aumento significativo desde comienzos de 2002, manteniendo la tendencia creciente de la oferta de trabajo en Andalucía desde hace años, y alcanzando cifras sin precedentes.

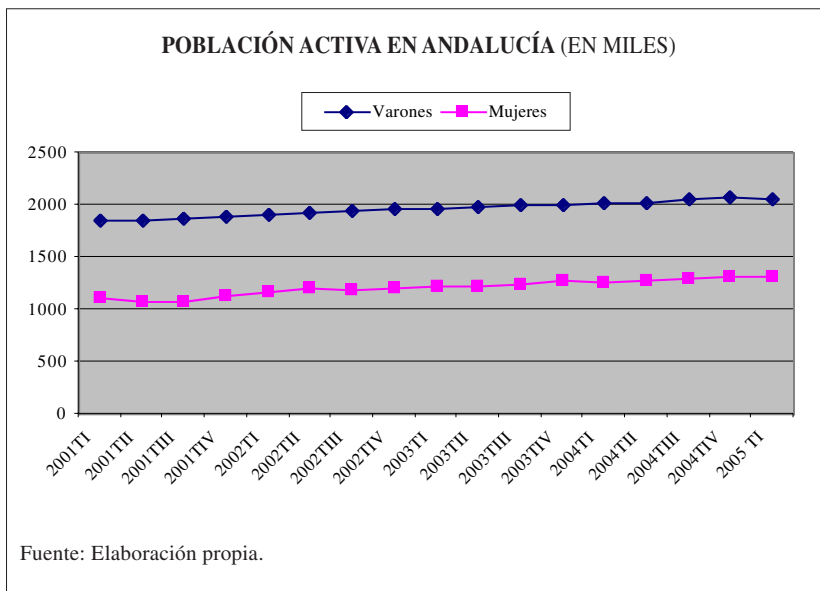


Como consecuencia de esta evolución, la tasa de actividad global de Andalucía se ha situado en 53,74%. La diferencia con la tasa media de actividad nacional (56,90%) es algo superior a tres puntos, debido fundamentalmente a la participación de la mujer en el mercado laboral más reducida en comparación a la media nacional, (45,89% frente a 41,20%) mientras que el comportamiento de los varones es mucho más equiparable (68,42% en España, 66,81% en Andalucía).

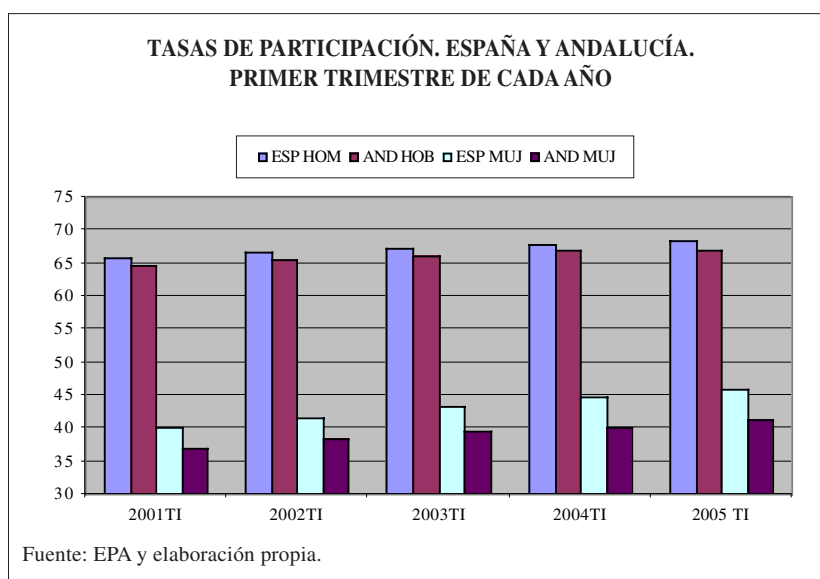
¹ Las comparaciones con los trimestres referidos 2004 están referidas a los datos de la EPA recalculados según la nueva metodología.



Con la nueva metodología la población activa en Andalucía ha crecido de forma significativa entre el primer trimestre de 2001 y 2005. En este periodo, la población activa aumentó en Andalucía en 195.600 varones y 208.000 mujeres, lo que representa un aumento respecto al primer trimestre de 2001 del 10,51% y del 18,69% respectivamente. En este mismo periodo, los aumentos computados para la población nacional han sido del 11,78% y del 21,49% para hombres y mujeres.



La participación de los distintos grupos de población en el mercado laboral puede servir para completar el análisis de la población activa y su evolución. Hay mucha semejanza entre las tasas de participación en España y Andalucía en el caso de la población masculina, en ambos casos ha aumentado desde el primer trimestre de 2001, aunque la diferencia ha se ha ensanchado desde 1,06 hasta 1,61. En el caso de la población femenina las tasas de participación han aumentado en casi cinco puntos a lo largo del periodo considerado, aunque la diferencia entre la tasa andaluza y la española ha crecido desde 3,30 hasta 4,68 puntos.

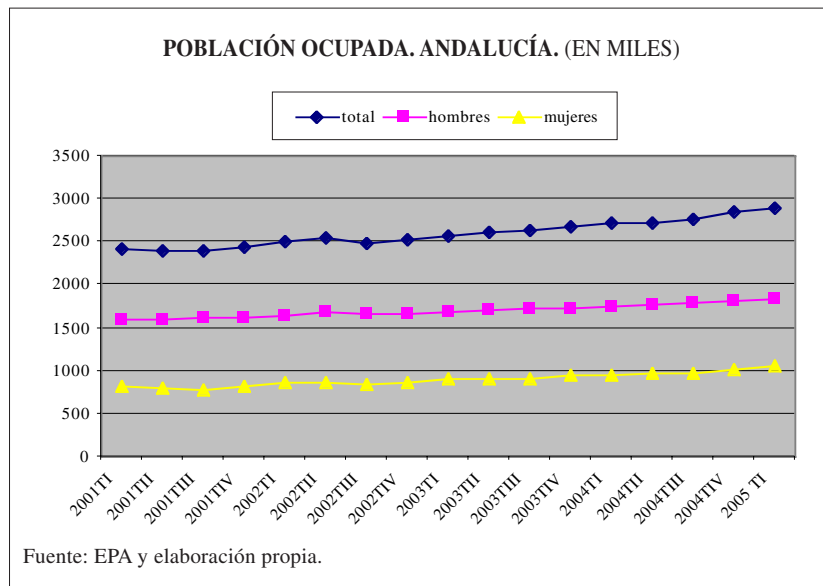


DEMANDA DE TRABAJO

Como ya se ha señalado, la ocupación en el conjunto de España alcanzó en el primer trimestre de 2005 la cifra de casi dieciocho millones y medio 204.600 más que en el trimestre anterior, de los cuáles 72.600 son debidos a la evolución del mercado laboral y el resto a los cambios introducidos en la EPA. El fuerte incremento trimestral se completa con un muy elevado incremento anual algo superior al 5%. Este buen comportamiento del empleo en España contextualiza la evolución de la ocupación en Andalucía.

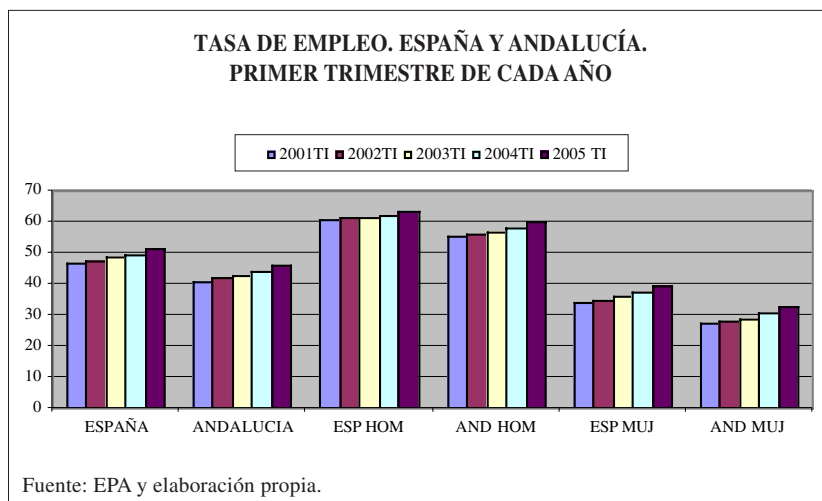
En Andalucía, el empleo ha crecido en 50.900 personas (un 1,79%) en este trimestre, y en 179,500 respecto al mismo trimestre de 2004, superando el crecimiento porcentual nacional (6,61% en Andalucía 5,07% a nivel

nacional). Esta evolución sitúa la población ocupada en Andalucía en un total de 2.895.500 personas (1.839.100 hombres y 1.056.400 mujeres). La tasa de variación interanual de la ocupación femenina se ha situado en el 10,11% un incremento elevado que señala la fuerte incorporación de la mujer al mercado de trabajo.



En cuanto a la ocupación por sectores, es el sector de los servicios el que ocupa a un mayor número de personas en Andalucía (64,75%), seguido por el de la construcción (14,81%) y la industria (10,73%), siendo el de la agricultura el de menor peso en el empleo andaluz (9,7%). La tendencia creciente de la actividad productiva en el sector de la construcción mantenida en los últimos años debe considerarse como especialmente preocupante, como lo señalan los informes del Banco de España y de otras instituciones internacionales, en un entorno en el que se puede detener a medio plazo el tirón de la demanda de vivienda o de obra civil

La ocupación en términos generales ha crecido en los últimos años de manera muy significativa. Esto se ha traducido en un aumento de la tasa de empleo (porcentaje de la población mayor de 16 años que está ocupada). El crecimiento de la tasa es significativo aunque todavía está lejos de los objetivos planteados en la cumbre de Lisboa, especialmente en el caso de las mujeres en tanto en Andalucía como en el conjunto nacional.



Desde el punto de vista de la situación profesional de la población ocupada, la mayoría está acogida a la figura de asalariado, especialmente entre las mujeres, colectivo en el que el porcentaje de empresarios y miembros de cooperativas es más reducido que entre los hombres. Entre los asalariados es de destacar el hecho de que en el sector privado, los contratos temporales son mayoría entre las mujeres que están expuestas a mayores niveles de precariedad. En cuanto al tiempo de trabajo, la mayoría de los hombres tienen ocupación a tiempo completo, mientras que entre las mujeres predomina el tiempo parcial.

**OCUPADOS POR SEXO, SITUACION PROFESIONAL TIPO DE CONTRATO
Y DURACION DE LA JORNADA. ANDALUCIA 2005 TI**
(EN MILES Y PORCENTAJE)

	Ambos Sexos	%	Hombres	%	Mujeres	%
Empresarios o miembros de cooperativas	487,8	16,85	355,9	19,35	131,9	12,49
Ayuda familiar	83,7	2,89	41,9	2,28	41,8	3,96
Asalariados	2318,8	80,08	1437,9	78,18	880,9	83,39
Otros	5,2	0,18	3,4	0,18	1,8	0,17
TOTAL	2895,5	100	1839,1	100	1056,4	100

Fuente: EPA y elaboración propia

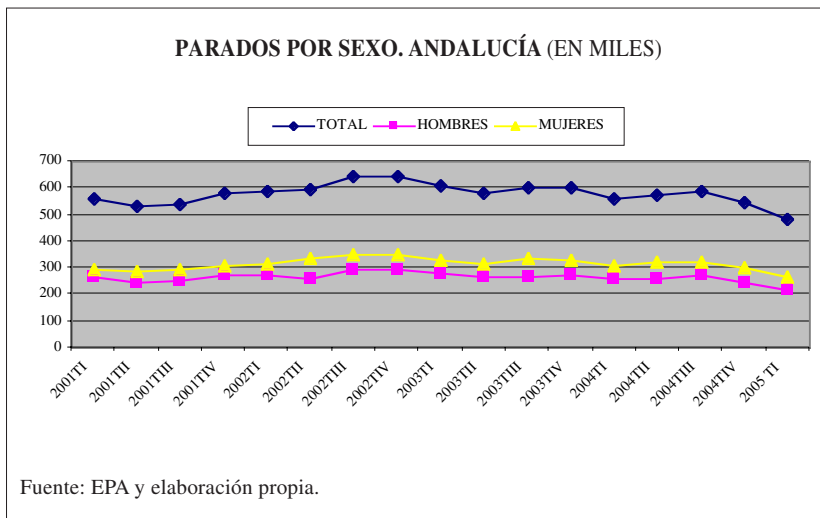
ASALARIADOS SEGÚN SECTOR Y TIPO DE CONTRATO. ANDALUCÍA 2005 TI.
(EN MILES Y PORCENTAJE)

	Ambos Sexos	%	Hombres	%	Mujeres	%
Asalariados	2318,8		1437,9		880,9	
As. Sector Público	509	21,95	283,7	19,73	225,3	25,58
Indefinido	374,3	73,54	219,6	77,41	154,7	68,66
Temporal	134,7	35,99	64,1	29,19	70,6	45,64
As Sector Privado	1809,8	78,05	1154,1	80,26	655,7	74,44
Indefinido	912,8	50,44	603,5	52,29	309,3	47,17
Temporal	897	49,56	550,6	47,71	346,4	52,83

Fuente: EPA y elaboración propia

DESEMPLEO

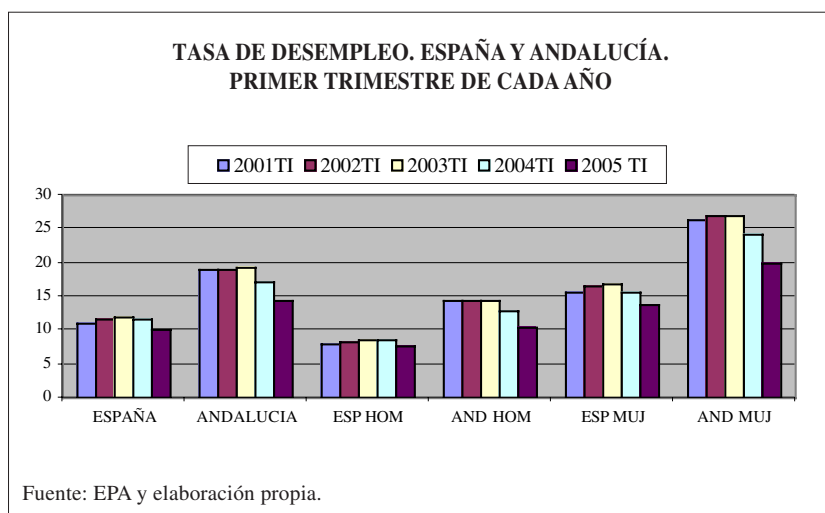
De acuerdo con la EPA del primer trimestre de 2005, la cifra de desempleados se situó en Andalucía en 480.700 personas lo que supone una reducción de 63,800 efectivos, (una reducción del 11,71% en este trimestre). La tasa de paro se situó en el 14,24% lo que supone una reducción de 1,83 puntos porcentuales. Siguiendo la nueva metodología de cálculo de la EPA, la diferencia entre la tasa andaluza y la española se sitúa en 4,04 puntos.



Por sexos, en el primer trimestre de 2005 el desempleo disminuyó en ambos colectivos (26.100 hombres y 37.700 mujeres) respecto al trimestre anterior y las tasas de desempleo se sitúan en el 10,53% y el 20,00% respectivamente. La reducción del paro en este trimestre se ha concentrado en el tramo de edad de 30 a 44 años en el caso de los hombres (13.400) y de las mujeres (23.300).

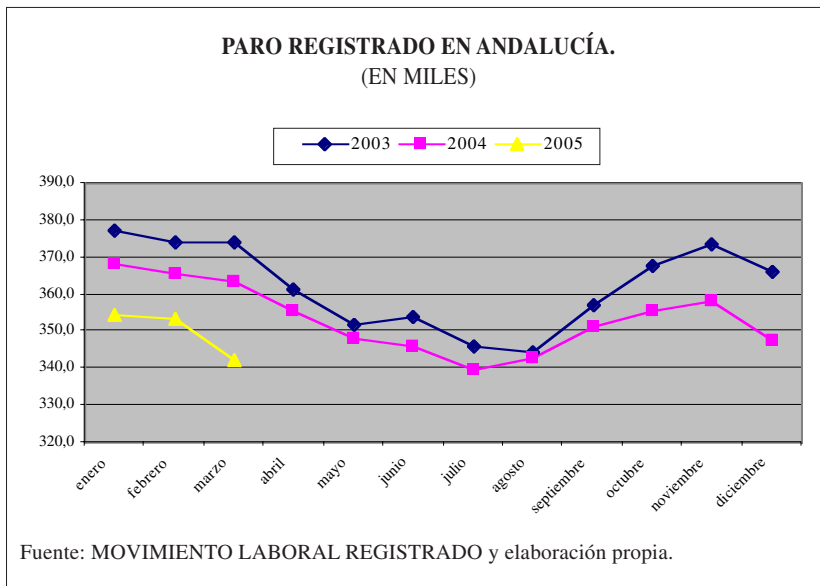
Si realizamos una comparación para un periodo más amplio que ocupa el primer quinquenio de los años dos mil, encontramos que, con respecto al primer trimestre de 2001, el número de desempleados en España ha aumentado en términos absolutos en 83.700 hombres y 67.500 mujeres. Por el contrario, en este mismo periodo la reducción de desempleados en Andalucía ha sido de 51.300 hombres y 29.300 mujeres. Esto significa una reducción del número de desempleados en Andalucía del 19,17% entre los andaluces y el 9,98% entre las andaluzas. Esta evolución significa que se han reducido las tasas de desempleo en el periodo considerado.

La reducción de la tasa de paro es significativa a lo largo de los últimos años, especialmente en el caso de Andalucía y de las mujeres. En el gráfico que recoge las tasas de desempleo del primer trimestre de cada año se observa una sustancial reducción en el caso de las mujeres de más de cinco puntos en los cinco años que componen el periodo, que se han concentrado fundamentalmente en los últimos dos años.



La buena evolución del desempleo en Andalucía que se deduce de la información de la EPA se corrobora por la otra fuente estadística disponible sobre el desempleo: el Paro Registrado. Tras el repunte de enero de 2005,

los datos disponibles para los meses de febrero y marzo son positivos y supone una cierta repetición de lo ocurrido en los mismos meses de los años 2003 y 2004. En marzo de 2005 la reducción del paro registrado respecto al mismo mes del año anterior es de 21.200 personas menos. El ciclo del paro registrado se observa fácilmente en el gráfico adjunto.







3

Comentarios de Jurisprudencia







PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

CRÉDITO HORARIO

*S. Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala de lo Social),
de 5 de octubre de 2004 (Rec. núm. 360/2004)*

MARÍA DEL JUNCO CACHERO *

SUPUESTO DE HECHO: D.^a F., D.^a A. y D.^a G. prestan servicios como Coordinadoras del Servicio de Ayuda a Domicilio para la empresa Servirecord, S.A. que presta tal actividad por contrato con el Ayuntamiento de Palma.

En noviembre de 2002 se celebraron elecciones en la empresa y resultó elegido un Comité de Empresa de nueve miembros, tres de ellos las actoras. Cada miembro tiene un máximo de 20 horas sindicales mensuales. Los restantes seis miembros del Comité de Empresa tienen la categoría de Trabajadores Familiares y cuando desempeñan tareas sindicales son sustituidos por otros compañeros.

Junto a las actoras hay otras tres Coordinadoras que no pertenecen al Comité de Empresa del Servicio de Ayuda a Domicilio, y las seis tienen el mismo horario: 37,5 horas semanales y hacen el mismo número de permanencias mensuales. Cada Coordinadora lleva un máximo de cien expedientes. Cuando una Coordinadora miembro del Comité realiza funciones sindicales, si durante ese tiempo surgen incidencias respecto a sus expedientes, lo resuelve la Coordinadora que realiza la permanencia.

RESUMEN: La Unio General de Treballadors en defensa de los intereses de las trabajadoras D.^a F., D.^a A. y D.^a G., contra la Empresa Servirecord, S.A. interpuso demanda: en el sentido de obtener una disminución de su carga de trabajo por ser integrantes de un órgano representativo. Se dictó la sentencia de 28 de febrero de 2004 por el Juzgado de lo Social

* T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

núm. 3 de Palma de Mallorca, que absolvía a la empresa demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Letrado D. M. R. M. en nombre y representación de las actoras, dictándose la sentencia de 5 de octubre de 2004, por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala de lo Social), que estima el recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm.3 de Palma de Mallorca, la cual revoca y deja sin efecto. Se declara que las actoras tienen el derecho a que la empresa demandada, Servirecord S.A., les reduzca su volumen de trabajo en proporción al tiempo de crédito horario que cada una utilice, condenando a la referida empresa a estar y pasar por dicha declaración y a efectuar dicha reducción proporcional de volumen.

ÍNDICE

1. CRÉDITO HORARIO. HORAS MENSUALES
2. TRABAJO EFECTIVO-TRABAJO DE REPRESENTACIÓN

1. CRÉDITO HORARIO. HORAS MENSUALES

Podría afirmarse¹ que el crédito horario se concreta en el número de horas mensuales que pueden disfrutar los representantes de los trabajadores para el ejercicio de sus funciones² de representación. Art. 68.e) E.T.³.

¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y PÉREZ CAMPOS, A.: «Las garantías de los Representantes de los Trabajadores (Estudio del Artículo 68 E.T.)». *Cuadernos de Aranzadi Social* núm 19. Aranzadi. Navarra 2004, pág. 141.

² El Convenio núm. 135 OIT, que fue ratificado por el Estado español el 8 de noviembre de 1972, dispone textualmente en su art. 2.1: «Los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones». Así mismo, la Recomendación núm. 143 OIT, aprobada el 2 de junio de 1971, en su ap. 1.12 declara que para el desempeño eficaz de las funciones de los representantes de los trabajadores, «éstos deberán disfrutar del tiempo libre necesario para asistir a reuniones, cursos de formación, servicios, congresos y conferencias sindicales, y este tiempo libre deberá ser otorgado sin pérdida de salario».

³ Art. 68.e) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E.T.: «Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la siguiente escala: delegados de personal o miembros del comité de empresa: 1.º Hasta cien trabajadores, quince horas; 2.º De ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, veinte horas; 3.º De doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, treinta

Las actoras, miembros las tres del Comité de Empresa, pretenden que se disminuyan sus tareas laborales proporcionalmente al tiempo que dedican al ejercicio de funciones representativas en uso de las 20 horas de crédito mensuales retribuidas que les corresponden⁴.

Una vez determinadas el número de horas, en este caso 20, éstas se convierten en un «tiempo máximo» del que dispone el trabajador para sus tareas representativas. Uno de los principales problemas que se plantea es delimitar si el término «mensual» que dispone el E.T. debe aplicarse estrictamente o si por el contrario es un mero indicador temporal que de ser necesario, no se ciña estrictamente al periodo concreto de cada mes. Existen dos posturas⁵ de la doctrina diferentes al respecto. Para un sector, cuyo criterio se califica de «rígido», las horas correspondientes a un determinado módulo mensual, para un representante (se hace referencia al trabajador que utiliza por sí mismo su propio crédito, no al caso de acumulación)⁶ y que no han sido utilizadas, por cualquier razón, no son disponibles transcurrido un mes.

Por el contrario, otro sector calificado como «flexible», se opone a tal criterio entendiéndolo que éste no se acomoda a los principios flexibles que inspiran, no sólo al régimen horario, sino también al E.T. en su conjunto, y aun propicia, por otra parte, un consumo artificioso del crédito. Así se afirma que el módulo temporal no supone un encasillamiento al crédito horario, sino que debe considerarse tan sólo a efectos de referencia para fijar la concreta cuantía de los respectivos representantes⁷.

En el supuesto que aquí nos ocupa, a las trabajadoras se les han asignado 20 horas de crédito mensuales, y no parece que en ningún momento,

horas; 4.º De quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, treinta y cinco horas; 5.º De setecientos cincuenta y uno en adelante, cuarenta horas. Podrá pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración».

⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala de lo Social), de 5 de octubre de 2004.

⁵ MARTÍNEZ MENDOZA, J. M. F.: «Buena fe y abuso del crédito horario sindical». *Relaciones Laborales* 1998, pág. 359.

⁶ Expresamente cabe que por convenio colectivo se establezca la acumulación, en todo o en parte, de las horas correspondientes a un representante a favor de otro u otros, pudiéndose llegar incluso a la fórmula de los representantes habitualmente denominados liberados (se entiende, del trabajo), que acumulan horas de ausencia retribuida de trabajo hasta un nivel equivalente a la jornada laboral que les sería de aplicación. GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F.: *La Regulación Legal de los Representantes de los Trabajadores en la Empresa*. Fundación Confemetal. Madrid 2000, pág. 80.

⁷ TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*. Tecnos 1988, pág. 118.

se prevea el que sí éstas no fueron usadas en el plazo del mes, puedan ser acumuladas o disfrutadas en el mes siguiente, si sus funciones representativas así lo demandasen.

Algún sector doctrinal⁸ asemeja este módulo temporal mensual, al módulo temporal semanal que para la jornada máxima se establece en el art. 34.1 E.T.⁹, pero no podemos perder de vista que deben ser las partes las que puedan convenir el módulo temporal de cómputo que estimen mas conveniente, sin que para ello sea obstáculo el módulo semanal legalmente fijado. Sin embargo para el crédito horario la norma no contempla tal posibilidad, pues ese pacto tan solo se establece para la acumulación de horas en uno o en varios miembros de la representación, pero no para pactar hasta donde temporalmente llega el disfrute de las horas de representación que se les atribuya.

Sí la pretensión es que el límite mensual no exista, pero si el disfrute total de las horas, no debiera compararse con preceptos legales que establecen la posibilidad de acuerdos distintos a lo establecido legalmente, sino quizás debiera traerse a colación interpretaciones jurisprudenciales que al respecto han defendido esta postura flexible, pues realmente la utilización de las horas para funciones representativas es algo casuístico, donde quizás la norma general sea lo anómalo y las diferencias, lo común o normal¹⁰.

El problema que se nos plantea en la sentencia que comentamos, es que las Coordinadoras cuando tienen que hacer uso de sus horas de representación, y surge alguna incidencia con respecto a los expedientes que deben llevar, serán aquéllas que en ese momento o bien no ejerzan funciones representativas o bien no sean miembros del Comité, las que deban hacerse cargo del trabajo, por lo que ellas solicitan que «la empresa reduzca el volumen de trabajo que les encomienda, proporcionalmente a las horas de crédito horario que cada una utilice»¹¹. Curiosamente aquí no se está solicitando la reducción en proporción a las 20 horas mensuales respecto a su jornada laboral, sino que tal como queda indicado, tan solo en proporción a

⁸ TUDELA CAMBRONERO, G. *Las garantías...*, *op. cit.*, págs.119 y 120.

⁹ Art. 34.1 E.T.: «La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual».

¹⁰ En este sentido se pronunció la STCT de 24 de julio de 1986 o como señala MARTÍNEZ MENDOZA, J. M. F.: «Buena fe...», *op. cit. Relaciones Laborales* 1998, pág. 341: «Supongamos que, ante un eventual problema, el representante decide reservar su crédito para un correcto afrontamiento futuro de aquel. La posible utilización del crédito no consumido en el mes anterior en estos supuestos es tanto más recomendable si se tiene en cuenta la no previsión en nuestro ordenamiento de la concurrencia de circunstancias excepcionales que permitan superar la cuantía del crédito mensualmente establecida».

¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala de lo Social), de 5 de octubre de 2004.



aquéllas «que cada una utilice». Quizás esto no sea demasiado fácil para la empresa, pues como bien es conocido, el representante puede utilizar las horas libremente, sin sobrepasar claro está su límite establecido. De este modo será complicado poder organizar la actividad de la empresa o la carga de trabajo, si no se conoce cuántas de las horas asignadas se van a utilizar. Quizás la sentencia debió inclinarse por una reducción proporcional a las horas de crédito y no una reducción en base a las horas que usó, pues de esta forma la reducción que pretenden no la conocerán nunca a priori, y por tanto cada vez que deban volver a hacer uso de sus horas, las demás tendrán que sustituirlas.

«Las actoras tienen derecho a que su carga laboral disminuya en proporción al tiempo de crédito horario de que hagan uso»¹². Pero ésto es un tema en el que la sentencia no entra y por tanto no se decanta por ningún método de imponer la reducción: «tendrá que ser la empresa, en ejercicio de su poder de dirección, la que lo haga, adoptando las medidas organizativas que considere más adecuadas y factibles»¹³. En este sentido el trabajador, o en este caso las trabajadoras, se sitúan cuando hacen uso de su crédito de horas, en una diferente posición a la típica de prestación de trabajo y además, el empresario viene obligado a colaborar con el representante de forma que éste no encuentre obstáculos en el desarrollo de las actividades para cuya obtención el crédito se concede¹⁴.

Por todo ello, este crédito horario, se use o no, se acumule o no, se disfrute o no, tal como veremos a continuación tiene la consideración de trabajo efectivo; de ahí la pretensión de las actoras de que fuera reducida su carga laboral, pues cuando actúan en funciones representativas, están trabajando en el amplio sentido del término.

2. TRABAJO EFECTIVO-TRABAJO DE REPRESENTACIÓN

En la sentencia que comentamos, se resalta que cada una de las actoras tienen la misma carga de trabajo y el mismo horario, que las otras tres trabajadoras que desempeñan análogo puesto de trabajo, esto es, cien expedientes y una jornada de 37,5 horas semanales.

El disfrute del crédito horario que el art. 68.e) E.T. concede a los miembros de los comités de empresa y delegados de personal debe reflejarse, ló-

¹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala de lo Social), de 5 de octubre de 2004.

¹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala de lo Social), de 5 de octubre de 2004.

¹⁴ TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías...*, op. cit. Tecnos. Madrid 1988, pág. 117.

gica y necesariamente, en una reducción correlativa¹⁵ de la carga laboral que corresponde a los interesados. Si en atención a la duración de la jornada ordinaria se asigna a determinada categoría profesional un volumen de tareas concreto que realizar, este volumen habrá de disminuir por fuerza en el supuesto de que el tiempo normal de trabajo se acorte por imperativo legal. En otras palabras: a horario inferior ha de corresponder menor carga de trabajo.

De otra manera se rompe el equilibrio de la ecuación carga de trabajo-jornada prevista con carácter general inicialmente, pues entonces, al exigirse al trabajador afectado que ejecute idéntica magnitud de tareas que sus compañeros, se le obliga, bien a desplegar en su actividad un esfuerzo de prestación mayor y un rendimiento más intenso que el parámetro considerado tipo, bien a consumir su tiempo complementario.

Y es más, se desvirtúa y vacía de contenido el derecho que, con la finalidad de garantizar el eficaz desempeño de las funciones de representación y defensa de los derechos de los trabajadores, establece el mencionado art. 68.e) del E.T. El tiempo que se trabaja de menos en virtud del crédito horario no puede compensarse luego trabajando de más¹⁶.

El art. 68.e) E.T. no se pronuncia¹⁷ acerca de cuándo deba desarrollarse el crédito de horas, ni sobre si debe desarrollarse dentro de la propia jornada establecida por la ley para el representante. Distingue este autor dos conclusiones bien diferenciadas: una, para la cual las horas de representación cuentan dentro del crédito de horas, sin perjuicio del momento en que el representante legal las use o no, ya que se asimilan a tiempo efectivo de trabajo, aunque no coincida con la jornada o turno de trabajo; y otra, que considera que las funciones de representación pueden realizarse dentro y fuera de la jornada de trabajo, es decir, en cualquier momento, pero sólo entran dentro del crédito las que coincidan con la jornada o turno de trabajo y, desde luego, las realizadas fuera de ese tiempo, no cuentan para el crédito.

El supuesto que nos ocupa parece reconducirnos a la primera de las posturas establecidas, pues en la misma sentencia, no referida a las actoras, sino a otras integrantes del Comité de Empresa, queda claramente expuesto que «las restantes integrantes del Comité, al tener categoría de cuidadoras, son sustituidas durante las horas de actividad representativa por otras trabajadoras, de manera que su volumen total de trabajo se disminuye efectiva-

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala de lo Social), de 5 de octubre de 2004.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala de lo Social), de 5 de octubre de 2004.

¹⁷ MARTÍNEZ MENDOZA, J. M. F. «Buena fe...», *op. cit. Relaciones Laborales* 1998, pág. 372.

mente en proporción a esas horas»¹⁸. Esta situación no es extensible a las actoras. Por tanto, el empresario para unas dispone reducción del trabajo encomendado en base a las horas de representación y para otras, y seguramente en atención al trabajo que desempeñan, dispone que durante el tiempo que dediquen a las tareas representativas, sus propias compañeras asuman los incidentes que sucedan, sin preverse sustitución alguna por otras trabajadoras, como ocurre en el caso de las cuidadoras.

El uso por los representantes del crédito horario correspondiente implica para el empresario la necesidad de sustituir a los trabajadores que no prestan efectivamente servicios por el desarrollo de funciones representativas. Si el empresario no efectúa esta sustitución, el trabajo no realizado por los representantes puede sobrecargar el del resto de los trabajadores; lo que puede provocar en ellos un rechazo al ejercicio de las funciones representativas¹⁹. Razón por la que se considera que la sistemática actitud del empresario de no sustituir a los representantes podría configurar un atentado al derecho de libertad sindical. Ello con la salvedad de que «ocasionalmente, la ausencia de algún representante sindical durante algunas horas o una jornada no es sustituida por razones organizativas, dada la premura del preaviso del uso del crédito horario, lo cual produce, en algún caso, un cierto incremento en los restantes integrantes del turno, pero sin que ello origine un rechazo directo a la gestión sindical, ni constituya un medio de obstaculizar por omisión la libertad sindical»²⁰.

Además, debería efectuarse un análisis caso por caso para tratar de determinar si las funciones de representación podrían haberse realizado durante el horario de trabajo o no. De esta forma si se han desempeñado funciones de representación fuera del horario de trabajo²¹, cuando en realidad

¹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala de lo Social), de 5 de octubre de 2004.

¹⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: *Los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia 1995, pág. 121.

²⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: *Los representantes de los trabajadores...*, *op. cit.* Tirant lo Blanch. Valencia 1995, pág. 122. «La necesidad de sustituir al representante que utiliza el crédito de horas justifica en alguna ocasión que el representante no acuda a completar su jornada después de realizar sus funciones representativas: «dada la actividad profesional que efectúa el actor, vigilante jurado de una empresa de seguridad, es muy posible que al tener que ausentarse parte de su jornada en razón al comentado crédito horario, difícilmente sería útil y aprovechable para su trabajo en el resto de la jornada, pues el servicio o vigilancia que tuviese que efectuar tenía necesariamente que haber sido cubierto por otro empleado». TS 21 de enero de 1991. Ar. 66.

²¹ En un primer momento la jurisprudencia sostenía que entran dentro del crédito de horas las que coincidan con la jornada de trabajo, pues precisamente por la naturaleza de permisos retribuidos que tienen esas ausencias, se tomarán en consideración tan sólo aquellas horas que coincidan con las de trabajo. STCT de 10 de enero de 1983. Posteriormente «en la

podría haberse utilizado éste, el representante estaría realizando una opción personal de sacrificar su tiempo de descanso para el desempeño de tareas de representación y, por tanto, el tiempo dedicado a las mismas no podrá ser computado como crédito horario²². Por el contrario, si por la naturaleza de las funciones a desempeñar, el representante se ve obligado a ejercerlas fuera del horario de trabajo, el tiempo dedicado a éstas si deberá ser considerado como crédito horario²³.

En definitiva, las demandantes tienen derecho a que la empresa reduzca el volumen de trabajo que les encomienda, proporcionalmente a las horas de crédito horario que cada una utilice. Las objeciones que contra esta conclusión aduce la empresa, no son para el tribunal juzgador aceptables. No es cierto que las actoras dispongan de 10 horas mensuales remuneradas y no trabajadas porque su contrato fija la jornada en 40 horas y sólo realizan 37,5. El conjunto de Coordinadoras cumple este último horario, según se declara probado, y, sea cual sea la causa por la que se rijan, es el que debe tomarse como referencia por ser el común a todo el personal. Al aminorarse la carga laboral de las actoras, se producirá, de otro lado, un excedente de tareas que otros habrán de asumir. Resulta obvio, sin embargo, que no incumbe a las trabajadoras solventar el problema. Tendrá que ser la empresa, en ejercicio de su poder de dirección, la que lo haga, adoptando las medidas organizativas que considere más adecuadas y factibles²⁴.

última época del TCT ya existían sentencias progresistas (en el sentido de considerar el crédito de horas a disfrutar incluso fuera de la jornada laboral), no lo es menos que las sentencias de los TSJ estiman que las funciones de representación se fundamentan en el interés colectivo de los trabajadores, y no en el interés personal del representante (STS de 20 de mayo de 1992 y STSJ Comunidad Valenciana de 10 de septiembre de 1996), adoptando la ya reiterada doctrina del TS (sentencias de 10 de enero, 12 de febrero, 31 de mayo, 5 y 28 de junio y 19 y 21 de septiembre de 1990), lo que da pie a considerar que los representantes tienen derecho a realizar su función sin ser sometidos a vigilancia singular, porque la función de representación puede desplegarse en bares y lugares públicos, ya que alegar estas circunstancias, no son suficientes para destruir la presunción de utilización correcta de la reserva de horas». MARTÍNEZ MENDOZA. J. M. F.: «Buena fe...», *op. cit. Relaciones Laborales* 1998, pág. 373.

²² SEMPERE NAVARRO, A. V. y PÉREZ CAMPOS, A.: *Las Garantías...*, *op. cit.* Aranzadi. Navarra 2004, pág. 158.

²³ Hay una STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de marzo de 1995 que establece que «cuando se tiene un horario de trabajo que no permite su coincidencia con las funciones propias de las actividades representativas, el tiempo invertido ha de compensarse con tiempo de descanso equivalente, pues de otro modo se daría el absurdo de que el representante consumiera su jornada de trabajo sin utilizar el crédito horario».

²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sala de lo Social), de 5 de octubre de 2004.



RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS RETRIBUCIONES EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

*Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social)
de 25 de enero y 15 de marzo de 2005*

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASECIO *

SUPUESTO DE HECHO: La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2005 resuelve el recurso de casación interpuesto por la Federación de Asociaciones Sindicales FASGA contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de noviembre de 2002, que desestima la demanda interpuesta por la misma en proceso de conflicto colectivo. En el mismo sentido se pronuncia antes la sentencia de 25 de enero de 2005, en aquel caso, ante un recurso planteado por la Federación Estatal de Comercio de Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (FECOHT-CC.OO), al que se suma FASGA (previamente codemandada por ser firmante del convenio aplicable), en este caso, ante la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2002.

En ambas sentencias, en el *petitum*, las respectivas partes actoras solicitaban que los trabajadores de la empresa demandada (Carrefour) que accedieran a una prestación de servicios a tiempo parcial por guarda legal (o, en general, todos aquellos trabajadores a los que se les haya reducido su jornada laboral «por cualquier otra circunstancia relacionada con la transformación de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial», tal como se extendía el objeto del recurso en la primera de las sentencias) percibieran el complemento de antigüedad en la misma cuantía en que lo percibían antes de que se produjera la reducción de la jornada por dicho motivo.

La parte recurrente, tal como concluye el Tribunal en la primera de las sentencias en el tiempo en su fundamento jurídico segundo, «...construye su recurso, esencialmente, sobre la naturaleza del complemento de antigüe-

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



dad, al que considera independiente del salario percibido por unidad de tiempo, y, a partir de esta premisa, considera que la norma paccionada, contenida en el artículo 23 del convenio colectivo de aplicación, no permite el fraccionamiento del importe de la antigüedad en proporción a la duración de la jornada realizada»¹.

Por su parte, el artículo 9.1 del convenio colectivo aplicable (convenio colectivo de medianas y grandes empresas de distribución —grandes almacenes—, publicado en el BOE de 10 de agosto de 2001, y con vigencia hasta 31 de diciembre de 2005) dispone, entre otras cosas, en referencia a las diferentes modalidades de contratación —sin establecer distingo alguno—, que «las condiciones pactadas en el presente Convenio Colectivo se refieren a la realización de la jornada máxima ordinaria pactada en su artículo 31, por lo que se aplicarán proporcionalmente en función de la jornada efectiva que se realice. Los trabajadores a tiempo parcial que realicen una jornada igual o superior al 80% de la máxima prevista en el Convenio, disfrutarán de iguales derechos que los empleados a tiempo completo, salvo los salariales que se abonarán a prorrata de su jornada».

La Audiencia Nacional resolvió la cuestión planteada de manera parca «al ser tan clara la cuestión que no necesita interpretación», tal como afirma literalmente en la sentencia de ocho de noviembre de 2002. Para la Audiencia Nacional «lo que la actora más bien pretende es que la Sala cambie las palabras del Convenio»; reafirmando, de esta forma, la claridad de la literalidad de la norma convencional respecto del *petitum* de los demandantes.

RESUMEN: El Tribunal Supremo confirma, en casación, las sentencias de la Audiencia Nacional en los mismos términos. Según afirma el Alto Tribunal por dos veces en las sentencias citadas, «dado que el artículo 9.1 del Convenio expresamente establece que las condiciones pactadas en el Convenio Colectivo, y por tanto las retributivas, cualquiera que fuese la modalidad contractual, se refieren a los supuestos de realización de la jornada máxima ordinaria pactada en el art. 31», dichas condiciones de trabajo se aplicarán proporcionalmente en función de la jornada efectiva que se realice. Sólo establece el Convenio una previsión específica al respecto: los

¹ Dicho artículo 23 del convenio colectivo, además de fijar su cuantía, dispone: «...El importe de cada cuatrienio comenzará a abonarse desde el día primero del mes siguiente al de su cumplimiento. Los valores de los cuatrienios previstos en la tabla anterior, permanecerán invariables en la cuantía durante la vigencia del Convenio Colectivo. El trabajador que cese definitivamente en la empresa y posteriormente ingrese de nuevo en la misma, sólo tendrá derecho a que se compute la antigüedad a partir de la fecha de este nuevo ingreso, perdiendo todos los derechos de antigüedad anteriormente obtenidos».



trabajadores a tiempo parcial que realicen una jornada igual o superior al 80 % de la máxima prevista en el Convenio disfrutarán de iguales derechos que los empleados a tiempo completo. Siendo así, según resuelve el Tribunal Supremo, «la consecuencia que se extrae es la de que a los trabajadores acogidos a la reducción legal de jornada ordinaria en la cuantía a que se refiere el conflicto colectivo, como razona acertadamente la sentencia recurrida, no tienen derecho a lo que pretenden en su demanda, esto es a percibir el complemento de antigüedad como si se realizase la jornada ordinaria».

Con ello, argumenta al mismo tiempo el Tribunal Supremo, tampoco existe trato desigual, dada la literalidad del propio Convenio, respecto a los trabajadores que tuvieran una jornada de trabajo por encima del 80 % de la jornada ordinaria para los que no se aplicaría la regla de proporcionalidad en la determinación de las condiciones de trabajo pactadas convencionalmente.

De la misma forma, en la sentencia de 15 de marzo, tampoco entiende el Alto Tribunal que la aplicación de la regla de proporcionalidad prevista con carácter general «cualquiera que sea la modalidad de contrato» en el artículo 9.1 del Convenio implique la novación del contrato de quienes accedan a una reducción de jornada por guarda legal en contrato a tiempo parcial.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL; EN PARTICULAR EN LOS SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO POR GUARDA LEGAL O CUIDADO DE FAMILIARES
2. GUARDA LEGAL Y CONTRATO A TIEMPO PARCIAL. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL ART. 12 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES A TODOS LOS SUPUESTOS DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL
3. APLICACIÓN DE LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMPROMETIDO POR GUARDA LEGAL
4. CÁLCULO Y DEVENGO DEL COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD Y TRABAJO A TIEMPO PARCIAL
5. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL; EN PARTICULAR EN LOS SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO POR GUARDA LEGAL O CUIDADO DE FAMILIARES

Las sentencias del Tribunal Supremo que comentamos no aportan en realidad muchas novedades sobre algunas de las cuestiones que más insistentemente pueden aparecer en los supuestos de trabajo a tiempo parcial, en

general, y en la modalidad de contrato a tiempo parcial, en particular. Efectivamente, los pronunciamientos del Alto Tribunal, como los antecedentes de la Audiencia Nacional en las sentencias recurridas en casación, se centran en la interpretación literal del convenio colectivo aplicable sin entrar en más consideraciones —salvo algunas referencias más bien indirectas— sobre el régimen aplicable al trabajo a tiempo parcial y a los supuestos de guarda legal.

Sin embargo, y pese a ello, estas sentencias sí pueden servirnos para dar pie a algunas reflexiones respecto del régimen jurídico aplicable a distintas formas de trabajo a tiempo parcial —entre ellas, obviamente, el de guarda legal, único supuesto, por otra parte, de reducción legal de jornada de trabajo a instancias del trabajador prevista legalmente—; y, en particular, en lo que hace a la extensión con que debe entenderse la aplicación de la regla de proporcionalidad, además de la vigencia y extensión del principio de igualdad.

Ambos aspectos se han entendido como elementos contradictorios, si se nos permite la expresión, en la regulación del régimen jurídico a aplicar al trabajo a tiempo parcial. Si se quiere, la regla de absoluta proporcionalidad ha sido corregida no sólo legalmente sino también judicialmente² (y, aún más, constitucionalmente) en el ámbito del trabajo a tiempo parcial. Tanto es así, que la lógica aplicación de esta regla de *pro rata temporis* presenta algunas exigencias legales de determinación previa que evitan su aplicación inmediata respecto de cualquiera condición de trabajo, pese a que evidentemente aún sigue informando el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial (y, por extensión, de cualquier forma de trabajo a tiempo parcial)³. Así puede comprobarse acudiendo a la previsión del artículo 12.4.d) del Estatuto de los Trabajadores⁴.

² Con ciertas «alternancias», si se nos permite la expresión. Al respecto confr. las sentencias, a que después aludiremos, del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001, en relación con el cálculo de la indemnización por despido, que admite el cómputo del salario como si la trabajadora estuviera a tiempo completo; o, la más reciente, de 2 de noviembre de 2004, que no admite el cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo como si estuviera a tiempo completo en caso de despido durante la situación de reducción de jornada por cuidado de familiares.

³ Así decíamos en nuestro trabajo sobre contrato a tiempo parcial: DEL REY GUANTER (dir.), VALVERDE ASENCIO, GALA DURÁN y LUQUE PARRA; «El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de seguridad social». *La Ley*. 2003, pág. 62.

⁴ Afirmábamos en dicho trabajo, que la regulación legal contenida en el segundo inciso del artículo 12.4.d) parecía deducir con claridad la necesidad de «exigir el pronunciamiento legal o convencional para la aplicación de tal principio de proporcionalidad», cerrando así cierta discusión sobre la aplicación automática o no del mismo. Al respecto conf. YANINI BAEZA; «Trabajo a tiempo parcial: notas sobre su régimen jurídico». *Tribuna Social* núm. 85, 1998; pág.



Pero aún más, esta determinación previa de la aplicación de la regla de proporcionalidad —que, insistimos, siempre ha de ser corregida desde la perspectiva de la garantía del principio de igualdad efectiva— presenta otra exigencia no menos importante. Nos referimos a la exigencia de precisar, efectivamente, el objeto concreto, la condición de trabajo precisa, sobre la que aplicar dicha regla de proporcionalidad. En este sentido, la condición de trabajo sobre la que gira el conflicto que se plantea en las sentencias que comentamos es un ejemplo claro. La retribución del trabajador, y, en particular, el complemento de antigüedad, requiere que se precise sobre qué ha de aplicarse dicha regla de proporcionalidad, si ésta debe aplicarse sólo sobre su cuantía o si afecta al cómputo de tiempo (años de servicio) a efectos de su reconocimiento.

Parte del recurso se sustancia en base a estos argumentos. La misma alusión de las partes al quebranto del artículo 37.2 de la Constitución y la pretensión de modificar los hechos declarados probados en relación con la previsión del convenio⁵, así como el fundamento del Tribunal cuando precisamente admite la inclusión de la aplicación de la regla de proporcionalidad en el contenido del artículo 9.1 del convenio —incluso en la alusión al artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores en la primera de las sentencias—, centran la cuestión, al menos implícitamente, en este tema. Que la regla de proporcionalidad esté prevista o no en el convenio para los supuestos de reducción de jornada es requisito ineludible para aplicar la misma.

En todo caso, con ser importante —quizá indispensable—, no es la única de las cuestiones que han de plantearse. Como decimos, la relación entre

18. Al respecto, en otro sentido, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ; *El contrato a tiempo parcial*. Aranzadi, pág. 212. Antes, como referencia obligada, MERINO SENOVILLA; *El trabajo a tiempo parcial*. Lex Nova. 1994, págs. 268 y ss.

⁵ Como afirma el antecedente de hecho primero de la sentencia de 25 de enero, el recurso se fundamenta, entre otros motivos, «al amparo del apartado d) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral por “error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”. Por el que se pretende adicionar un nuevo hecho probado, del siguiente tenor literal: “El importe del complemento personal de antigüedad se percibe de acuerdo con cantidades fijas y preestablecidas por cuatrienio, iguales para todos los trabajadores al margen y con independencia de la categoría o grupo profesional al que estén adscritos y del salario base de grupo o salario convenio que perciban, según establece el art. 23 del Convenio de Aplicación”». A esta pretensión el Tribunal Supremo contesta que «es claro que el artículo 23 del Convenio de aplicación —en la terminología del recurrente— no puede subsumirse bajo el concepto de hecho, sino de fuente de derecho, y ello al margen que efectivamente este precepto convencional diga lo que expresa el recurso, cuando transcribe literalmente el contenido de este precepto»; siendo así que, entiende aplicable al caso la previsión antes relatada del artículo 9.1 del convenio.

proporcionalidad e igualdad efectiva o material centran en gran medida parte de la discusión que siempre ha de tenerse en cuenta respecto a la determinación de las condiciones de trabajo en los supuestos de trabajo a tiempo parcial.

Pero no es éste el único elemento a tener en cuenta. La aplicación de las reglas previstas para el contrato a tiempo parcial a los supuestos de guarda legal (como para otros supuestos de trabajo a tiempo parcial) es un tema recurrente en el análisis de cualquier forma de reducción de jornada más allá de su formalización como contrato a tiempo parcial.

Como hemos referido, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo evita calificar al supuesto de reducción de jornada como una novación de un contrato a tiempo completo previo en contrato a tiempo parcial. Ello impide la calificación como contrato a tiempo parcial de este supuesto de reducción de jornada, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de proporcionalidad previstas en el convenio colectivo. Sin embargo, queda pendiente precisar, como por otra parte debe ser ineludible, cuál es el régimen jurídico aplicable; qué normas de las previstas en el artículo 12 serían aplicables a los casos de guarda legal (o a otros supuestos posibles de reducción de jornada). Es una cuestión interesante sobre la que creemos deberíamos reflexionar siquiera brevemente al hilo de una sentencia como ésta.

Finalmente, y en relación con lo anterior, hay que precisar también cuál es la extensión del principio de igualdad en estos supuestos; sobre todo desde la perspectiva antes referida de que esta garantía de igualdad o de equidad del trabajador a tiempo parcial (cualquiera que sea la modalidad de trabajo a tiempo parcial podría añadirse) modula, condiciona e, incluso, limita la aplicación estricta de la cualquier regla de proporcionalidad.

Además, en supuestos como éste, hay que tener en consideración que concurre un bien jurídico a proteger como es la conciliación de la vida familiar con la laboral que da lugar a una institución como la de la guarda legal y que ello puede (¿o debe?) aportar algunos elementos nuevos en la consideración (y extensión) de este principio de igualdad ⁶.

Es cierto que, sobre todo en el recurso que da lugar a la segunda de las sentencias del Tribunal Supremo, el planteamiento de la demandante y posterior recurrente se centra en un aspecto meramente formal del principio de igualdad (frente a los trabajadores con una dedicación de jornada de más del 80 %), pero se podría plantear en qué grado podría afectar a la consideración del citado principio de igualdad la aplicación del mismo a supuestos de reducción de jornada que tienen como consecuencia la efectividad de un bien jurídico como el indicado (así aparece aunque «escuetamente», tal como

⁶ Téngase en cuenta que la propia Ley atiende de forma particular a una institución como ésta al declarar como nulo el despido de un trabajador en estos supuestos (artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores).



lo califica el Tribunal, en el recurso planteado por la Federación de Comisiones Obreras).

En definitiva, aunque realmente el Tribunal Supremo resuelve la cuestión sobre una interpretación literal de la previsión del convenio, algunas de las cuestiones que suscita un supuesto como el planteado hace, en nuestra opinión, interesante que se haga alguna referencia a las mismas. Muchas de estas cuestiones, por no decir todas, son recurrentes en el trabajo a tiempo parcial; algunas podrían tener una especial incidencia en esta forma de reducción de jornada a instancia del trabajador como es la guarda legal; y, en todo caso, está latente la necesidad de calificar jurídicamente de manera lo más precisa posible dicho supuesto a efectos de determinar su propio régimen jurídico y la aplicación de las normas contenidas en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores para el contrato a tiempo parcial.

2. GUARDA LEGAL Y CONTRATO A TIEMPO PARCIAL. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL ART. 12 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES A TODOS LOS SUPUESTOS DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

La regulación del contrato a tiempo parcial tal como queda configurada tras la Ley 12/2001 (antes tras el RDL 5/2001; y, aún antes, tras el RDL 15/1998) implicó, entre otras novedades importantes, la creación de un régimen jurídico diferenciado entre contrato a tiempo parcial y contrato a tiempo completo⁷. Aspectos tales como la prohibición en la realización de horas extraordinarias (salvo en los supuestos de fuerza mayor del art. 35.3 del Estatuto de los Trabajadores), la posibilidad de formalizar un pacto de horas complementarias o un tratamiento específico de seguridad social, conflúan en este auténtico régimen especial del contrato a tiempo parcial respecto a la regulación común del contrato a tiempo completo.

Una de las dudas que, por lo anterior, se planteaba era la extensión de estas peculiaridades de régimen jurídico a otras formas de trabajo a tiempo parcial más allá del contrato a tiempo parcial formalizado como tal⁸.

Algunas formas de trabajo a tiempo parcial parecían requerir legalmente la formalización como contrato a tiempo parcial; así ocurre respecto a la

⁷ DEL REY GUANTER y VALVERDE ASENCIO; «La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 18, 1999; pág. 15.

⁸ Especialmente la analizábamos respecto al trabajo a tiempo parcial del jubilado parcial pese a su calificación legal como contrato a tiempo parcial; *vid.*, en este sentido; libro sobre contrato a tiempo parcial. En «El nuevo contrato a tiempo parcial...»; *cit.*, págs. 132 y ss.

jubilación parcial. Sin embargo, en otras formas de prestación de servicios a tiempo parcial como la prevista en el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores no se exige, en ningún momento, la formalización de dicha reducción de jornada a través del contrato a tiempo parcial, lo que supondría una novación contractual que en ningún momento se plantea —antes al contrario, habría que afirmar, si atendemos a la propia naturaleza de la institución—. En uno y en otro caso (no existen muchos más casos típicos legalmente de trabajo a tiempo parcial más allá del contrato a tiempo parcial del art. 12) la cuestión que inmediatamente ha de traer a colación es, en el sentido que antes decíamos, si las normas previstas para la regulación del contrato a tiempo parcial son aplicables o no y en qué medida.

La sentencia de 15 de marzo, frente a la antecedente de 25 de enero, no aclara estos términos. Ni siquiera entra a valorar la cuestión.

Sin embargo, sí podemos encontrar algunos matices interesantes en ambos pronunciamientos jurisprudenciales.

En este sentido, esta última sentencia citada (la de 25 de enero de 2005) sí alude directamente a la previsión del artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores para fundamentar su fallo, sin cuestionar en momento alguno su aplicación a los supuestos regulados en el artículo 37.5. Ello puede servir de indicio claro de cómo la aplicación, al menos, de determinadas normas reguladoras del contrato a tiempo parcial, se hace de forma «natural» a otras instituciones que suponen una prestación de servicios de jornada reducida.

Por su parte, y pese a este antecedente inmediato, la sentencia de 15 de marzo apunta, *obiter dicta*, alguna precisión que puede resultar interesante.

Es cierto que no cuestiona, al igual que hace su antecedente, la aplicación de la regla de proporcionalidad; antes al contrario, se convierte en el argumento indiscutido del pronunciamiento jurisprudencial al aceptar —como criterio interpretativo incuestionable— la aplicación de lo previsto en el art. 9.1 del Convenio colectivo, que alude a «modalidades contractuales».

Pero, en segundo lugar, y quizá a estos efectos más interesante, llega a la conclusión antes mencionada de aceptar la aplicación efectiva de la regla de proporcionalidad no tanto aludiendo al carácter disponible o no de la previsión del artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores, como hace la sentencia de 25 de enero —sin cuestionar su aplicación, tal como decíamos—, sino negando la existencia de una novación contractual —algo previsto expresamente en el convenio⁹— y, por tanto, admitiendo también en este su-

⁹ En este sentido, el apartado 3 del artículo 9 de la norma convencional dispone en su segundo inciso lo siguiente: «No se considerará novación de contrato de trabajo la reducción de jornada por los supuestos legalmente reconocidos en la Ley sobre la Conciliación de la vida laboral y familiar».



puesto, la aplicación de la norma convencional que regula, con carácter general, la aplicación de la regla de proporcionalidad.

Ello implica, en nuestra opinión, sin que quepa entender que estamos sobrevalorando una cuestión indirecta en el proceso, que el Alto Tribunal distingue perfectamente entre el supuesto de reducción de jornada a instancias del trabajador por guarda legal que conlleva una prestación de servicios a tiempo parcial y contrato a tiempo parcial. Sin perjuicio de que, obviamente, por la concurrencia de los presupuestos de la analogía, fueran aplicables determinadas normas como las atinentes a la determinación proporcional de las condiciones de trabajo.

En este sentido, la negación de la existencia de una novación contractual, obvia por otra parte, supone claramente que el Tribunal Supremo niega, en estos supuestos, la existencia de un contrato a tiempo parcial típico tal como queda configurado en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.

Lo anteriormente expuesto permite que puedan hacerse algunas consideraciones que por evidentes no dejan de ser interesantes:

En primer lugar, que, tal como hemos expuesto, no hay novación contractual en la reducción del tiempo de trabajo en los supuestos de guarda legal; por tanto, no estamos ante un supuesto de contrato a tiempo parcial ex artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.

Y, en segundo lugar, que, pese a lo anterior, ello no supone que no sea de aplicación la regla de proporcionalidad prevista en tal norma en la medida en que esté recogida en convenio colectivo, dado que la propia sentencia del Tribunal Supremo (como, más tajante, la anterior de instancia de la Audiencia Nacional) parte de la interpretación literal del convenio para afirmar, sin duda, la aplicación de tal regla de proporcionalidad.

Esto que decimos no resuelve completamente la cuestión general sobre la aplicación, y con qué extensión, de las normas previstas para el contrato a tiempo parcial a otros supuestos, como el presente, de reducción del tiempo de trabajo comprometido. Pero, sin embargo, sí es indicio claro de lo expuesto a) que no estamos ante una modalidad de contrato a tiempo parcial, dado que, como afirma el Tribunal Supremo no hay novación contractual; b) que, por tanto, no es aplicable —y esto es ya una deducción propia— completamente el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial —diferenciado, según lo dicho, del previsto para el contrato a tiempo completo común—; y, c) que, no obstante lo anterior, sí hay normas como la prevista regla de proporcionalidad, donde no se cuestiona su aplicación.

Quedaría, por tanto, plantear qué normas propias del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial serían aplicables a los supuestos de reducción de jornada (en este caso, a instancias del trabajador, como derecho del mis-

mo ¹⁰, por cuidado de familiares o guarda legal de hijo menor de seis años). En este sentido, sin ánimo exhaustivo —dado que lo contrario excedería de lo que pretende ser simplemente una reflexión al hilo de las sentencias comentadas en este trabajo—, es evidente que determinados aspectos del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial no son ontológicamente aplicables a supuestos de reducción de jornada como el que vemos.

Así, no sería aplicable, por no estar incluido dentro del supuesto de hecho del RD 1131/2002, el régimen de cómputo de cotizaciones previsto para el contrato a tiempo parcial a efectos del acceso a prestaciones de seguridad social. El que no sea aplicable dicho régimen específico significa, en nuestra opinión, una vez declarado inconstitucional el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores en su versión anterior al RDL 15/1998, que el cómputo ha de ser por el período completo en que se sucede la reducción de jornada ex artículo 37.5 (independientemente, además, de que la reducción de jornada conlleve una jornada reducida diaria —lógica, pero no necesaria, por la naturaleza o motivo de la institución— u otra forma de distribución irregular de la misma ¹¹).

Igualmente, no tendría sentido, como en el supuesto de jubilación parcial ¹², plantear la aplicación de fórmulas de ampliación de la jornada, más allá de los supuestos de horas extraordinarias por fuerza mayor en su caso. Del régimen de horas complementarias porque, obviamente, ni siquiera se dan los presupuestos previstos para la formalización del pacto de horas complementarias (no estamos formalmente ante un contrato a tiempo parcial indefinido; a lo sumo ante un contrato indefinido con una reducción de jornada), además de que, como decimos, no tiene sentido alguno plantearse un pacto de distribución irregular del tiempo de trabajo añadido en un supuesto de reducción de jornada para el cuidado de familiares. Esta consideración última podría mantenerse igual para las horas extraordinarias ordinarias, de realización voluntaria, cuya ampliación efectiva del tiempo de trabajo o cuya distribución irregular implícita del tiempo de trabajo que podría conllevar casa mal con la institución.

Finalmente, el régimen de distribución de jornada, es particular, con la conflictividad propia de ser la única institución típica legalmente en que se

¹⁰ Sobre esta consideración, legalmente asumida en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, confr., por ejemplo, a RODRÍGUEZ COPÉ; «Delimitación del poder empresarial en la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada del trabajador por guarda legal»; *Temas Laborales* núm. 64, págs. 163 y ss. y la doctrina citada por la misma (específicamente en pág. 167).

¹¹ Partiendo de las diferentes posibilidades de elección del disfrute de dicha reducción de jornada. Confr. al respecto, por ejemplo, la doctrina y jurisprudencia citada en AA.VV. (Del Rey Guanter dir.); «Estatuto de los Trabajadores». *La Ley*, 2005, págs. 588 y ss.

¹² «El nuevo contrato...»; cit., págs. 158 y ss.



reconoce la reducción de la jornada a instancias del trabajador (y, por tanto, como derecho del mismo) ¹³.

Sin embargo, respecto a la determinación de las condiciones de trabajo en sentido estricto, y particularmente el salario (cuando éste es a tiempo) sí es necesario mantener el mismo criterio que el empleado para el contrato a tiempo parcial; como repetiremos después, siquiera por la aplicación analógica de las normas contenidas en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores (toda vez que puede constatarse la ausencia de norma al respecto en el artículo 37.5).

Por tanto, parece clara la necesidad de entender aplicable al régimen de la guarda legal determinadas normas del contrato a tiempo parcial; específicamente, la regla de proporcionalidad. Ahora bien, esta regla de proporcionalidad requiere algunas precisiones. En primer lugar, también en esta institución la regla de proporcionalidad ha de ser matizada por la efectividad del principio de igualdad, tal como queda de manifiesto respecto al contrato a tiempo parcial (incluso ha de ser matizada desde la perspectiva del bien jurídico a que responde —aunque dicha pretensión haya sido rechazada por el Tribunal, en este caso, por inconsistente—). En segundo lugar, debe ser aplicable, siquiera por mera aceptación de los presupuestos de la analogía como decíamos, el artículo 12.4.d) del Estatuto de los Trabajadores con las limitaciones intrínsecas que se contienen cuando regula, precisamente, la norma de proporcionalidad aplicable al contrato a tiempo parcial; principalmente, hay que tener en cuenta la exigencia de que dicha norma de proporcionalidad esté prevista en el convenio colectivo (tal como en el caso admite el Tribunal Supremo, sin dudas, aunque haya sido precisamente una de las cuestiones que discuten las partes recurrentes en ambos recursos).

Siendo así, el siguiente paso debe ser precisar qué incidencia tiene y si la tiene, respecto a la determinación de condiciones de trabajo, la aplicación del principio de igualdad material respecto al supuesto de reducción de jornada por guarda legal.

3. APLICACIÓN DE LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMPROMETIDO POR GUARDA LEGAL

Afirmada e indiscutida por lo dicho —y, con más claridad, por lo contenido en las sentencias que comentamos— la aplicación de la regla de proporcionalidad, también es necesario, tal como decimos, ver qué matización

¹³ Al respecto *vid.*, el trabajo ya citado de RODRÍGUEZ COPÉ y su comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 1 de diciembre de 2000.

podría tener dicha aplicación en la garantía del principio de igualdad material o de equidad.

La recurrente justifica su demanda inicial, y el posterior recurso que resuelve el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de marzo, en la aplicación del principio de igualdad, pero desde una perspectiva exclusivamente formal. Según se afirma en el *petitum*, la recurrente pretende que «los trabajadores de la empresa demandada que ejerzan el derecho a la reducción de su jornada laboral por las causas establecidas en el art. 37.5 ET perciban íntegramente la cantidad que según el Convenio Colectivo y demás legislación aplicable les corresponda en concepto de complemento de antigüedad, en la misma cuantía en que lo percibieran antes de practicarse la reducción de jornada, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración». Toda vez que, según afirma el fundamento jurídico tercero de la sentencia, «la tesis de los recurrentes niega que en tal supuesto quepa aplicar al complemento de antigüedad, dicha reducción con base al art. 23 del Convenio colectivo y la naturaleza personal del complemento de antigüedad, negando sea de aplicación el artículo 9-1 y 3 del Convenio».

Sin embargo, en la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005, las partes recurrentes (en aquella ocasión la Federación Estatal de Comercio de Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras, a la que se une FASGA), además de a los anteriores argumentos, sí aluden a cuestiones de índole material.

En este sentido, se recoge dentro del fundamento jurídico segundo de la citada sentencia lo siguiente en relación con la petición de las partes:

«Argumenta, en síntesis, la parte recurrente que «el complemento de antigüedad de acuerdo con el art. 23 del convenio de aplicación, está desconectado de la categoría profesional y del salario base o convenio que se perciba por el trabajador al tratarse de cuantías fijas y predeterminadas de carácter general para todos los trabajadores»; que «se trata de un concepto salarial que no se percibe por unidad de tiempo trabajado, ni su cuantía se calcula con referencia al salario que percibe el trabajador», que el «complemento de antigüedad, se conecta a la promoción económica del trabajador y no de forma inexorable al tiempo de trabajo o a la jornada que realice el trabajador, tal como sostiene la sentencia recurrida», para concluir finalmente que «la sentencia recurrida no integra en el análisis jurídico los dos aspectos fundamentales reseñados y referidos a la regulación propia y específica del complemento de antigüedad en el artículo 23 del convenio, que desconecta este y sus importes del salario percibido por el trabajador en función de la jornada realizada, y el criterio jurisprudencial y doctrinal sobre la naturaleza jurídica de dicho complemento personal».

Pero a este argumento formal, sí se añade una alusión «escueta», tal como la califica el Tribunal, a la naturaleza de los derechos establecidos en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores y al principio de igualdad.



Como afirma la sentencia citada en el mismo fundamento jurídico al aludir al contenido del recurso, la recurrente afirma que:

«La naturaleza jurídica de los derechos establecidos en la Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral y recogida en el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, cuya referencia a la luz de los artículos 14 y 35 de nuestra Constitución y de las Directivas Europeas no puede quedar afectado o penalizado, con la pérdida o limitación de un complemento personal, conectado a premiar la vinculación o permanencia en la empresa»

La exigencia de la aplicación del principio material de igualdad como modulación necesaria de la aplicación estricta de la regla de proporcionalidad tiene un hito esencial, sin duda, en el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, que declara la inconstitucionalidad del art. 12.4 del Estatuto de los Trabajadores en su redacción original del Real Decreto Legislativo 1/1995.

En dicho pronunciamiento, la aplicación estricta de la regla de proporcionalidad, tal como estaba prevista en materia de cómputo de cotizaciones y determinación del período de carencia a efectos del acceso a prestaciones de seguridad social en la norma cuya constitucionalidad cuestiona el juzgado de lo social núm. 1 de Pontevedra, es declarada no conforme a la constitución por quebrantar materialmente el principio de igualdad.

En este sentido, la matización a la regla de *pro rata temporis* llega desde el cuestionamiento de su propia justificación y la desproporción que provoca su aplicación estricta y desde la afectación material al principio de igualdad por razón de género.

Como afirma el Tribunal Constitucional, «el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada y razonable, sino que esa diferenciación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existencia entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida».

Siendo así, queda por definir si los condicionantes que refiere la citada doctrina es aplicable a los supuestos de guarda legal, tanto desde la perspectiva de la justificación de la aplicación estrictamente proporcional de determinadas condiciones de trabajo (como en este caso un complemento salarial como el de antigüedad) como desde la perspectiva del bien jurídico protegido y la posible afectación material del derecho a la igualdad por razón de género.

En este sentido, tal como decíamos antes, junto a la concurrencia de un bien jurídico a proteger como es la conciliación de la vida laboral con la familiar, qué duda cabe de que se mantienen, respecto a la reducción de jornada por guarda legal, los mismos o similares presupuestos que los tenidos en consideración por la sentencia del Tribunal Constitucional referida.

Planteada esta cuestión en supuestos distintos como los ya citados, a efectos del cálculo de la indemnización por despido y a efectos del cálculo de las prestaciones por desempleo (y cómputo de las cotizaciones en relación con el cálculo de su base reguladora), el Tribunal Supremo, admitiendo en todo caso la peculiaridad de la institución, llega a soluciones diversas.

En el primer caso, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de diciembre de 2002 —reiterando la doctrina de una sentencia anterior¹⁴—, afirma que, toda vez que «del disfrute de tal derecho no puede seguirse para el trabajador perjuicio alguno, al estar concebido como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la ley, el cálculo de la indemnización por despido —aun cuando fuera opción de la trabajadora al ser aforada— debe hacerse sobre la base del salario global como si estuviera prestando sus servicios a tiempo completo.

Sin duda, dicho pronunciamiento del Alto Tribunal implica una corrección más que importante de la aplicación estricta de la regla de proporcionalidad en materia de cálculo de la indemnización por despido, y, por tanto, indirectamente, en materia salarial. La cuestión se plantea quizá no tanto desde la perspectiva del principio de igualdad material o de equidad como desde la propia perspectiva de la institución de la guarda legal y del bien jurídico que se intenta proteger con la misma y la efectividad que ha de garantizarse. Pero, comoquiera que sea, de una forma o de otra, se está modalizando o matizando fuertemente en nuestra opinión, la aplicación rigurosa de la regla de *pro rata temporis*.

Sin embargo, en el segundo caso, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de noviembre de 2004, no se aparta del criterio de proporcionalidad para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo. Aceptando la peculiaridad de la situación remite al legislador para que complete lo que, en todo caso, parece reconocer como un defecto de la propia regulación legal de la institución; no asumiendo, como se ha hecho en otras ocasiones, la corrección de la aplicación estricta de la norma¹⁵.

Esta tensión entre la aplicación o no estricta de la regla de proporcionalidad que puede mantenerse respecto a determinadas condiciones de trabajo o respecto a las condiciones de acceso (cuantía) a las prestaciones de seguridad social no se ve realmente en el supuesto de las sentencias que comentamos.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1990.

¹⁵ *Vid.*, la crítica que hace a este pronunciamiento GALA DURÁN; «Cálculo de la prestación por desempleo y reducción de jornada por cuidado de familiares: paso hacia atrás en el fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar. Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2004». *Iuslabor* núm. 2. <http://www.upf.edu/iuslabor/022005/art14.htm>.



La naturaleza salarial del complemento cuya cuantía se discute, pese a las peculiaridades planteadas por las partes, no deja ámbito a la discusión por parte del Tribunal.

Además, el propio planteamiento de las partes, que no cuestiona, salvo en una escueta referencia, el tema desde la perspectiva de la naturaleza de la institución, impide al Tribunal —y así parece reconocerlo implícitamente en la primera de las sentencias— pronunciarse desde la perspectiva del derecho a la igualdad.

Como decimos, ni las partes, salvo lo dicho sucintamente, plantean la cuestión desde una perspectiva material —sino que lo hacen desde un punto de vista exclusivamente formal sobre la exclusión o no de la aplicación de la norma convencional que tanto la sentencia de instancia como la de casación no dudan en aplicar—, ni se pone en juego, en principio y a salvo de las consideraciones que haremos respecto al devengo del complemento de antigüedad, la efectividad de la institución ni la garantía del bien jurídico a proteger por la misma.

Efectivamente, si en algún ámbito adquiere carta de naturaleza la aplicación de la regla de proporcionalidad éste es el salarial; la forma del cálculo del complemento de antigüedad no debe ser una excepción.

En este sentido, la aplicación del artículo 12.4.d) no tiene dudas al respecto. Si, como hemos tenido ocasión de plantear¹⁶, los presupuestos de dicha norma son la naturaleza de la condición de trabajo a tener en consideración y la previsión expresa del convenio colectivo, parece evidente que se dan en el caso objeto del litigio.

En primer lugar, porque, tal como decimos, en el ámbito salarial es donde se da necesariamente de forma natural, por la propia sinalagmaticidad del contrato de trabajo, la relación proporcional entre tiempo de trabajo y salario —cuando, efectivamente, sea la forma de cálculo de éste a tiempo—. Ello no queda desvirtuado, en nuestra opinión, por los motivos en que encuentra su causa el complemento de antigüedad aunque las partes aleguen los mismos para sostener el derecho de los trabajadores a mantener el pago íntegro de dicho complemento.

Y, en segundo lugar, porque en el caso objeto del litigio el convenio colectivo tiene una previsión general al respecto. Bien es cierto que esta norma convencional viene referida a cualquier «modalidad de contratación» y que, por tanto, podría cuestionarse este aspecto para los casos de guarda legal, donde, en puridad, no estamos ante una «modalidad de contratación», sino ante un mero supuesto de reducción legal de la jornada de trabajo pac-

¹⁶ *Vid.*, nota infra.



tada a instancias del trabajador en que concurran las circunstancias justificativas de la misma. Sin embargo, la propia sentencia del Tribunal Supremo, como hemos dicho antes, evita esta consideración sobre la base, precisamente, de negar la existencia de una novación contractual; admitiendo, por tanto, la aplicación de la referida norma convencional —artículo 9.1 del convenio colectivo—, que regula la aplicación general de proporcionalidad.

Todo ello conlleva a aceptar sin más la aplicación natural de la regla de proporcionalidad a este supuesto, y, por tanto, a la determinación o fijación del complemento de antigüedad. Por ello la sentencia de instancia resuelve la cuestión de forma tajante. No hay un cuestionamiento de la misma sobre la base del referido principio de igualdad o de equidad, una vez rechazado el planteado por la parte recurrente que se fundamentaba, tal como hemos reiterado, en aspectos meramente formales.

Sin embargo, queda una cuestión a plantear en las que no entra la sentencia. Nos referimos a la distinción que habría que hacer entre el cálculo del complemento de antigüedad a pagar a la trabajadora afectada y el devengo de dicho complemento de futuro (o, para ser más correctos, el devengo de los méritos que dan lugar al mismo). Un antecedente jurisprudencial como el citado en relación con el cálculo de la indemnización por despido en los supuestos de reducción de la jornada por guarda legal, se presenta sin duda como interesante al respecto dado que, efectivamente, difícilmente puede entenderse aplicable dicha regla de proporcionalidad para el cálculo futuro, para el devengo futuro de dicho complemento de antigüedad.

4. CÁLCULO Y DEVENGO DEL COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD Y TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Como decíamos, es necesario distinguir entre cálculo del complemento de antigüedad en los supuestos de trabajo a tiempo parcial y cómputo de años a efectos de devengar el derecho al mismo.

En esta cuestión no entran las sentencias que comentamos, ni siquiera los recursos que dan lugar a las mismas. A lo sumo podría entenderse que la referencia al modo de cálculo que alega la recurrente en la sentencia de 25 de enero —y que da pie a la petición de modificación de los hechos declarados probados— cuando alude al artículo 23 del convenio implica, necesariamente, una referencia al devengo (en la medida en que éste ha de estar íntimamente conectado con el modo de cálculo del complemento).

Sin embargo, sí es necesario en nuestra opinión dejar claro que una cosa es la forma de cálculo de la cuantía concreta del complemento de antigüedad durante el período en que la jornada de trabajo es reducida, admitiendo en el sentido antes expuesto la aplicación de la regla de pro-



porcionalidad¹⁷; y otra debe ser la forma en que computa tal antigüedad a efectos del devengo futuro de dicho complemento (y a otros efectos como podrían ser los referidos al cálculo de la indemnización por despido).

En este segundo aspecto, sí debe corregirse la aplicación estricta de la regla de proporcionalidad por los motivos expuestos. El bien jurídico a proteger, la necesidad de fomentar realmente la conciliación de la vida laboral y familiar y la propia dinámica del trabajo a tiempo parcial, que no permite, en nuestra opinión acudir a este criterio (como se mantenía por otra parte a efecto de cómputo de cotizaciones en la norma declara inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004), además, de antecedentes como el citado cuando aludíamos a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2002, exige que el cómputo del tiempo de servicios para devengar el complemento de antigüedad se mantenga como si el trabajador prestara sus servicios a tiempo completo.

En definitiva, en este caso, la aceptación de la regla de proporcionalidad en el cálculo de la cuantía del complemento de antigüedad no puede extenderse al cómputo del tiempo de servicios para devengar el mismo; lo contrario sería, en nuestra opinión, desnaturalizar completamente la propia institución.

¹⁷ A este respecto afirma el Tribunal Supremo que «no debe olvidarse que la estructura salarial pertenece al ámbito de la economía colectiva, y que si bien el artículo 26 ET reconduce las retribuciones del trabajador al salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo, y a los complementos salariales relativos a las condiciones personales del trabajador al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, cabe la existencia de otros complementos diferentes pero susceptibles de ser subsumidos en la estructura salarial descrita. Así una vieja jurisprudencia de la Sala (STS 26 de junio de 1995), afirmaba —a efectos de la absorción y compensación— que si bien el complemento de antigüedad reviste carácter personal, conforme el derogado artículo 5.a) del Decreto 2380/73, sin embargo, se singulariza en su configuración jurídico retributiva, por cuanto aparece ligado más rigurosamente, a ciertos efectos, al salario base, y no se haya condicionado a las características del trabajo realizado o al volumen y calidad de este último. Es cierto que, hoy día, modificado por la repetida Ley 11/1994, de 19 de mayo, el propio concepto de promoción económica, el complemento salarial tendrá la configuración que le otorgue la autonomía colectiva, pero, a falta de otra cualificación, siempre pudiera ser catalogado como complemento de carácter personal, que se integraría como complemento, en el salario, que a tenor del referido artículo 9 del Convenio debe ser satisfecho en proporción a la jornada realizada». Y concluye: «En definitiva no existe violación del bloque normativo que la parte recurrente alega en el motivo segundo del recurso. La regulación del complemento de antigüedad se aborda en la estructura salarial del convenio litigioso y esta regulación no permite, como pretende el recurrente, que la cuantía reconocida como promoción económica se satisfaga en forma única e invariable, abstracción hecha de la duración de la jornada legal, cuando la norma paccionada incluye el repetido complemento en su estructura salarial y determina su cuantía, aplicando el principio de proporcionalidad».



5. CONCLUSIÓN

Como habíamos anunciado, las sentencias que comentamos no aportan en realidad una novedad importante en relación con el régimen jurídico de los supuestos de trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, al hilo de las mismas sí pueden hacerse determinadas reflexiones necesarias al respecto.

Una de ellas es, sin duda, la determinación del régimen jurídico aplicable a los supuestos de reducción de jornada a instancias del trabajador por guarda legal o por cuidado de familiares. El actual régimen jurídico del contrato a tiempo parcial, diferenciado del régimen común del contrato a tiempo completo, hace más necesaria esta reflexión. Y así se pone de manifiesto cómo determinados aspectos del régimen jurídico de aquél son incompatibles o no aplicables a estos casos de reducción de jornada.

Ello no impide que, efectivamente, sean aplicables, de forma natural, y con los requisitos y condicionantes jurídicos, otros aspectos como la regla de proporcionalidad.

Y así es; lo que no impide, antes al contrario, que dicha regla de proporcionalidad haya de ser matizada, como ha declarado el propio Tribunal Constitucional, por el principio de igualdad efectiva. En qué grado ello puede plantearse en relación con la determinación de condiciones de trabajo (salariales en este caso) es la cuestión que debe plantearse en cada caso concreto.



PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS Y PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y MATERNIDAD (O de cómo hacer más difícil aún si cabe la conciliación de la vida laboral y familiar)

*Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005 **

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS **

SUPUESTO DE HECHO: *STS de 14 de marzo de 2005:* se trata de un trabajadora que tras dar a luz a dos hijos, y antes de agotar el período de descanso por maternidad, solicitó a la empresa una reducción en su jornada al amparo del art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores. Dicha reducción fue concedida quedando su jornada en el 66'66% de la jornada correspondiente a tiempo completo. El día 7 de enero de 2003 fue despedida, por lo que se solicitó por la trabajadora al INEM la correspondiente prestación por desempleo. La entidad gestora concedió la prestación de conformidad a las bases de cotización correspondientes por el salario recibido por la trabajadora de conformidad a la jornada reducida que realizaba.

STS de 2 de noviembre de 2004: se trata de una funcionaria del Régimen General que solicitó al Ayuntamiento donde trabajaba una reducción de jornada de un tercio al amparo del art. 37.5 del ET. Durante dicha situación dio a luz otro hijo, por lo que solicitó la correspondiente prestación por maternidad. El INSS halló la cuantía de la prestación por maternidad promediando las cotizaciones del año inmediatamente anterior a la solicitud de la prestación por maternidad en el entendimiento de que se trataba de una trabajo a tiempo parcial.

* Dictada en Recurso 2457/2004, ponente D. Víctor Eladio Fuentes López. En idéntico sentido, la Sentencia de 2 de noviembre de 2004, Rec. 5876/2003, ponente D. Aurelio Desdentado Bonete.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

RESUMEN: *STS de 14 de marzo de 2005:* se discute si la base reguladora adoptada para la determinación de la prestación por desempleo por el Servicio Público de Empleo Estatal-INEM, correspondiente a la media de las cotizaciones realmente efectuadas en los seis meses anteriores es o no la correcta. Y ello porque la trabajadora solicitaba que la base reguladora se determinara sobre las bases de cotización correspondientes a la jornada completa ya que la no realización de la misma tenía su razón de ser en una causa legal como era la guarda legal de un menor. En esta sentencia el Tribunal Supremo, siguiendo su propia doctrina establecida en SSTs de 2 de noviembre 2004, estima que la entidad gestora ha calculado correctamente la prestación por desempleo.

STS de 2 de noviembre de 2004: se discute si la base reguladora adoptada para la determinación de la prestación por desempleo por el INSS, correspondiente a la media de las cotizaciones realmente efectuadas en el año inmediatamente anterior al momento de la solicitud de la prestación por maternidad es o no la correcta. Y ello porque la trabajadora solicitaba que la base reguladora se determinara sobre las bases de cotización correspondientes a la jornada completa ya que la no realización de la misma tenía su razón de ser en una causa legal como era la guarda legal de un menor. En esta sentencia el Tribunal Supremo, siguiendo su propia doctrina establecida en sentencias dictadas el mismo día y año, 2 de noviembre 2004, y referidas a una situación de protección por desempleo respecto de una trabajadora con jornada reducida estima que la entidad gestora ha calculado correctamente la prestación por maternidad.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
 - 1.1. El cambio de doctrina del Tribunal Supremo y la nueva postura restrictiva
 - 1.2. La aplicación de esta nueva doctrina a la protección por maternidad de trabajadoras con jornada reducida
2. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES CON JORNADA REDUCIDA: ¿TRABAJADORES A TIEMPO COMPLETO O A TIEMPO PARCIAL?
3. SOBRE LA NECESIDAD DE INTERPRETAR EL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA EN EL MARCO DE LA LEY 39/1999 DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL
4. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL DESEMPLEO Y DE LA MATERNIDAD DE LOS TRABAJADORES CON REDUCCIÓN DE JORNADA, ¿UNA FORMA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA?

1. INTRODUCCIÓN

Se comentan dos sentencias que aunque referidas a distintas prestaciones contributivas de la Seguridad Social tienen una base común: se trata trabajadoras que han ejercido su derecho legal a reducir la jornada de trabajo



por la guarda de un menor y que durante la misma han solicitado prestaciones del sistema de Seguridad Social, bien por haber extinguido su contrato de trabajo y pretender una prestación contributiva por desempleo bien por haber dado a luz y ejercer su derecho a obtener una prestación por maternidad. El haberlo hecho de forma conjunta lo es porque los comentarios que pueden hacerse a las mismas pueden ser comunes en muchos aspectos.

El origen de esta controversia se encuentra, quizás, en que salvo para el supuesto de riesgo durante el embarazo, las modificaciones producidas por la Ley 39/1999 de Conciliación de la vida familiar y laboral no se han visto acompañadas por la correspondiente protección o modificación de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, «lo que contribuye a reducir el alcance de la pretendida conciliación del trabajo y la familia»¹.

1.1. El cambio de doctrina del Tribunal Supremo y la nueva postura restrictiva respecto de la protección del desempleo

Inicialmente, el Tribunal Supremo, en STS de 6 de abril de 2004, estimó que en un caso similar al que se ocupa la primera sentencia que se comenta que la trabajadora tenía derecho a percibir la prestación de desempleo, aplicando la teoría del paréntesis, hallando su cuantía con las bases de cotización de los 6 meses anteriores al momento del ejercicio del derecho a reducción de jornada y con ello evitando las bases de cotización «reducidas» durante esta situación.

Y ello en base a los siguientes argumentos:

- En aplicación analógica de la protección por desempleo en las situaciones de excedencia por cuidado de hijos, que lleva consigo la aplicación de la teoría del paréntesis.
- Por lo establecido en la Directiva 96/34/CEE, en el sentido de que «los derechos conseguidos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental».
- En base a la aplicación del principio de igualdad de trato.
- Y, por supuesto, en aplicación del art. 39 CE ya que la jornada reducida por cuidado de un menor tiende a proteger no sólo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible.

¹ Como indica RIVAS VALLEJO, P., en «La relación entre trabajo y familia: la Ley 39/1999, una reforma técnica», *Tribuna Social* núm. 108, 1999, pág. 11.

Pues bien, seis meses más tarde, aparecen varias sentencias del mismo Tribunal ², en las que se determina que el criterio de la STS de 6 de abril de 2004 ha de ser modificado ofreciendo distintas argumentaciones según hayan sido dictadas en Sala General o no.

Las argumentaciones dadas en Sección fueron las siguientes:

- En primer lugar, que no existe discriminación o trato peyorativo entre quienes pierden un empleo a tiempo completo y los que los pierden teniendo una jornada reducida por guarda legal, ya que las situaciones subjetivas que han de compararse, según el Tribunal Constitucional, han de ser homogéneas o equiparables. No puede aplicarse, en virtud del art. 39.1 CE, un diferente trato promocional o favorable, pues este es un principio rector de la política social y económica que está dirigido al legislador y que sólo puede ser alegado ante la jurisdicción de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen.
- En segundo lugar, que no cabe realizar una interpretación analógica con la situación de excedencia por cuidado de hijos.
- En tercer lugar, porque no es posible, en base a la consecución de unos objetivos de conciliación del trabajo y la vida familiar, la interpretación en el sentido de aplicar la base reguladora formada por las bases de cotización a tiempo completo, esto es, las anteriores inmediatas al momento del inicio de la reducción de jornada y ello porque «el establecimiento de este tipo de medidas corresponde al legislador y no a los órganos judiciales».
- En cuarto lugar, se indica que la Directiva 96/34/CEE no es aplicable, pues, de un lado, la misma deja «a la legislación estatal el establecimiento de medidas en materia de Seguridad Social» y, de otro lado, «no hay un derecho adquirido a cobrar la prestación de desempleo en una determinada cuantía en relación con una base histórica, ni este supuesto derecho está en curso de adquisición, porque la norma que regula esta adquisición, porque la norma que regula esta adquisición establece un criterio de cálculo en función de las retribuciones y de las bases de cotización futuras».

Las argumentaciones dadas en Sala General fueron las siguientes:

- En primer lugar, porque no es de aplicación analógica el régimen jurídico previsto para la excedencia por cuidado de hijos, que permite la aplicación de la teoría del paréntesis y ello porque no exis-

² Recs. 3108/03 (Ponente Calvo Ibarlucea) de 4-11-2004 en Sala General; 4028/03 (Ponente Botana López) de 2-11-2004 en Sala General; 5013/02 (Ponente Desdentado Bonete) de 2-11-2004; y 5502/03 (Ponente Desdentado Bonete) de 2-11-2004.

te una laguna en la regulación ni hay semejanza ni identidad de razón entre ambos supuestos. Razonamiento utilizado en las otras, como se ha visto.

- En segundo lugar, y como razonamiento «distinto», se argumenta que para que el coste de la «carga social» que supone atender a un menor recaiga en las instituciones públicas, es necesario que esté expresamente contemplada, lo que impide que por vía interpretativa se introduzca «el vehículo compensatorio del cincuenta por ciento de las cotizaciones que no se han satisfecho por no corresponder a la jornada efectivamente realizada».

Pues bien, la sentencia que se comenta de 14 de marzo de 2005, al remitirse a las sentencias, reiterando en «versión resumida» los argumentos adoptados en las sentencias de noviembre de 2004 pero, a mi juicio, con una importante particularidad ya que al tratar el tema de la discriminación en estas situaciones, aflora la cuestión desde la perspectiva de «género» y se indica que «no puede apreciarse discriminación en el tratamiento jurídico que dicho precepto da a la mujer que tiene a su cargo un menor y por virtud del cual tiene reducida su jornada, en cuanto que ese mismo tratamiento es el que se le da a hombres y mujeres que han hecho uso de la facultad que al respecto viene contemplada en el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores».

1.2. La aplicación de esta nueva doctrina a la protección por maternidad de trabajadoras con jornada reducida

Respecto de la protección por maternidad de las trabajadoras con jornada reducida por guarda legal se han planteado varias posibilidades en la determinación de la base reguladora:

- La aplicación, en base a la teoría del paréntesis adoptada por la STS de 6 de abril de 2004, de la base de cotización del mes anterior, esto es, a tiempo completo, al momento de ejercer el derecho de la reducción de jornada. Tesis mantenida por la sala del TSJ de Castilla-La Mancha.
- La adoptada por el Juez de Instancia en este asunto, que supone que la base reguladora, al tratarse de una situación a tiempo parcial, sería la del año inmediatamente anterior al inicio del descanso por maternidad. Y ello en aplicación del art. 5.2 RD 144/1999, en el que habrían de elegirse las bases de cotización del año anterior incluidas las trabajadas a tiempo completo en ese período (por no haberse ejercido aún el derecho a reducción de jornada).
- La mantenida inicialmente por el INSS que supone que ha de aplicarse la base reguladora del contrato a tiempo parcial pero redu-

ciendo la regla del cálculo del art. 5.2 del RD 144/1999 al lapso de tiempo durante el que se ha ejercido la reducción de jornada.

- Y, finalmente, otra propuesta por el INSS en el recurso de casación y contrario a la anterior, pues propone adoptar la base reguladora de un trabajador a tiempo completo por maternidad, esto es, la del mes anterior al momento de inicio del descanso por maternidad.

Pues bien, en aplicación de la doctrina recogida en las sentencias apuntadas en el epígrafe anterior, y de igual fecha, pero respecto de la protección por desempleo a esta prestación, la STS que se comenta, recuerda que en nuestro ordenamiento no existe la posibilidad de calcular la base reguladora de una prestación de un trabajador con jornada reducida con base de cotización distintas a las que realmente les corresponde. Y ello porque en nuestro ordenamiento jurídico se parte del «principio de proporcionalidad» entre la renta sustituida (el salario perdido) y la renta de sustitución (la prestación contributiva correspondiente a la Seguridad Social). Regla que se aplica a todos los supuestos de pérdida de la renta de activo, «sea esta pérdida referida a un empleo a tiempo completo o a jornada reducida» y que «responde a una lógica fundamental de la protección social que impide que la renta de sustitución sea superior a la renta sustituida».

Por ello, nuevamente, se señala que es necesario rectificar la doctrina de la STS de 6 de abril y para ello copia los mismos argumentos que más arriba se han expuesto en las sentencias de sección del TS (y que por cierto corresponden al mismo ponente).

2. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES CON JORNADA REDUCIDA: ¿TRABAJADORES A TIEMPO COMPLETO O A TIEMPO PARCIAL?

Pues bien, como se sabe, la reducción de la jornada por el ejercicio del derecho a cuidar de los menores conlleva la correspondiente reducción salarial, en proporción al tiempo real de servicios prestados. Evidentemente, esa reducción salarial conlleva el ahorro de costes en cotizaciones, ya que se disminuye la base de cotización que formará parte de la base reguladora de las prestaciones futuras³.

Así pues, aplicando rectamente la normativa⁴, el Tribunal Supremo entiende que la base reguladora de las prestaciones por desempleo de una tra-

³ La cotización en situación de reducción de jornada por guarda legal se asimila a la cotización de los trabajadores a tiempo parcial según el art. 65 del RD 2064/1995 sobre cotización y liquidación de cuotas de la Seguridad Social.

⁴ Aunque no correctamente a mi juicio.



bajadora que disfruta de una reducción de jornada por cuidado de hijos no puede ser otra que la establecida en el art. 211 LGSS y art. 4 del RD 625/85. Esto es, será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia⁵ durante los últimos seis meses (180 días) anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. Lo que supone que si las bases de cotización durante ese período son reducidas de conformidad con la nueva jornada realizada, se entiende que es la misma forma que hallarla para los trabajadores a tiempo parcial. No obstante ello, si para el supuesto de la protección por desempleo, el Tribunal Supremo no ha sido muy claro en la consideración de la reducción de jornada como trabajo a tiempo parcial, para el supuesto de la maternidad la sentencia de 2 de noviembre de 2004 sí lo ha sido, pues, ha elegido como base reguladora de la prestación por maternidad de una trabajadora con jornada reducida por guarda legal la correspondiente a los trabajadores a tiempo parcial que disfrutaban de tal prestación (la media de las bases de cotización de los últimos doce meses)⁶.

La pregunta que debíamos hacernos es si el ejercicio al derecho a la reducción de jornada por parte de los trabajadores que quieren atender a un hijo o un familiar les convierten en trabajadores a tiempo parcial o no. Esto es, si se trata de una novación del contrato de trabajo a tiempo completo a trabajo a tiempo parcial⁷ o si se trata de la pérdida de un contrato a tiempo completo que de forma temporal se prestan los servicios en una jornada inferior.

Y es que no sería lo mismo entender a estas trabajadoras a tiempo completo o a tiempo parcial. Creo que no existe una novación del contrato de trabajo a tiempo parcial⁸ y ello por tres motivos: el primero, porque se trata del ejercicio de un derecho de forma temporal, lo cual no tiene que afectar al contrato de trabajo que originariamente se suscribió entre el empresario y el trabajador ya que, independientemente de los efectos jurídicos del ejer-

⁵ Se excluirán las retribuciones por horas extraordinarias realizadas en dicho período, con independencia de que se incluyan en la base de cotización por dicha contingencia (ex art. 224 LGSS).

⁶ Arriesgada consideración ya que en este caso no encontramos con una funcionaria de carrera del cuerpo de Técnicos de Administración Local, incluida en el Régimen General, cuya consideración como funcionaria «a tiempo parcial» implicaría una modificación de la correspondiente relación de puestos de trabajo, cosa que no se ha producido y una modificación en su condición de funcionaria que implica la actuación de la Administración.

⁷ Como indica GORELLI HERNÁNDEZ, J. en *La protección por maternidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 351.

⁸ LÓPEZ GANDÍA, J.: «Desempleo y reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares» (Comentario a las STS, sala 4.ª de 2 y 23 de noviembre de 2004). *RDS* núm. 28, 2005, pág. 167.

cicio del derecho del trabajador, no es una modificación del contrato de trabajo del mismo. El segundo porque ello no casa con la posibilidad de que los trabajadores a tiempo parcial puedan ejercer este derecho⁹. Y el tercero porque el contrato de trabajo, supone el acuerdo de la voluntad de las dos partes que lo suscriben y el ejercicio del derecho a reducir la jornada no es consecuencia de un acuerdo de ambas partes sino de sólo una, la del trabajador o trabajadora que encontrándose en la situación prevista por la norma decide ejercer un derecho que el empresario ha de respetar¹⁰. Más aún, cuando en el art. 12.1 del ET cuando se regula el contrato a tiempo parcial se entiende el mismo celebrado cuando «se haya acordado» la prestación de servicios de un número de horas inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable. Acuerdo, supone llegar a un punto de encuentro entre las posturas de ambas partes, cosa que no ocurre en este caso pues sigue tratándose del ejercicio de un derecho del trabajador para conciliar su vida laboral y familiar¹¹. Además, cuando el apartado 4 del art. 12 en su letra e) habla de la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial no parece referirse a esta situación ya que aunque habla de la voluntariedad por parte del trabajador (cosa que coincide con el ejercicio del derecho a reducción de jornada) establece «que no se podrá imponer de forma unilateral». Y no puede ello aplicarse a la situación de reducción de jornada por cuidado de hijos porque en estos casos el ejercicio del derecho supone «una imposición» al empresario que tendrá que acatarla y si la imposición «unilateral» se refiere al empresario no casa con la figura porque la reducción de jornada por cuidado de hijos se trata de un derecho que no le pertenece al empresario y por tanto no puede imponerlo al trabajador que es el que tiene que decidir si lo ejercita o no.

O en palabras de la STS de 6 de abril de 2004, «En el presente caso, la madre a la finalización del permiso parental tenía concertado con la empre-

⁹ Como señala ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., se justifica la posibilidad de que los trabajadores a tiempo parcial también disfruten de este derecho ya que el art. 37.6 ET alude a que el ejercicio de este derecho a la reducción de la jornada por cuidados familiares «corresponderá al trabajador dentro de su jornada ordinaria»; ello supondría que los límites legales a dicha reducción también va referida a la jornada de trabajo acordada y no a la jornada completa, en *Familia y trabajo*, *op. cit.*, pág. 81.

¹⁰ La única posibilidad de que el empresario se oponga o limite este derecho será cuando se trate de varios beneficiarios en la misma empresa y con respecto al mismo sujeto causante, y siempre que resulte necesario por razones justificativas de funcionamiento de la empresa.

¹¹ De considerarlo así, también tendría que entenderse como tal situación la reducción de jornada de una hora tanto por lactancia como por cuidados de neonatos hospitalizados ya que el resultado final sería una jornada inferior a la un trabajador a tiempo completo comparable.



sa un contrato de trabajo a jornada completa. Esta relación contractual ni se novó, ni sufrió modificación respecto a su naturaleza, ni se convirtió por voluntad de las partes en contrato parcial. El contrato continuó siendo a jornada completa, y lo único que se alteró, hasta el plazo máximo legal fue la duración de la jornada y consecuentemente el salario y cotización. Pero esta alteración que produce sus efectos en relación con el empresario, no cabe predicarla respecto a la base reguladora de la prestación por desempleo de la Seguridad Social, pues en tal contingencia ha de partirse de la existencia de jornada completa, que tendría la madre al finalizar el período temporal durante el que se le concedió la reducción de jornada, no en su propio beneficio sino ‘por razones de guarda legal’».

Si ello es así, no casa que a un trabajador a tiempo completo se le aplique una base reguladora que se compone de bases de cotización reducidas como si se tratara de un trabajador a tiempo parcial, por lo que sería necesaria la aplicación de la conocida teoría del paréntesis (de creación del propio Tribunal Supremo) y ello porque, de conformidad con el principio contributivo, las prestaciones tienen como objeto proporcionar rentas de sustitución, esto es, prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir. Y las rentas salariales de estas trabajadoras son rentas a tiempo completo ya que han ejercitado un derecho que tiene su fundamento en otro de carácter constitucional como es el de protección a la familia.

En definitiva, no puede estarse de acuerdo con esta postura del Tribunal Supremo. Entender el que la reducción de jornada equivale a novación de contrato a tiempo parcial es simplemente «diluir» un derecho reconocido. Me explico, se trataría de la misma manera a un trabajador a tiempo completo que ejerce un derecho de reducir su jornada que a una persona que teniendo responsabilidades por cuidado de hijos decide acceder al mercado de trabajo mediante un contrato a tiempo parcial. El objeto de la reducción de la jornada es conciliar la vida laboral y familiar. Para equiparar dicha situación a una contratación a tiempo parcial no habría hecho falta ningún despliegue normativo porque con la negociación entre las partes se podría haber llegado al mismo fin, bien mediante la novación del contrato a tiempo parcial bien mediante la utilización de la figura de la excedencia.

3. SOBRE LA NECESIDAD DE INTERPRETAR EL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA EN EL MARCO DE LA LEY 39/1999 DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

En la interpretación que el Tribunal Supremo hace de la legislación de protección social, se puede llegar a la conclusión de que el cuidado de los hijos no es una actividad socialmente valorada ni querida por el legislador, a pesar de que éste ha pregonado formalmente la necesidad de conciliar la

vida familiar y la laboral. Y ello, porque en dicha interpretación, las rentas sustitutorias de las prestaciones por maternidad o desempleo no cubren el valor social del cuidado de los hijos, objeto de la reducción de jornada que previamente al inicio de tales prestaciones han ejercido como derecho recogido en la legislación laboral con la intención, precisamente, de conciliar la vida laboral y familiar.

Desde la redacción inicial de 1980 del ET se ha contemplado en nuestro ordenamiento jurídico laboral el derecho a una reducción de jornada por razones de guarda legal de un menor o minusválido. Para conseguir cierta armonización entre el trabajo y la familia se han adoptado una serie de medidas en distintas disposiciones legales que configuran la política de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras. En ese «limitado alcance» que supuso la Ley 39/1999 de Conciliación de la vida familiar y laboral (en adelante, LCVFL), ya que aún queda mucho por hacer, se adoptaron una serie de medidas que cubren numerosos flancos¹² entre los que se encuentra la reducción de jornada por cuidado de hijos. Pues bien, la última redacción dada por la LCVFL amplía este derecho para los casos de cuidados directos de familiares, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que sean dependientes, esto es, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos (y siempre que no desempeñen actividad retribuida).

Lo cierto y verdad es que la figura que centra la resolución del Tribunal Supremo objeto de este comentario ha pasado de ser una «simple» causa de reducción de la jornada de trabajo a incardinarse en un conjunto sistemático de medidas englobadas en la LCVFL, norma cuya razón de ser, además de políticas comunitarias, se encuentra en el objetivo de protección a la familia que da cumplimiento, en cierto modo y en el ámbito sociolaboral, al art. 39 de la Constitución.

Así, pues, parece necesario tener en cuenta en la interpretación de la reducción de jornada los objetivos marcados por la LCVFL. Tales objetivos serían: trasponer en nuestro ordenamiento algunos preceptos de Directivas comunitarias que aún no se habían adoptado; conciliar las responsabilidades familiares y laborales; eliminar obstáculos que impidan a la mujer acceder al empleo; y, finalmente, facilitar que las obligaciones familiares también sean compartidas por el hombre¹³.

¹² De carácter «totalizador» la califica GARCÍA MURCIA, J. en «La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Justicia Social* núm. 1, 2000, pág. 14.

¹³ En este sentido, ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., en *Familia y trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos laborales*, Comares, Granada, 2002, págs. 9 a 11.



Es cierto que se trata de una figura, como otras tantas, que ya se conocía en nuestro ordenamiento jurídico antes de la citada Ley, porque la verdad es que se trata de una reforma, la producida por la LCVFL, poco innovadora que pretende perfeccionar unos mecanismos de protección ya establecidos con anterioridad¹⁴. Independientemente de que la modificación operada por esta norma pueda conseguir la conciliación de las responsabilidades, el observar esta cuestión desde un prisma global, cuyo eje vertebrador es la familia y su protección, da como resultado el tener que interpretar la normativa de acorde a lo más adecuado para conseguir la protección de los intereses familiares del trabajador.

En concreto, se ha indicado que la reducción de jornada por cuidado de hijos es una forma más de proteger la «maternidad», dentro de las tres medidas generales previstas para ello: las que protegen la salud de la madre, de feto y del hijo/a, durante el embarazo, parto y lactancia; las que garantizan el principio de igualdad impidiendo que la maternidad tenga efectos discriminatorios para la mujer trabajadora; por último, las que fomentan la corresponsabilidad de ambos sexos en esa realidad, procurando que la maternidad/paternidad sea asumida y compartida por ambos progenitores¹⁵.

Evidentemente, el interés familiar protegido es facilitar el cuidado y atención de hijos en sus primeros años de vida, por ello se permite por la legislación laboral dos tipos de medidas concretas, de un lado, la suspensión del contrato de trabajo a través de una solicitud de excedencia por cuidado de hijos y, de otro lado, la que aquí nos afecta, la reducción de jornada, a modo de derecho individual de los trabajadores, ya sean hombres o mujeres¹⁶. Respecto de esta última, será quien tenga el derecho a esta reducción de jornada, de entre un tercio y un medio de la suya habitual, el que tenga que concretar el período de disfrute y la determinación del horario y, si hubiere discrepancias con el empresario, se resolverán ante el Juez de lo social.

Finalmente, ha de recordarse que el Informe V de la OIT (1997) sobre la protección de la maternidad en el trabajo ha señalado igualmente la necesidad de que haya infraestructuras sociales que puedan encargarse del cui-

¹⁴ Así, lo indica VIDA SORIA, J., en «Reflexiones generales y finales sobre la Ley 39/1999, para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en AAVV: *Conciliación de la vida familiar y laboral*, Principado de Asturias, Oviedo, 2001, pág. 116.

¹⁵ MORENO GENÉ, J.; ROMERO BURILLO, A.; y PARDELL VEÁ, A, en «La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales», AS núm. 15, 1997, págs. 20-21.

¹⁶ Lo que se ha entendido como una «suspensión parcial» del contrato de trabajo, así lo indica GARCÍA ARCE, M.C.: «Reducciones de jornada y permisos de de trabajo por razones familiares», en AAVV, *Mujer y trabajo*, Bomarzo, 2003, pág. 108.

dado del hijo mientras los padres trabajan. Lo que demuestra el valor social de esta reducción de jornada.

4. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL DESEMPLEO Y DE LA MATERNIDAD DE LOS TRABAJADORES CON REDUCCIÓN DE JORNADA, ¿UNA FORMA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA?

Tradicionalmente, la mujer ha asumido un papel que la vinculaba a las responsabilidades familiares, pero su acceso al mercado de trabajo ha llevado consigo una «redistribución», aún bastante limitada, de papeles y tareas en el seno de la relación familiar.

En el fondo de la regulación realizada por la LCVFL se encuentra el fomento de la igualdad de oportunidades de la mujer en su inserción en el mercado de trabajo y en la consecución del objetivo de protección a la familia que pretende, a modo de principio rector, el art. 39 de la Constitución.

La sentencia que se comenta de 14 de marzo de 2005, al tratar el tema de la discriminación en estas situaciones, hace aflorar la cuestión desde la perspectiva de «género» e indica que «no puede apreciarse discriminación en el tratamiento jurídico que dicho precepto da a la mujer que tiene a su cargo un menor y por virtud del cual tiene reducida su jornada, en cuanto que ese mismo tratamiento es el que se le da a hombres y mujeres que han hecho uso de la facultad que al respecto viene contemplada en el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores». Ciertamente es que la LCVFL ha establecido una serie de medidas para conceder los permisos, licencias, reducciones y suspensiones de la relación laboral por motivos que implican o pueden implicar «conciliación de la vida laboral y familiar» en pie de igualdad para hombres y mujeres (salvo la protección por maternidad que es un derecho de la mujer trabajadora que puede «ceder» parte de su disfrute al marido)¹⁷. Pero mucho me temo que sólo se ha dado un pequeño avance formal en el deber establecido por el art. 9.2 de la CE en el que se atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para la consecución de la

¹⁷ En la Exposición de Motivos de la LCVFL se reconoce que es «necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada» y que es necesario, para hacer real y efectivo el principio de igualdad de oportunidades para ambos sexos, fomentar la utilización de medidas normativas que faciliten al trabajador varón la adecuada asunción de sus cargas familiares.

igualdad real. O dicho de otro modo, «apenas es posible deducir intentos bastante rudimentarios para la consecución de la mera igualdad formal entre sexos» y es que el presupuesto fundamental para la conciliación no puede realizarse al margen del reparto de las tareas tradicionalmente femeninas entre hombres y mujeres¹⁸.

Y es que, lo que se ve en la sociedad española no es otra cosa que una atribución casi absoluta de las responsabilidades familiares en el cuidado y atención de hijos¹⁹. De hecho, y a pesar de que el Tribunal Supremo haya dicho que es el mismo tratamiento el que se le da a los hombres y las mujeres lo que no deja de ser formalmente cierto, la reducción de jornada por cuidado de hijos es un derecho de ejercicio mayoritariamente femenino. No es casualidad que todas las sentencias denegatorias de una base reguladora a tiempo completo durante el período de reducción de jornada tengan como solicitantes de ese derecho a mujeres. Puede ser que haya alguna referida a un hombre, pero, sinceramente, no la hemos encontrado²⁰.

A nivel mundial, desde 1979, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de UN (art. 5.a) se estableció que los Estados habrían de tomar todas las medidas apropiadas para «modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres». Por ello, como indica ARGÜELLES BLANCO, la protección laboral de la familia no puede establecerse de cualquier modo. Debe cuidarse que no se articule, como sucedió en el pasado, a través de instituciones que acaben suponiendo un hecho de discriminación

¹⁸ Así lo indica BALLESTER PASTOR, M.A. en *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 9 y 10.

¹⁹ Como indica NAVADO FERNÁNDEZ, M.J., en «El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y Seguridad Social)», t. I y II, *REDT* núm. 105 y 106,

«Con todo, siendo cierto que la discriminación viene a darse de común en el mundo del trabajo, no ha de olvidarse que su origen se encuentra extramuros del mismo: ¿acaso ha desaparecido el reparto tradicional de papeles sociales con titularidad femenina —en exclusiva podría decirse— de las tareas domésticas y de responsabilidad familiar? Parece claro que mientras no cambien las condiciones materiales a las que se ve sometida la mujer del siglo veintiuno, no pasan algunas de las medidas que se consagren de ser meramente simbólicas».

²⁰ La edad del hijo desempeña un papel importante en las tasas de actividad de las madres, de modo que, en términos generales, cuanto mayor es el hijo mayor es la presencia de las madres en el mercado de trabajo y viceversa (véase GOULET, H., en «El cuidado de los niños en los países de la OCDE», en *Perspectivas del Empleo*, Informes OCDE núm. 50, MTAS, Madrid, 1995).

de la mujer. Ello requiere, además de la intervención jurídica en el sentido estricto, una intervención política que procure un cambio en la mentalidad de la sociedad española. Por otro lado, sería necesario soslayar, y aquí es mucho el camino por andar, el peligro que el propio derecho del trabajo introduzca reglas que provoquen o incidan en la disgregación de la familia. Es preciso, pues, que se tenga presente el interés de la familia en la regulación de cualquier obligación o derecho laboral que pueda tener una trascendencia de ésta naturaleza, sin que quepa olvidar el compromiso que los poderes públicos han contraído en su elección ²¹.

Por ello, los poderes públicos, incluyendo no sólo al legislador sino también a los jueces y tribunales y a la Administración, deberán procurar siempre que la protección de los intereses familiares no encubran formas inconscientes de discriminación, directa o indirecta, contra el trabajo femenino. Conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE, «el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente ²², en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar» ²³.

Pero en estos asuntos puede verse, a mi entender, una forma de discriminación indirecta como consecuencia del papel que tradicionalmente se ha atribuido a la mujer en el cuidado de los hijos, porque es ella la que se aparta «parcialmente» del trabajo para asumir las responsabilidades familiares en la atención y guarda de los hijos. Nuestro Tribunal Constitucional en no pocas ocasiones ha considerado contraria al art. 14 de la CE la discrimina-

²¹ *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág. 15.

²² El concepto de la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (entre otras muchas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötél; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).

²³ Por «discriminación directa» se entiende «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo», en tanto que es «discriminación indirecta», «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» (art. 2.2). La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2.c) y 17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

ción indirecta²⁴. Así pues, podemos decir que existe la prohibición de discriminación indirecta entendiéndola como tal cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo.

Cierto y verdad es que el art. 37.5 del ET, es un precepto «neutro», afecta por igual a los trabajadores, sean hombres o mujeres, ya que no establece diferencia alguna por razón del sexo. Pero en los supuestos en los que puede observarse una «discriminación indirecta» no es necesario aportar un «tertium comparationis» ya que lo que se comparan no son los individuos sino los grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales, esto es, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE, en este caso las mujeres.

Para observar un supuesto de discriminación indirecta han de darse dos presupuestos: en primer lugar, que exista una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (por ejemplo, las que ejercen el derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos) y, en segundo lugar, que los poderes públicos no justifiquen que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo²⁵.

Pues bien, si estadísticamente se demostrara, lo que es más que seguro, que el ejercicio del derecho a la reducción jornada por cuidado de hijos es «una cosa de mujeres», o dicho de otro modo, que afecta de forma predominante al sexo femenino, habrá que examinarse con mayor cautela el impacto de la regla de cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de la Seguridad Social tras haber disfrutado, o encontrándose en el disfrute, del derecho reconocido en el art. 37.5 del ET. Pues si, se acredita numéricamente la realidad sociológica indicada, «esto es, que la medida afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres (disparate effect), para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el art.

²⁴ Como aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (*vid.*, SSTC 145/1991, 286/1994, 147/1995, 198/1996, 41/1999, 240/1999 y 253/2004).

²⁵ En definitiva, en estos supuestos, «para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho» (STC 253/2004).



14 CE, habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio» (STC 253/2004).

Y algo muy importante, la justificación en el sentido de aplicar el criterio de proporcionalidad entre cotización y prestaciones no valdría, a mi juicio, como forma de evitar la discriminación indirecta en esta interpretación, y ello porque la reducción de jornada, y correspondiente salario, se da para llevar a cabo «una función social sustitutiva de servicios o funciones públicas»²⁶, en aras al cumplimiento de un precepto constitucional como es la protección de la familia y el cuidado de los hijos (art. 39 CE), precepto, que aunque no sea directamente aplicable como recalca el Tribunal Supremo en estas sentencias, sí pueden y deben utilizarse en su caso, como criterio interpretativo a la hora de aplicar las normas (cosa que incomprensiblemente olvida). Además de que, en cumplimiento de la Directiva 96/34 CE, habrá de tenerse en cuenta «la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de la Seguridad Social para los diferentes riesgos, lo que afecta tanto al mantenimiento de las prestaciones como a la «incolumidad prestacional» como consecuencia del disfrute del permiso parental, que no puede justificar una minoración de la acción protectora²⁷.

²⁶ Como indica LÓPEZ GANDÍA, J., *op. cit.*, pág. 160.

²⁷ Nuevamente, LÓPEZ GANDÍA, J., *op. cit.*, pág. 166.



DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

EL EQUILIBRIO ENTRE EL RESPETO A LA FORMA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN RELACIÓN AL LUGAR DE PRESENTACIÓN DE LOS ESCRITOS EN EL PROCESO LABORAL

Auto del Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén, de 23 de marzo de 2005

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ *

SUPUESTO DE HECHO: Formulada demanda por vulneración del derecho a la integridad moral de la trabajadora R.M.^ªI.A, recae sentencia desestimatoria de las pretensiones de la actora, frente a la que se produce el pertinente anuncio del recurso de suplicación. El anuncio se formaliza mediante escrito presentado el cuarto día del plazo ante el Servicio Común de Notificaciones de la ciudad de Jaén (14 de marzo), constando en el escrito sello de presentación ante el servicio común con dicha fecha. El Juzgado de lo Social de Jaén registra de entrada en la Secretaría del Juzgado el escrito de anuncio tres días mas tarde, concretamente el día 17 de marzo de 2005. En consecuencia y atendiendo solo a la fecha de recepción en el Juzgado de lo Social, dicta auto de fecha 23 de marzo de 2005, en el que como único hecho figura *«en fecha 04.03.05 se dictó sentencia en los presentes autos, habiéndose notificado a la parte demandante con fecha 8.03.05, quien anunció su propósito de recurrir la misma en suplicación por entenderla lesiva a sus intereses por escrito de fecha 17.03.05»*.

Contra dicho auto se formuló recurso de reposición previo al de queja, lo que originó que se dictara por el Juzgado, nueva resolución resolviendo

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado en ejercicio. Universidad de Jaén.

el recurso de reposición en el que se confirmaba idéntica posición. Con la previa expedición de los testimonios pertinentes se procede a interponer recurso de Queja, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Granada, en cuya sede se encuentra en la actualidad el recurso, y en el que al cierre del presente comentario no hemos conocido aun la posición que al respecto pueda haber adoptado el Tribunal superior de Justicia de Granada.

RESUMEN: Sin hacer mención alguna a la presentación en el servicio común de notificaciones y con la argumentación de haber transcurrido en exceso el plazo previsto en el artículo 192.1 de la LPL, tratándose de un término preclusivo y sin posibilidad de subsanarse; de conformidad con el artículo 195 también de la LPL, se tiene por no anunciado el recurso contra la sentencia dictada en las presentes actuaciones.

Según se desprende de la resolución que es objeto del presente recurso, el motivo de no tener por anunciado el recurso, responde a la fecha de presentación del escrito de anuncio que la parte anunciante formuló y que el juzgado al que nos dirigimos pretende sea la de 17.03.2005, es decir tres días mas tarde de la presentación en el Servicio Común de notificaciones y dos días mas tarde de haber finalizado el plazo de cinco días para tener el recurso por anunciado en tiempo y forma.

Planteada la cuestión sobre el lugar de presentación de los escritos en el proceso laboral, y sobre la obligatoriedad de que estos sean traídos ante la secretaría del juzgado, cómo único lugar válido de presentación, el auto que recurrimos nos plantea alguna cuestión mas, aunque de menor calado como la imprecisión a la hora de recoger los antecedentes de hecho, o la falta de calado en la motivación, en los términos que tiene establecido el TC en los procesos que afecten a derechos fundamentales. Ciertamente no responde estrictamente a la veracidad de todos los hechos concurrentes, por cuanto el escrito de anuncio que presentó la recurrente lo hizo con fecha 14.03.05, en el servicio común de notificaciones establecido en la ciudad de Jaén, como consta en la diligencia expedida por dicho servicio, sin que en ningún caso se haga mención en el auto que comentamos a esta circunstancia ni al hecho de que no tener por anunciado el recurso de suplicación se deba a la vulneración de artículo 44 de la LPL.

Por este motivo, si bien la diligencia de constancia señala la recepción del escrito en el Juzgado Decano, los hechos del auto no se refieren en ningún momento a la fecha de presentación ante el servicio común de notificaciones adscrito al Juzgado Decano de la ciudad de Jaén ni a la fecha en que fue presentado. Este aspecto si se recoge con posterioridad en el auto de fecha 26.05.2005, que resuelve el recurso de reposición, previo a la queja.



ÍNDICE

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FALTA DE MOTIVACIÓN
2. LA CUESTIÓN DEL ARTÍCULO 44 DE LA LPL, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 272.3 DE LA LOPJ
3. VALORACIÓN FINAL

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FALTA DE MOTIVACIÓN

La parca motivación del auto que comentamos, le hace no estar en consonancia con la doctrina que el Tribunal Constitucional tiene establecida al indicar que los procesos que afecten a derechos fundamentales, deben estar «razonablemente motivados». Este desajuste a constante jurisprudencia constitucional se produce por partida doble. Por una parte, se cercena la posibilidad de recurso en una modalidad procesal prevista para restaurar la lesión a derechos fundamentales, con lo que no sólo se contradice el principio «*pro actione*» sino también el de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental. Por otra, el auto que recurrimos supone una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24.1 de la CE, ante la negativa de acceso al recurso, lo que evidentemente deja abierta la puerta a la restauración de los derechos vulnerados por la vía del amparo, caso de que esta no se produzca por la vía del recurso de queja aún sin resolver.

Como ha dicho este Tribunal en numerosas ocasiones el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho del recurrente a obtener una resolución judicial fundada que podrá ser de inadmisión cuando existan causas legales que lo justifiquen, indicándose al mismo tiempo que los requisitos procesales no tienen un fin en sí mismo, sino que son instrumentos para encauzar el proceso, por lo que han de ser valorados de acuerdo con su finalidad y con los objetivos que persiguen (*por todas, STC 68/1988, fundamento jurídico 1.*). De nuevo se plantea aquí si la exigencia de determinados requisitos procesales, en este caso la presentación en tiempo y forma del anuncio del recurso de suplicación, ha actuado o no como un obstáculo indebido para la satisfacción del derecho a la tutela judicial.

Adicionalmente, debe atenderse a la no menos reiterada doctrina constitucional que exige un mayor rigor en la motivación cuando lo que está en juego no es sólo un derecho procesal —la tutela judicial efectiva— sino sustancialmente la integridad moral del artículo 15 CE, al tratarse de un litigio en el que se denuncia acoso moral en el trabajo. La escasa fundamentación en este sentido, no sólo impide, sin motivación razonable, el derecho a la efectividad de la tutela judicial, sino el derecho a que sea reparado el derecho a la integridad moral vulnerado por la conducta que se denuncia.

Del mismo modo consideramos que la valoración restrictiva de la presentación de escritos constreñidos a la literalidad del artículo 44 de la LPL, vulnera el principio de unidad jurisdiccional, que es la base de organización y funcionamiento de los Tribunales según se desprende del artículo 117.5 de la CE.

2. LA CUESTIÓN DEL ARTÍCULO 44 DE LA LPL EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 272.3 DE LA LOPJ

Como cuestión de fondo, solo reconocida en el auto que resuelve el recurso de reposición previo al de queja (auto de fecha 26.05.2005), sabemos los motivos y los argumentos por los que el Juzgado de lo Social número 4 de Jaén ha negado validez a la presentación ante el Servicio Común del Juzgado Decano de dicha capital, motivos que se nos negaron en el recurrido auto de fecha 23 de marzo de 2005. Se aplica en todo caso la norma prevista en el artículo 44 de la LPL, que establece cual es el lugar de presentación de los escritos en el orden jurisdiccional social. Como es sabido dicho precepto determina que las partes habrán de presentar todos los escritos y documentos en los Registros de los Juzgados y Salas de lo Social, si bien consideramos que dicho precepto no es contradictorio con la presentación de escritos en un servicio de Registro General común a varios Juzgados y Tribunales de una misma población y de distinto orden jurisdiccional.

Dicha posibilidad se prevé en el artículo 272.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, creado por la organización judicial a la que pertenece la Jurisdicción social y donde es practica habitual que se recepcionen escritos por parte de los Juzgados de lo Social de la ciudad de Jaén, siendo que la denegación de validez resulta contraria a lo dispuesto en preceptos como el 135.1 de la LEC, así como a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Tribunal Constitucional tiene resuelto, de forma reiterada la interpretación del artículo 272.3 respecto de la jurisdicción social, como nos recuerdan las SSTC 165/1996 de 28 de octubre y 41/2001, de 12 de febrero y los AATC 80/1999, de 26 de abril y 182/1999, de 11 de octubre.

En tal sentido establece el artículo 135.1 de la LEC: *«Cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, este podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en la Secretaría del Tribunal o, de existir en la oficina o servicio de registro central que se haya establecido».*

Igualmente la existencia del artículo 135.1 de la LEC y su entrada en vigor con el resto del ordenamiento procesal civil, ha venido a suponer un enfoque distinto en algunos elementos de la LPL, que si bien siguen vigentes no impiden la directa aplicación de las normas previstas en la LEC.

Negar que la oficina común de notificaciones, adscrita al juzgado decano, de aquellas ciudades en la que se encuentra creada, no es lugar hábil para la presentación de escritos dirigidos al Juzgado de lo Social, y para que su presentación surta los efectos de validez que se deducen de los artículos 132 y ss de la LEC y que permita entenderlos hechos dentro de plazo, supone negar el efecto de supletoriedad que se predica de la LEC respecto de todos los ordenes procesales, y muy especialmente del proceso laboral, quien invoca expresamente este carácter en la disposición adicional primera. Por otro lado consideramos en consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional en virtud de la cual se rechaza la tendencia del legislador a establecer obstáculos que dificultan el acceso al proceso, siempre que estos puedan ser catalogados de innecesarios, excesivos y que carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines perseguidos.

En tal sentido si la presentación de escritos y documentos se realiza en dicho servicio o registro común a varios Juzgados y Tribunales de una misma población, aunque sean de distinto Orden Jurisdiccional, la presentación tendrá igual eficacia que si fuera realizada en el órgano judicial competente, sin que pueda derivar perjuicio alguno para el justiciable. La Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1993, de 22 de marzo, estimando el amparo solicitado, es especialmente clara y aplicable al caso concreto y consideramos que viene a consolidar no solo la sólida doctrina constitucional que pide una interpretación flexible a la hora de interpretar los requisitos procesales de modo que no impidan la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que además introduce la solución que consideramos debió utilizarse en el caso concreto, en tanto que la presentación en el Servicio Común de notificaciones funciona como registro general para la presentación de escritos dirigidos a todos los organismos judiciales de plaza o localidad donde se implantan.

Traemos a colación la literalidad del fundamento jurídico segundo de la invocada sentencia del TC, por cuanto consideramos resulta plenamente aplicable al caso que comentamos: *«De ello se deduce que el recurrente al presentar sus escritos en dicha Oficina no ha tratado de hacer uso de la facultad que le concede el art. 45 L.P.L. de presentación de escritos el último día de plazo en horas en que no se haya abierto el registro del Juzgado de lo Social, sino que la ha presentado en horas en que estaba abierto el Registro Judicial y ha considerado que dicha Oficina operaba como registro del propio Juzgado de lo Social. Asimismo lo estimaron tanto dicho Juzgado cuando tuvo por interpuesto en tiempo y forma el recurso de suplicación, y las demás partes que conocían la existencia de dicha Oficina unificada de registro ubicada en la Audiencia Provincial.*

No nos corresponde entrar a analizar la problemática de la legalidad de esa Oficina, pero de la existencia de la misma cabe deducir que los Au-

tos recurridos han aplicado indebidamente el art. 45 L.P.L. No han tenido en cuenta que el establecimiento de tal Oficina no supone modificación alguna de dicho precepto legal, sino solo la determinación de quien actúa como Registro del Juzgado de lo Social (art. 272.3 L.O.P.J.), no puede suponer perjuicios para el justiciable, ni desde luego, la pérdida del derecho al recurso, siendo así que el mismo actuó con la debida diligencia. El que dicha Oficina esté ubicada en la Audiencia Provincial y sea el Secretario de la misma el que la tenga a su cargo, resulta además irrelevante, dado que el principio de unidad jurisdiccional es la base de organización y funcionamiento de los Tribunales (art. 117.5 C.E.). Y en todo caso, como razona el Ministerio Fiscal, la tramitación de los escritos no ha sufrido retraso alguno, pues al día siguiente de su presentación ya constaban en la Secretaría del Juzgado de lo Social».

Ya hemos tenido la posibilidad de comentar en esta misma tribuna ¹, la polémica suscitada en nuestros Tribunales Superiores de Justicia, sobre la pervivencia del artículo 45 de la LPL y del artículo 135. 1 de la vigente LEC. Aun cuando, el presente caso no se encuadra en la polémica que se suscita al respecto, si conviene señalar dos cuestiones importantes:

- 1.º La presentación del escrito que nos ocupa no se efectúa en el último día del plazo o dentro de las 15'00 horas del día siguiente al del vencimiento, sino que se efectúa en el cuarto día de los cinco que prevé la LPL, siendo que la presentación no se efectúa en la sede del Juzgado sino en el servicio común dependiente del Juzgado Decano de la ciudad de Jaén. Dicho servicio no tiene entre sus limitaciones funcionales las de no recoger escritos que vayan destinados a los Juzgados de lo Social de la ciudad de Jaén, motivo por el que la presentación revistió la misma normalidad de los escritos que habitualmente en la ciudad se presentan ante la jurisdicción civil, penal, contencioso administrativa, e incluso la propia Audiencia Provincial de Jaén.
- 2.º La polémica referida, nos interesa desde el punto de vista que acredita la pervivencia y la aplicación al procedimiento laboral de las previsiones de la vigente LEC, aun cuando estas previsiones no hayan derogado las peculiaridades de la LPL. La incidencia que el artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene en la jurisdicción social, y la pervivencia del artículo 45 de la Ley de Procedimiento Laboral es cuestión que ya ha sido interpretada por alguna

¹ *Temas Laborales* núm. 63/2002, págs. 193-202: «El lugar de presentación de escritos en el proceso laboral: El TS ¿zanja o alimenta la polémica? Comentario a los AATS de fecha 18 y 24 de julio de 2001».

Sala de lo Social, de los Tribunales Superiores de Justicia así como el propio Tribunal Supremo en autos como los de fecha 18 y 24 de julio de 2001. A todos ellos nos referimos seguidamente.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, por auto de fecha 24 de febrero del 2001 estimó el recurso de queja interpuesto por la demandada contra la resolución del Juez de lo Social por la que declaraba la inadmisión del recurso de suplicación por haberse presentado fuera de plazo, y declaró la validez de la presentación del escrito al día siguiente del vencimiento del plazo hasta las 15 horas.

De forma breve, los argumentos jurídicos que esgrimió la Sala fueron en primer lugar, que el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no amplía ningún plazo de prescripción o caducidad, sino que dota de validez al acto de presentación al día siguiente del vencimiento del plazo hasta las 15 horas, previsión que no tenía regulación específica en la Ley Procesal Laboral y que resulta de plena aplicación por la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En segundo lugar, señala que se tratan de dos sistemas distintos de presentación de escritos, siendo el interesado el que elegirá la vía que le parezca más oportuna. En tercer lugar, que al haber desaparecido la posibilidad de admisión de escritos por el Juzgado de Guardia (artículo 135.2), aquel precepto de la Ley Procesal Laboral (artículo 45), no derogado expresamente, ha quedado vacío de contenido y no parece viable mantener en el proceso laboral una segunda opción de presentación de escritos de término.

El auto de fecha 7 de mayo de 2001 dictado por la Sala de lo Social de Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que resuelve el recurso de súplica interpuesto contra el auto de esa misma Sala por el que se acordó inadmitir a trámite el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia, por considerar que el escrito de interposición del recurso fue presentado fuera del plazo establecido en el artículo 193.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (presentado al día siguiente antes de las 15 horas), estima el recurso de súplica presentado, centrando la cuestión controvertida en si es de aplicación en el ordenamiento laboral la disposición contenida en el artículo 135 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

El auto de esta Sala coincide con el auto de fecha 24 de abril de 2001 de la Sala de lo Social de Castilla-León en cuanto a la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de todos los órdenes jurisdiccionales, y particularmente intensa en el Proceso Laboral.

Pues bien, en el fundamento de derecho segundo explica las razones que deben considerar plenamente aplicable al proceso laboral la previsión contenida en el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de la vigencia del artículo 45 de la Ley de Procedimiento Laboral en tanto no se produzca su derogación expresa, y que son:

1. Por carecer de sentido que en una materia ordinaria y común como es la relativa a la presentación de escritos, se mantuviera un régimen jurídico más restrictivo en el proceso laboral que en el civil.
2. Por haber desaparecido las dos razones que históricamente justifican la regulación contenida en el artículo 45 Ley de Procedimiento Laboral: la celeridad que caracteriza el proceso laboral, consecuencia de la peculiar naturaleza de las pretensiones que en él se ventilan, y porque tradicionalmente la jurisdicción laboral ha estado formalmente separada de la ordinaria.

En el primer caso por haber optado la Ley de Enjuiciamiento Civil por dar mayor agilidad al trámite negando la posibilidad de que los escritos se presenten en el Juzgado de Guardia y autorizando que se presenten hasta las 15 horas del día siguiente al vencimiento del plazo. En el segundo, porque obviamente la unidad jurisdiccional se encuentra plenamente consagrada tras la Ley 38/1998 de Demarcación y Planta Judicial.

3. Desde la óptica constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, el auto de la Sala de lo Social de Valencia se apoya en los fundamentos constitucionales de la STC 4/1988, entre otras, al señalar que la libertad de conformación que asiste al legislador, no le autoriza a oponer obstáculos en el acceso al proceso que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines perseguidos (en clara referencia a la obligatoria comunicación de la presentación del escrito a que se refiere el artículo 45 Ley de Procedimiento Laboral), de modo que la inobservancia de las exigencias formales no puede conducir a consecuencias desproporcionadas.

Finalmente el propio Tribunal Supremo con una diferencia de seis días dictó dos autos que suponen poder oír la voz del *Tribunal Supremo* acerca de tales materias. Los autos de fecha 18 de julio de 2001 y 24 de julio de 2001, vienen a confirmar la convivencia de las formas del artículo 135.1 de la LEC junto al no derogado artículo 45 de la LPL.

Expuesto lo anterior y entendiendo que ninguna de las reglas contenidas en el artículo 45 son de aplicación al caso que nos ocupa, puesto que en las actuaciones del presente caso figura en el escritos de anuncio sello de la oficina del servicio de notificaciones con fecha de presentación el 14.03.05, siendo este el cuarto día de los cinco previstos para el anuncio. Del mismo modo existe relación de documentos presentados por el Servicio Común de Notificaciones, en la que se especifica la fecha y la hora de presentación, diligencia que está amparada por la fe judicial por cuanto existe Secretario Judicial adscrito al Servicio, que colma de garantías el acto de la presentación de escritos. A mayor abundamiento, dicha presentación es recepcionada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén, siendo este el órgano judicial

encargado de recoger sus escritos del Servicio Común de notificaciones y presentación, integrando dichos escritos en los autos que se tramitan ante el Juzgado de lo Social correspondiente. No se entiende, por qué viciosa práctica, un escrito presentado en el Servicio Común de Notificaciones con fecha catorce de marzo, no es recepcionado por el Juzgado de lo Social hasta tres días mas tarde (17 de marzo), y si así es, qué seguridad jurídica ofrece la organización judicial para responder de los actos que se efectúan ante un servicio que no es sino la prolongación de las secretarías judiciales de todos y cada uno de los órganos judiciales a los que sirve dicho servicio común, y que son todos los órganos judiciales de una misma ciudad. Pero tampoco comprendemos que con los antecedentes constitucionales que rigen en el caso que nos ocupa, siga siendo un obstáculo la presentación de escritos en Registro Común creado en la ciudad de Jaén para dar servicio a todos los órganos judiciales de la plaza, incluidos los del orden jurisdiccional social. Por tanto la Oficina de Registro y Reparto de Documentos, constituida en la ciudad de Jaén, funciona también como registro general para la presentación de escritos dirigidos a todos los organismos judiciales de esta localidad, incluido por tanto el Juzgado de lo Social número 4 de Jaén.

Por todo ello, al no haberlo entendido así, el Juzgado de lo Social, ha realizado una interpretación restrictiva e infundada de los requisitos legales para el acceso al recurso, que viola el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, que incluye el derecho a obtener una resolución judicial de fondo cuando no existen obstáculos legales para ello.

Dicha interpretación extraordinariamente restrictiva aplicada por el juzgador en el auto que recurrimos, respecto de la forma de presentación de los escritos, nos parece también contraria a la defensa que el Tribunal Supremo realiza, en los dos autos a que nos hemos referido en el motivo anterior, al principio «*pro actione*», por cuanto el auto recurrido, excluye la presentación de escritos en un servicio judicial, que no se enfrenta, ni se excluye, sino que convive con los sistemas que prevé la LPL.

Por otro lado razones que afectan a la seguridad jurídica, a la unidad jurisdiccional y a la razonable igualdad que el acceso a la justicia ha de garantizar a los justiciables, deben conducir a que se generalicen los sistemas previstos en la LEC, a todos los ordenes jurisdiccionales.

Queremos abundar en la argumentación traída hasta este momento con la Sentencia de la Sala 1.^a del TC de 22 de Abril de 2002. En la misma se reconoce que en situaciones excepcionales, y en las que no concurre negligencia alguna de parte, la inadmisión de un recurso por llegada extemporánea al órgano judicial, aunque presentado en tiempo y con certeza en otro registro público puede ser tachada de *desproporcionadamente rigurosa e irrazonable* y por tanto contraria al artículo 24.1 CE. De entre las presentaciones a las que el TC da plena validez, se enumeran en la referida sentencia la

presentación de escritos en el Registro General a que se refiere el artículo 272.3 de la LOPJ, cuando estuviere establecido tal servicio.

3. VALORACIÓN FINAL

Desproporcionadamente rigurosa e irrazonable, son las palabras con las que el TC, resuelve la situación en la que el lugar de presentación de un escrito de plazo preclusivo, puede provocar como resultado la vulneración del artículo 24.1 de la CE. Nos encontramos viviendo en primera persona, la decisión de un Juzgado de lo Social, que en aplicación formalista y rigorista, de la LPL (art. 44) e ignorando el alcance del artículo 272 de la LOPJ, y lo que nos parece mas grave, sin atender a la interpretación integradora y consolidada que el propio TC viene haciendo respecto de los preceptos que exigen unos requisitos formales.

Como ya tuvimos ocasión de manifestar el hilo de esta materia, que la jurisdicción laboral haya estado tradicionalmente, separada de la ordinaria, amparándonos en la mayor agilidad que ofrecían las normas procesales laborales para la solución de los conflictos, no pueden convertirse ahora en un parapeto infranqueable para el justiciable, cuando la especialidad de la norma laboral supone una carga contraria al sentido común, y a la propia lógica de un servicio (Registro General) creado desde la LOPJ, con toda la fuerza organizativa que dicha disposición legal tiene sobre los ambitos unificados de la jurisdicción española, a la que sin ninguna duda pertenece la jurisdicción social.

El valor de estas palabras no está, lógicamente, en provenir de quien las plasma, sino en la fuente de donde se inspiran que no es otra que la interpretación constante y reiterada que el TC, ha venido haciendo en torno al valor del artículo 24 de la CE. Y este, es sin duda, el otro elemento de pesar que nos provoca el auto que hemos traído a comentario. Cómo es posible, que a estas alturas el ejercicio de la función de la jurisdicción ordinaria, no tenga el reflejo de la jurisprudencia constitucional consolidada y constante, evitando el pronunciamiento de resoluciones que resultan incomprensibles tanto para los justiciables como para los profesionales.

Una vez mas, entendemos, que las cuestiones que han sido objeto de desestimación del anuncio del recurso de suplicación y la aplicabilidad específica del artículo 44 de la LPL, con exclusión del resto de preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, no son sino meras cuestiones instrumentales, que en nada contradicen los principios que sustentan al proceso laboral como jurisdicción plenamente autónoma. No consideramos que la polémica en la aplicación de las normas de carácter meramente instrumental determine la defensa de las peculiaridades del proceso laboral, que como jurisdicción plenamente autónoma, tiene su razón de ser precisamente en cuestiones de ma-



yor calado. Por estas razones, se hace imprescindible la unificación de criterios formales que no desvirtúen ni el principio de unidad jurisdiccional, piedra angular de nuestra organización judicial, ni tampoco se produzca la pérdida de las tradicionales razones de pervivencia de la jurisdicción social.







DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de León

EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE HACER: ELIMINACIÓN DE DATOS MÉDICOS SOBRE ABSENTISMO

Sentencia del Tribunal Constitucional 153/2004, de 20 de septiembre

RODRIGO TASCÓN LÓPEZ *

SUPUESTO DE HECHO: Mediante la STCo 202/1999 el Tribunal Constitucional apreció que el fichero informático mantenido por una entidad bancaria sobre datos relativos al absentismo laboral con baja médica lesionaba el derecho a la intimidad informática de los trabajadores (art. 18.4 CE) y, en consecuencia, condenaba a una obligación de hacer consistente en suprimir los datos relativos a los diagnósticos médicos de dicho archivo. Comoquiera que un trabajador (representante unitario) albergaba serias sospechas de que la entidad bancaria hubiera procedido al cumplimiento de lo ordenado en el fallo, instó la ejecución ante el Juzgado de lo Social competente, quien primero la deniega (argumentando que no había quedado acreditado el incumplimiento esgrimido) y luego, tras el pertinente recurso de reposición, la concede pero no en los términos pedidos por el trabajador (intervención de un perito informático que verificara la supresión de los datos médicos), sino limitándose a exigir a la entidad que aportara un soporte documental en el que constaran los datos que aún mantenía en su base, situación confirmada en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia.

RESUMEN: El Tribunal Constitucional concede amparo al Trabajador al entender que ha quedado vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de ejecución de sentencias, por cuanto los órganos judiciales sociales no desarrollaron una actuación adecuada a la hora de verificar el cumplimiento de la obligación de hacer a que la empresa estaba

* Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Doctor por la Universidad de León.

condenada, al aceptar una declaración de parte como cauce para acreditar el cumplimiento y hacer recaer sobre el ejecutante la carga de probar que la obligación no había sido aún debidamente atendida, desconociendo su deber de adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales en sus propios términos.

ÍNDICE

1. EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES RELATIVOS A LA SALUD COMO SUPUESTO DE HECHO
2. SOBRE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR LA FALTA DE EJECUCIÓN PROCESAL DEL FALLO JUDICIAL EN SUS PROPIOS TÉRMINOS
 - 2.1. Los órganos judiciales han de dar cumplimiento en sus propios términos a las resoluciones judiciales (también, por si duda hubiere, a cuantas contengan condenas de hacer)
 - 2.2. Corresponde a la (empresa) ejecutada acreditar el cumplimiento de la obligación de hacer a que fue condenada
 - 2.3. Corresponde al órgano judicial ejecutor adoptar cuantas medidas sean legalmente posibles y fácticamente necesarias para verificar y/o, en su caso, obtener el cumplimiento del fallo judicial
3. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

1. EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES RELATIVOS A LA SALUD COMO SUPUESTO DE HECHO

Recordarán los estudiosos del Derecho del Trabajo cómo, en su momento, el Tribunal Constitucional declaró que una base de datos mantenida por una determinada entidad financiera para controlar el absentismo laboral, conteniendo informaciones relativas a los diagnósticos médicos sobre las bajas de los trabajadores, resultaba contraria al derecho fundamental de libertad informática consagrado por el art. 18.4 CE¹. En dicho pronunciamiento, el alto Tribunal realizó una serie de consideraciones de suma importancia en el camino por precisar cuándo resulta lícito —y cuándo no— el tratamiento de datos personales de los trabajadores por la empresa.

Como bien es sabido, el tratamiento masivo de datos e informaciones relativos a las personas constituye uno de esos nuevos riesgos derivado fundamentalmente de las nuevas tecnologías informáticas² —aun cuando la

¹ STCo 202/1999, de 16 de diciembre.

² HERBERT, A.S.: «What computers mean for man and society», en AA.VV. (FORRESTER, T., Ed.): *Microelectronics revolutions*, Oxford (Basic Blackwell Publisher), 1980, págs. 123 y ss.

LOPD, siguiendo la estela marcada por la Directiva Comunitaria ampliara su ámbito de actuación sobre los ficheros tradicionales para cercenar posibles vías de fraude³— capaces de «contaminar»⁴ las libertades del individuo en las sociedades contemporáneas y, por tal razón, durante las últimas tres décadas diversos instrumentos normativos (tanto a nivel interno de diversos Estados, como a nivel internacional) han tratado de ordenar y poner límites allí donde parecía preciso⁵.

A este respecto, huelga precisar que la empresa siempre ha sido receptiva con los avances tecnológicos-informáticos⁶—quizá sin valorar debidamente sus implicaciones éticas y jurídicas⁷— y uno de los aspectos en los que más pronta y mejor aplicación han encontrado viene dado por su utilización para procesar ingentes volúmenes de «informaciones laborales» que han de ser necesariamente manejadas en el tráfico normal por

³ Por todos, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Los derechos de los trabajadores frente al tratamiento de datos personales. Comentario a la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de esos datos», *RL*, T. II, 1996, pág. 84; DE VICENTE PACHES, F.: «Vulneración del derecho a la libertad sindical por uso indebido de la empresa de datos informáticos relativos a la afiliación sindical», *AS*, T. V, 1998, pág. 473 o THIBAUT ARANDA, J.: «La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales», *RL*, núm. 13, 2000, págs. 33-34. Es de destacar cómo la DA 1.ª de la LOPD establece un plazo transitorio excesivamente amplio para que los ficheros preexistentes se adapten a la normativa sobre protección de datos. El plazo de tres años para los ficheros automatizados finalizó el 14 de enero de 2003, pero el plazo para los ficheros manuales o convencionales no finalizará hasta el 24 de octubre de 2007. GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, F.: «La regularización sobre protección de datos personales y su incidencia en el ámbito laboral», *AS*, núm. 21, 2001, pág. 1112.

⁴ PÉREZ LUÑO, A.E.: «La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del defensor del pueblo», *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 4, 1986-1987, págs. 259 y ss.

⁵ SCHWARTZ, P.M. y REIDENBERG, J.R.: *Data Privacy Law*, Charlotte (Michine), 1996, pág. 355. Sobre la evolución y extensión del derecho de protección de datos, con carácter general, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid (Tecnos), 1990; HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento de datos automatizados de carácter personal*, Madrid (Tecnos), 1993, págs. 90 y ss. o APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter personal*, Pamplona (Aranzadi), 2000, pág. 67.

⁶ NAPIER, B.: «Computerization and employment rights», *Industrial Law Journal*, Vol. 21, núm. 1, 1992, págs. 2 y ss. o ADDISON, J.T. y TEIXEIRA, P.: «Technology, employment and wages», *Labour*, Vol. 15, núm. 2, 2001, págs. 191 y ss.

⁷ FULLER, S.; HARTMAN, A. y RAMAN, S.: «Bell meets Taylor: desmythifying Knowledge work», en ORLIKOWSKI, W.J., *et alii: Information technology and changes in organizational work*, Londres (Chapman & Hall), 1996, pág. 18 o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: «The impact of Technological change on work and wages», *Industrial Relations*, Vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 1 a 33.

las organizaciones productivas, facilitando así, de manera decisiva, su gestión⁸.

No menos fácil resulta colegir el potencial peligro derivado del uso desviado de aquellas informaciones relativas a los trabajadores⁹, las cuáles, si convenientemente tratadas y cruzadas, permitirán al empresario —siempre interesado en saber cuanto más mejor del personal a su servicio¹⁰— dibujar perfiles sorprendentemente precisos de sus operarios, llegando a desvelar algunos de sus más íntimos secretos (afiliación sindical o política, tendencias sexuales, estado de salud, hobbies o aficiones, etc) y permitiendo, en último término, las más deleznable y soterradas discriminaciones. La información como poder abandona así su carácter de tópico para convertirse en una muy tangible realidad¹¹.

Por tal motivo, y habida cuenta el ordenamiento social permance ayuno de una regulación específica —por lo demás, muy necesaria¹²—, la normativa general sobre protección de datos está llamada a jugar un papel importante en el desenvolvimiento de las relaciones laborales, sirviendo para

⁸ BORRAJO DACRUZ, E.: «El impacto de las nuevas tecnologías y medios informáticos en la relación de trabajo», *AEDIPE*, 1984, págs. 32 y ss.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1990, págs. 19 y ss.; PÉREZ PÉREZ, M.: «Derecho del trabajo y nuevos sistemas tecnológicos», *RL*, núm. 20, 1980, pág. 123.; PRADAS MONTILLA, R.: «Organización del trabajo y nuevas tecnologías», *DL*, núm. 53, 1997, págs. 13 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información», *AS*, núm. 10, 2004, págs. 23 y ss.; GONZÁLEZ MOLINA, M.^oD.: «Tratamiento automatizado de datos y derecho de huelga: una aproximación al posible uso de una clave informática en “clave antisindical” (Comentario a la STC 60/1998, de 16 de marzo)», cit., pág. 200 o CAMAS RODA, F.: «La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, págs. 161 y ss.

⁹ SIMITIS, S.: «Developments in the protection of workers personal data», *Contitions of Work Digest*, Vol. 10, 1991, pág. 7.

¹⁰ SCHWARTZ, P.M. y REIDENBERG, J.R.: *Data Privacy Law*, Charlotte (Michine), 1996, pág. 351; GUFFEY, C.J. y WEST, J.F.: «Employee privacy: legal implications for managers», *Labor Law Journal*, Vol. 47, núm. 11, 1996, págs. 735 y ss.; CONLON, K.J.: «Privacy in the workplace», *Labor Law Journal*, Vol. 48, núm. 8, 1997, págs. 444 y ss.; FORD, M.: «Two conceptions of worker privacy», *Industrial Law Journal*, Vol. 31, núm. 2, 2002, págs. 235 y ss. o BENNETT, S. y LOCKE, S.D.: «Privacy in the workplace: a practical premier», *Labor Law Journal*, Vol. 49, núm. 1, 1998, págs. 781 y ss.

¹¹ *In extenso*, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid (APD), 1997, págs. 49 y ss. o CARDONA RUBERT, M.^o B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 34 y ss.

¹² SIMITIS, S.: «Reconsidering the premises of Labour Law: prolegomena to an EU regulation on the protection of employees' personal data», *European Law Journal*, Vol. 5, núm. 1, 1999, págs. 45 y ss.

poner límites a la [en principio legítima —pero siempre bajo sospecha—] facultad empresarial de procesar informaciones de los trabajadores¹³.

En síntesis, esos límites se condensan en dos macroprincipios¹⁴: el de pertinencia (sólo pueden ser tratados los datos necesarios y no excesivos para satisfacer las finalidades lícitas del responsable del tratamiento —en el caso, la gestión laboral de cuantos asuntos la normativa social encomiende al empresario—, y sólo pueden ser usados durante el tiempo necesario y para finalidades «no incompatibles» —art. 4 LOPD—); y el de consentimiento informado por parte del afectado, llamado a actuar como criterio legitimador del tratamiento, aun cuando de mediar una relación contractual entre las partes —como la laboral lo es— aparece sustituido por un mero deber de información acerca de las circunstancias bajo las cuales aquél fue llevado a cabo (arts. 5 y 6 LOPD).

En esta ardua tarea de establecer la delgada línea a partir de la cual separar lo lícito de cuanto no lo es, y con anterioridad al pronunciamiento antes mentado, el máximo intérprete de la Constitución ya hubo de pronunciarse sobre la materia, en una larga lista de decisiones¹⁵ en las cuales vino a declarar la inconstitucionalidad del comportamiento de RENFE consistente en utilizar los datos de afiliación de los trabajadores, obtenidos lícitamente para proceder al descuento de la cuota sindical —*ex* art. 11 LOLS—, para otra finalidad distinta y abiertamente incompatible como es la retención de la parte proporcional del salario correspondiente al tiempo de duración de una huelga convocada por el sindicato al que los trabajadores se encontraban afiliados; semejante comportamiento lesiona simultáneamente tanto el derecho fundamental de libertad sindical —aun cuando no mediare intencionalidad alguna—, como el también fundamental¹⁶ e «inespecífico»¹⁷ de libertad informática¹⁸.

¹³ GOÑI SEIN, J.L.: «Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos», *Justicia Laboral*, núm. 17, 2004, págs. 14 y ss.

¹⁴ Según la construcción de DEL REY GUANTER, S.: «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo», *RL*, núm. 15, 1995, págs. 17 y ss.

¹⁵ SSTCo 11/998, de 13 de enero; 33/1998, de 11 de febrero; 35/1998, de 11 de febrero; 45/1998, de 24 de febrero; 60/1998, de 16 de marzo; 77/1998, de 31 de marzo; 94/1998, de 4 de mayo; 104/1998, de 18 de mayo; 105/1998, de 18 de mayo; 106/1998, de 18 de mayo; 123/1998, de 15 de junio; 124/1998, de 15 de junio; 125/1998, de 15 de junio; 126/1998, de 15 de junio; 158/1998, de 13 de julio; 198/1998, de 13 de octubre y 223/1998, de 24 de noviembre.

¹⁶ Recuérdese cómo el Tribunal Constitucional ha reconocido que el art. 18.4 CE sirve como «garantía institucional» de los demás derechos fundamentales, pero constituye «en sí mismo» un verdadero y nuevo derecho fundamental, SSTCo 254/1993, de 20 de julio; 290 y 292/2000, de 30 de noviembre.

¹⁷ Siguiendo la célebre construcción de PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., ORTIZ LALLANA, M.^a C.: «Vulneración del derecho a la libertad sindical mediante el uso desviado de datos

Poco tiempo después ha de volver a pronunciarse sobre esta cuestión.. Ha de hacerlo, además, en un contexto mucho más complejo y sutil, habida cuenta la base de datos relativa a absentismo con baja médica parecía responder a la finalidad legítima de velar por la salud de los trabajadores y, al tiempo, controlar el absentismo laboral [facultad ésta indirectamente tolerada cuando los arts. 54 y 58 ET permiten el despido por ausencias al trabajo], motivo por el cual no fueron pocas las voces doctrinales que se alzaron sorprendidas por el excesivo escrúpulo mostrado por el alto Tribunal al conceder el amparo ¹⁹.

Sin embargo, el *quid* de la cuestión residía, a juicio del máximo intérprete Constitucional, en que semejante archivo informático contenía, además de las fechas de altas y bajas [datos asépticos cuyo tratamiento exclu-

informatizados sobre la afiliación del trabajador. Libertad sindical y derecho a la intimidad informática», *AS*, T. V, 1999, pág. 360 o, de la misma autora, «El derecho del trabajador a la intimidad informática y el respeto de su libertad sindical», en AA.VV.: *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 2000, pág. 283 y RODRÍGUEZ CORRASA, C.: «Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en el ámbito laboral», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 6, 2003, págs. 1 a 13.

¹⁸ Con la unánime aceptación, elogio y comentario de la doctrina científica; entre otros, DE VICENTE PACHES, F.: «Vulneración del derecho a la libertad sindical por uso indebido de la empresa de datos informáticos relativos a afiliación sindical (Comentario a las STC 11/1998, de 13 de enero)», *AS*, T. V., 1998, págs. 473 y ss.; CAMARA BOTIA, A.: «Utilización antisindical de datos laborales automatizados (I). Sentencia 11/1998, de 13 de enero», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, T. XVI, Madrid (Civitas), 1998, págs. 62 y ss.; CORREA CARRASCO, M.: «Libertad sindical y libertad informática en la empresa (Comentario a la STC 11/1998, de 13 de enero)», *RDS*, núm. 2, 1998, págs. 117 y ss.; GONZÁLEZ MOLINA, M.^oD.: «Tratamiento automatizado de datos y derecho de huelga: una aproximación al posible uso de una clave informática en “clave antisindical” (Comentario a la STC 60/1998, de 16 de marzo)», *DL*, núm. 56, 1998, págs. 197 y ss.; ORTIZ LALLANA, M.^o C.: «Vulneración del derecho a la libertad sindical mediante uso desviado de datos informatizados sobre la afiliación del trabajador. Libertad sindical y derecho a la intimidad informática», *AS*, T. V, 1999, págs. 359 y ss. o MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «La lesión de la libertad sindical mediante la utilización de datos informáticos automatizados», *Aranzadi TC*, núm. 14, 1999, págs. 15 y ss.

¹⁹ GARCÍA MURCIA, J.: «Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de bajas médicas (Comentario a la STC 202/1999, de 8 de noviembre)», *Aranzadi TC*, núm. 13, 2000, pág. 21; MONTOYA MELGAR, A.: «Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, Madrid (Civitas), 1999, págs. 300 y ss.; ROMERO RODENAS, M.J.: «A propósito de la creación por parte de una entidad bancaria de una base de datos relativa a las bajas médicas de sus trabajadores», *RDS*, núm. 10, 2000, págs. 176 y ss. o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La intimidad del trabajador en el uso de diagnósticos médicos informatizados», *REDT*, núm. 101, 2000, págs. 586 y ss.



sivo seguramente no hubiera merecido reproche], los diagnósticos médicos [datos «sensibles» relativos a la salud de los trabajadores], cuyo tratamiento requería inexcusablemente venir amparado por una Ley atendiendo a motivos de interés general o al consentimiento expreso de los afectados (art. 7 LOPD), sin que ninguna de las dos circunstancias concurriera en el supuesto de autos²⁰.

Al apreciar lesión del derecho a la intimidad informática de los trabajadores a través del mantenimiento por la empresa de dicho archivo informático, concedía el amparo y condenaba a una obligación de hacer muy concreta, cual era la de «suprimir las referencias existentes a los diagnósticos médicos contenidos en la base de datos sobre absentismo con baja médica».

Donde aquella litis parecía terminar, se inicia la presente, con otros nuevos y no menos sutiles problemas de hecho y de Derecho, pues, como dijera el sabio, la labor del jurista «comienza y recomienza con cada nuevo actuar del ser humano». En efecto, el ahora demandante de amparo tenía la fundada sospecha de que la empresa no había procedido a dar oportuno cumplimiento a la mentada obligación de hacer y, por tal motivo, solicitó le fuera permitido acceder a la meritada base de datos para comprobar la supresión de los extremos relativos a los diagnósticos médicos. Comoquiera la empresa le negara tal acceso, limitándose a entregarle en mano un documento en el cual constaban los datos incorporados a dicha base, el trabajador insta la ejecución ante el Juzgado de lo Social núm. 22 de Barcelona, solicitándole «requiriera al banco para que acreditara la supresión de las referencias existentes a los diagnósticos médicos de la base de datos».

Efectuado por el Juzgado de lo Social dicho requerimiento, la entidad bancaria remite un escrito en el cual manifiesta haber dado puntual y exacto cumplimiento al mandato contenido en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Disconforme el trabajador con la misma, por cuanto no quedaba acreditado de manera feaciente el cumplimiento de la obligación de hacer, insta al juzgado a proceder a la comprobación mediante la actuación de perito informático.

Sin embargo, por providencia de 12 de septiembre de 2000 el juzgado denegó dicha pretensión, aduciendo la falta de acreditación por el demandante del incumplimiento denunciado. Dicha providencia es recurrida por el trabajador en reposición alegando la impertinencia de hacer recaer sobre él la carga de la prueba del (in)cumplimiento de la obligación a la cual el empresario estaba condenado.

El juzgado estima el recurso mediante auto de 14 de septiembre de 2001 y requiere nuevamente a la empresa «para que aporte en sobre cerrado un

²⁰ FJ 5.º STCo 202/1999, de 16 de diciembre.

soporte documental de todos los datos correspondientes al demandante que obren en su base de datos», lo cual la empresa hace mediante la aportación de un documento elaborado por su departamento de dirección de seguridad informática, en el que junto con los datos académicos y profesionales del demandante, se hacían referencia a sus bajas laborales, indenticando las mismas exclusivamente con la mención de enfermedad común o accidente, sin especificar el diagnóstico médico, tratando de mostrar así el acatamiento de la sentencia constitucional.

Sin embargo, el trabajador no queda ni mucho menos satisfecho con esta medida [que a su juicio y al de quien esto firma en modo alguno acredita de manera feaciente la eliminación por parte de la empresa de los datos médicos de su fichero, con lo cual el Tribunal acepta, como si de verdadero cumplimiento se tratara, cuanto en realidad no es sino una mera afirmación de parte] y decide entablar recurso de suplicación contra el auto de 14 de septiembre por incorrecta valoración por el juzgador del cumplimiento de una obligación de hacer, el cual resulta desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²¹, quien, como refuerzo argumental, alude a la hipotética lesión del derecho a la intimidad del demandante en caso de aceptar la intervención de un perito, en cuanto llegaría así a trascender a terceros tan restringida información.

El trabajador interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por entender que la actuación del juzgado ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución de sentencias firmes y, en el pronunciamiento ahora objeto de comentario, el alto Tribunal, con el beneplácito del ministerio fiscal, concede el amparo solicitado, anula la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña —y el auto del Juzgado de lo Social del cual aquélla traía causa— y ordena retrotraer las actuaciones al momento procesal anterior, a fin de que el ejecutor resuelva respetando el derecho fundamental reconocido.

2. SOBRE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR LA FALTA DE EJECUCIÓN PROCESAL DEL FALLO JUDICIAL EN SUS PROPIOS TÉRMINOS

Para llegar a conceder el amparo, y tras desestimar la defensa formal —de menor interés— esgrimida por la parte demandada [bajo cuyo criterio no había sido satisfecho el requisito de agotar la vía judicial previa al amparo, al no haberse interpuesto recurso de casación para unificación de doc-

²¹ STSJ 1 octubre 2002 (AS 3373).



trina ²²], el Tribunal Constitucional utiliza una serie de argumentos materiales encadenados de gran trascendencia, los cuales, en parte, repiten algunas consideraciones generales anteriores sobre el derecho a la efectuación del fallo judicial y, en parte, añaden nuevos elementos de juicio acerca de cómo han de ser ejecutadas en sus propios términos las obligaciones de hacer. En síntesis, podrían quedar resumidos en los tres siguientes puntos merecedores de comentario:

2.1. Los órganos judiciales han de dar cumplimiento en sus propios términos a las resoluciones judiciales (también, por si duda hubiere, a cuantas contengan condenas de hacer)

La primera reflexión del Tribunal consiste en recordar cómo «los órganos judiciales están obligados, por imperativo del art. 87.1 LOTC, a dar cumplimiento en sus propios términos a cuanto el Tribunal Constitucional resuelva en sus pronunciamientos» ²³.

Dicho razonamiento puede ser ampliado, transformando la premisa particular en una universal, para alcanzar aquel otro de conformidad con el cual los órganos judiciales vienen obligados a «hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117.3 CE), sean los pronunciamientos dictados por el Tribunal Constitucio-

²² El Tribunal Constitucional recuerda cómo «el carácter no sólo extraordinario, sino excepcional y condicionado a rígidos requisitos, del recurso para la unificación de doctrina determina que no sea siempre preceptiva su interposición para dar por agotada la vía judicial» [STCo 332/1994, de 19 de diciembre], sino tan sólo cuando «no quepa duda respecto a su procedencia y posibilidad real y efectiva, así como su adecuación para reparar la lesión de derechos fundamentales» [SSTCo 93/1997, de 8 de mayo, y 183/1998, de 17 de septiembre]. Además, no basta con alegar la abstracta procedencia del recurso de casación para la unificación de la doctrina, sino que, dada su naturaleza extraordinaria, corresponde a la parte que pretende hacer valer su no interposición, como motivo de inadmisibilidad de la demanda de amparo, acreditar la posibilidad de recurrir, absteniéndose de efectuar vagas invocaciones sobre la procedencia del recurso, pues es claro que la diligencia de la parte para la tutela de su derecho ante los tribunales ordinarios no alcanza a exigirle, *a priori*, la interposición de recursos de dudosa viabilidad [SSTCo 210/1994, de 11 de julio; 191/1996, de 26 de noviembre, y 17/2003, de 30 de enero].

²³ «Cierto es que el cumplimiento por el órgano judicial de la Sentencia constitucional puede requerir una interpretación del alcance de la misma, a fin de dar un cabal cumplimiento a lo resuelto en ella, y adoptar las medidas pertinentes para hacer efectivo el derecho fundamental reconocido frente a la violación de la que fue objeto. Pero tal consideración y aplicación por el órgano judicial no puede llevar, ni a contrariar lo establecido en ella ni a dictar resoluciones que menoscaben la eficacia misma de la situación jurídica subjetiva allí declarada», STCo 159/1987, de 26 de octubre; AATCo 134/1992, de 25 de mayo; 220/2000, de 2 de octubre y 19/2001, de 30 de enero.

nal, sean los de cualquier órgano de la jurisdicción ordinaria, entre ellos los del orden social.

La ejecución de sentencias constituye la manifestación última del derecho fundamental de todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, pues lo contrario sería tanto como convertir las decisiones judiciales en «meras declaraciones de intenciones sin efectividad práctica alguna»²⁴ y los derechos de la parte en «entidades ilusorias»²⁵. La ejecución de aquello previamente decidido por los Tribunales de Justicia constituye una manifestación de capital importancia para la consecución de los objetivos constitucionales, hasta tal punto que «difícilmente podría hablarse de Estado de Derecho cuando no se cumplen las Sentencias y resoluciones judiciales»²⁶.

Además, en principio, dicha ejecución ha de ser llevada a cabo «en sus propios términos»²⁷ (según recoge el art. 18 LOPJ y reitera, con carácter específico, el art. 239 LPL) y, en consecuencia, «desconoce el derecho fundamental el Juez que, por omisión, pasividad o defectuoso entendimiento, se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo a ejecutar o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución cuando sea legalmente exigible»²⁸.

Los anteriores e impecables razonamientos, repetidamente utilizados por el alto Tribunal, muestran a las claras la necesidad de intentar decididamente conseguir la ejecución *in natura* de los pronunciamientos dictados por los Tribunales de Justicia. Sin embargo, cuando se trata de llevar a efecto obligaciones de hacer y no-hacer [dicho sea de paso, muy frecuentes en el ordenamiento social y, por hipótesis, objeto posible de una condena judicial²⁹] siempre han existido mayores dificultades para lograr su correcta y completa consecución.

²⁴ Entre un elenco todavía más amplio, SSTCo 32/1982, de 7 de junio; 26/1983, de 12 de abril; 67/1984, de 7 de junio; 106/1985, de 7 de octubre; 58/1988, de 6 de abril; 12/1989, de 25 de enero; 189/1990, de 26 de noviembre; 206/1993, de 22 de junio; 316/1994, de 28 de noviembre; 59/1996, de 15 de abril; 18/1997, de 10 de febrero; 163 y 202/1998, de 14 de julio y 14 de octubre o 3/2002, de 14 de enero.

²⁵ SSTCo 61/1984, de 16 de mayo o 73/2000, de 14 de marzo.

²⁶ SSTCo 67/1984, de 7 de junio; 15/1986, de 31 de enero o, entre las más recientes, 110/1999, de 14 de junio, y 73/2000, de 14 de marzo.

²⁷ SSTCo 167/1987, de 28 de octubre; 40/1994, de 15 de febrero o 1/1997, de 13 de enero.

²⁸ SSTCo 125 y 167/1987, de 15 de julio y 28 de octubre o 148/1989, de 21 de septiembre; entre las más recientes, 202/1998, de 14 de octubre.

²⁹ Un análisis exhaustivo en TASCÓN LÓPEZ, R.: *Las obligaciones de hacer y no-hacer en el Derecho del Trabajo*, León (Universidad de León), 2004, págs. 13 y ss.

El rastro del nefasto brocardo liberal *nemo praecise ad factum cogi potest* condujo a una perspectiva errónea según la cual parecía que resultaba imposible para el Derecho forzar la voluntad humana³⁰, lo cual encontró traducción en una regulación discutible de la ejecución no dineraria bajo la vigencia de la LEC'1881³¹, remediada por la más acorde contenida en la LEC'2000³², aun cuando persista una especie de inercia en la actuación de los órganos judiciales, a cuyo calor continúan mostrando una voluntad más débil para alcanzar la completa ejecución de este tipo de prestaciones.

Sólo bajo esta perspectiva resulta posible entender la negligente actuación del Juzgado de lo Social, no corregida por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al no poner ni voluntad (primero), ni acierto (después), en las medidas adoptadas para tratar de satisfacer la pretensión del ejecutante encaminada a verificar si la obligación de hacer que pesaba sobre la entidad bancaria ejecutada, consistente en eliminar los diagnósticos médicos de la base de datos sobre absentismo laboral, había sido efectivamente realizada.

Su despreocupación resulta especialmente preocupante al producirse en un orden especializado en el cual, dados los particulares intereses que tutela, parece existir un «punto más de exigencia»³³ en la obtención específica

³⁰ BORRÈ, G.: *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Nápoles (Jovene), 1966, pág. 40; MAZZAMUTO, S.: *L'attuazione degli obblighi di fare*, Nápoles (Jovene), 1978, págs. 1-3 o FERRONI, L.: *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Camerino (PSPDCUC-ESI), Camerino, 1983, pág. 271.

³¹ MORENO QUESADA, B.: «Problemática de las obligaciones de hacer», *RDP*, T. LX, 1976, pág. 467; TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *Las condenas no pecuniarias (Ejecución de sentencias de dar, hacer o no-hacer)*, Palma de Mallorca (Facultad de Derecho), 1984, pág. 107; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: *Las astreintes (Su aplicación al proceso español)*, Madrid (Edersa), 1985, pág. 9; GARCÍA MARTÍNEZ, A.: «La ejecución forzosa en forma específica de la obligación incumplida de dar, hacer y no-hacer», en AA.VV.: *Extinción de obligaciones*, Madrid (CGPJ), 1996, págs. 314 y ss. y CATALÀ COMAS, Ch.: *Ejecución de condenas de hacer y no-hacer*, Barcelona (Bosch), 1998, pág. 461.

³² PARDO IRANZO, V.: *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y no-hacer*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, págs. 19 y ss.; de la misma autora, «La ejecución sustitutiva de la específica en la LEC'2000», *Tribunales de Justicia*, núm. 4, 2002, pág. 2; ACHÓN BRUÑÉN, M.ª J.: «Cuestiones prácticas sobre la ejecución ordinaria y provisional de sentencia de condena no dineraria», *La Ley*, Premio de artículos doctrinales *La Ley*, núm. 5765, 2003, págs. 1 y ss. o PÉREZ DEL BLANCO, G.: *La ejecución no dineraria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Condenas de hacer, no-hacer y dar)*, León (Servicio de Publicaciones de la Universidad de León), 2001, pág. 27.

³³ BAYLOS GRAU, A.: «Aportaciones al mandato legal sobre la ejecución de sentencias en sus propios términos», *RDS*, núm. 11, 2000, págs. 39 y ss. o BLASCO PELLICER, A.: «Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial», *RDS*, núm. 12, 2000, págs. 49-50. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC'2000, entre otros, SALINAS MOLINA, F.: «La ejecución en la jurisprudencia constitucional», en AA.VV. (FOLGUERA CRESPO, J., Dir.): *El proceso laboral*

de las resoluciones judiciales y, por tal motivo, el art. 239 LPL reitera la obligación de cumplir las sentencias en sus propios términos y articula medios adecuados para lograrlo, bajo la forma de apremios pecuniarios y multas coercitivas, desplazando en ámbito del proceso social la regulación contenida en la LEC'2000, la cual permite la sustitución por el equivalente pecuniario, algo inadmisibles como regla en el ámbito laboral, salvo en los supuestos de imposibilidad acreditada³⁴.

Cabe destacar cómo a la denunciada pasividad en el empeño por lograr la ejecución *in natura* de este tipo de pronunciamientos ha contribuido aquella doctrina del Tribunal Constitucional de conformidad con la cual «el derecho a la tutela judicial efectiva no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de sentencia. Tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo, como una ejecución en la que por razones atendibles la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación. Desde este punto de vista, las condenas de hacer y de no-hacer... pueden transformarse, en trámite de ejecución de sentencias, en prestaciones por cantidades pecuniarias, sin que pueda decirse que de esta manera se viole la Constitución. Ello podrá llegar, incluso, a ser ilegal, mas por sí solo no genera violación del art. 24.1 CE»³⁵.

Su permisividad anterior, quizá excesiva, queda en el pronunciamiento ahora objeto de comentario debidamente corregida, habida cuenta el Tribunal muestra una sensibilidad muy de agradecer y fija una regla de orden ineludible que habrá de servir como toque de atención para los Tribunales Sociales en el camino por lograr su adecuada concienciación acerca de la importancia de ejecutar debidamente las condenas no dinerarias portadoras de obligaciones de hacer y no-hacer.

en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid (CGPJ), 1996, págs. 34 y ss. y BAYLOS GRAU, A.: «Obligaciones de hacer: las multas coercitivas (Análisis del art. 239 LPL)», en AA.VV. (RÍOS SALMERÓN, B., Dir.): *Puntos críticos en ejecución de sentencias*, Madrid (CGPJ), 1998, pág. 335.

³⁴ ORTIZ LALLANA, M.^ªC.: «Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso laboral; la ejecución definitiva de las obligaciones de hacer y no-hacer», *Social Mes a Mes*, núm. 58, 2000, pág. 22 o GÁRATE CASTRO, J.: «La ejecución no dineraria», en AA.VV. (RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Coords.): *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento laboral*, cit., pág. 642. Permítase también la remisión a TASCÓN LÓPEZ, R.: *La ejecución de obligaciones de hacer y no-hacer en el orden social de la jurisdicción*, Granada (Comares), 2005, págs. 133 y ss.

³⁵ STCo 58/1983, de 29 de junio; en igual sentido, SSTCo 205/1987, de 21 de diciembre; 194/1991, de 17 de octubre; 58/1993, de 15 de febrero; 322/1994, de 28 de noviembre; 18/1997, de 10 de febrero o 240/1998, de 15 de diciembre.



2.2. Corresponde a la (empresa) ejecutada acreditar el cumplimiento de la obligación de hacer a que fue condenada

La ejecución, según se ha escrito, fue instada debido a las sospechas del trabajador ejecutante acerca del incumplimiento de la obligación empresarial. En tal sentido, el Tribunal Constitucional sienta con claridad meridiana que hacer recaer sobre el ejecutante la carga de acreditar el incumplimiento de la obligación por parte del ejecutado [como el Juzgado de lo Social hizo en su providencia de 12 de marzo] «no satisface el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva ya que equivale a exigir del demandante una prueba imposible o diabólica de un hecho negativo susceptible de causar indefensión».

Además, prosigue el alto Tribunal, «dicha lesión no fue corregida por el auto de 14 de septiembre, el cual, si bien revocó la providencia impugnada, se limitó a requerir al banco para que aportase al juzgado un soporte documental de los datos del demandante que obrasen en su base, [ni tampoco por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que ratifica en suplicación dicho pronunciamiento]... La actuación del Juzgado de lo Social equivale a una negativa a verificar si la entidad bancaria había cumplido lo ordenado en la STCo 202/1999 en sus propios términos, aceptando, *de facto*, como cumplimiento, una mera manifestación de parte [a la que se otorga “presunción absoluta de veracidad”], sin ningún tipo de acreditación de cumplimiento».

La actuación de los Tribunales sociales (corregida por el Constitucional) no puede sino producir perplejidad, habida cuenta desnoce los más elementales principios de la ejecución procesal. En efecto, en fase ejecutiva se invierten los papeles y existe una presunción a favor del ejecutante de la existencia de la obligación objeto de la condena, lo cual permite proceder sin escuchar al ejecutado (*inaudita parte debitoris*)³⁶, debiendo ser el deudor quien, si considera haber dado perfecto cumplimiento a la obligación, haya de acreditarlo debidamente ante el órgano judicial para enervar así la ejecución en curso.

Por este motivo, cuando de manera novedosa —y necesaria³⁷— la LEC'2000 contempla las causas de oposición a la ejecución contempla como

³⁶ Tal limitación de los medios de contradicción y defensa debe quedar situada en el marco de la naturaleza y fines del procedimiento de ejecución, que parte de la existencia —por cuanto así consta en un título ejecutivo— del derecho pretendido por el acreedor, y no supone indefensión alguna —pues ya tuvo la posibilidad de defensa en la fase declarativa— ni lesión de la tutela judicial efectiva. SSTCo 41/1981, de 18 de diciembre; 64/1985, de 17 de mayo o 6/1992, de 16 de enero.

³⁷ ANDINO AXPE, L.F.: «El contencioso en la ejecución social. Incedentes, intereses y costas», *RL*, núms. 15-16, 1999, págs. 37 y ss.; SALINAS MOLINA, F.: «El contencioso en la

la primera de ellas el pago o cumplimiento (arts. 556.1 y 558 LEC'2000), exigiendo nada menos que su constatación documental, lo cual quizá deba ser atemperado en el caso de las obligaciones de hacer (por cuanto su cumplimiento resulta difícilmente documentable), pero no, desde luego, hasta el punto de eximir completamente al ejecutado de su deber probatorio, debiendo acreditar ante el órgano judicial, por algún medio válido en Derecho [recuérdese cómo en el caso en presencia el ejecutante pedía una prueba pericial informática, pero pudiera haber sido cualquiera otra que el Tribunal ejecutor considerara oportuna³⁸], su exacto y perfecto cumplimiento de la obligación.

Cabe refrendar, por último, lo absurdo el razonamiento de refuerzo dado por el Tribunal Superior de Justicia, quien alude «a la supuesta lesión del derecho a la intimidad del demandante que se produciría en caso de admitir la práctica de una prueba pericial para comprobar la supresión de las referencias a los diagnósticos médicos». Tal disquisición supone obviar, a juicio del Tribunal Constitucional y de quien firma el presente comentario, «que la práctica de tal medio de prueba, así como la intervención del Juzgado de lo Social como garnate de la ejecución [y el secreto profesional debido por el eventual perito interviniente], han sido solicitadas por el propio trabajador, único titular autorizado para disponer a su voluntad acerca del acceso y comunicación a terceros de sus datos personales de carácter médico, datos que, por lo demás, constaban en autos. No se trataba, pues, de garantizar la confidencialidad, sino de verificar, por medio de las pruebas que pudieran ser pertinentes al efecto, que la entidad creditica había dado cumplimiento, como afirmaba, a lo ordenado».

El recto entendimiento de la cuestión exige recordar cómo, según el art. 7 LOPD, los datos médicos pueden ser tratados con el consentimiento del titular siempre y cuando se haga para una finalidad legítima, como desde luego lo es servir de prueba en un proceso judicial a efectos de acreditar si han sido o no retirados de la base sobre absentismo laboral, lo cual, ciertamente, sí era contrario al derecho fundamental aludido, según había concluido en el supuesto fáctico que sirve de base al presente el Tribunal Constitucional.

ejecución: cuestiones incidentales y oposición», en AA.VV.: *Puntos críticos en ejecución de sentencias*, Madrid (CGPJ), 1999, págs. 97 y ss.; ROJAS RIVERO, G.P.: *El proceso de ejecución laboral*, Valladolid (Lex Nova), 2001, pág. 98 o FONOLL PUEYO, J.M.: «La regulación de la oposición a la ejecución y su aplicación al orden jurisdiccional laboral», *RTSS (CEF)*, núm. 218, 2001, pág. 128.

³⁸ TASCÓN LÓPEZ, R.: *La ejecución de obligaciones de hacer y no-hacer en el orden social de la jurisdicción*, cit., pág. 94.



2.3. **Corresponde al órgano judicial ejecutor adoptar cuantas medidas sean legalmente posibles y fácticamente necesarias para verificar y/o, en su caso, obtener el cumplimiento del fallo judicial**

El Tribunal Constitucional entiende que la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del trabajador demandante de amparo, en su manifestación de ejecución de sentencias, se produce por el negligente actuar del Juzgado de lo Social, quien reduce su actuación, primero, a aceptar la manifestación de cumplimiento de la entidad bancaria y, después, a meramente requerirla para que aporte un soporte documental de los datos obrantes en su fichero sobre absentismo laboral. Semejante comportamiento supone tanto como «renunciar a su obligación de velar por el cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en sus sentencias (art. 87.1 LOTCo)... Ciertamente el Juzgado de lo Social no venía obligado a acordar necesariamente la prueba pericial informática propuesta por el demandante para verificar si la entidad bancaria había cumplido, pues el derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba se limita a las que sean pertinentes³⁹... Pero sí le era exigible al órgano judicial una actuación que no se limitase a aceptar, sin más, la manifestación de la entidad crediticia de que había procedido a cumplir con lo ordenado».

En resumidas cuentas, «a la entidad bancaria le correspondía, pues, la carga de acreditar que, tal y como manifestaba, había procedido al puntual y exacto cumplimiento de lo ordenado⁴⁰, y al Juzgado de lo Social le competía velar porque aquélla cumpliera esa carga probatoria. Ello hubiera exigido del órgano judicial, dadas las singularidades del caso, una más activa participación en la consecución de dicha prueba»⁴¹.

³⁹ Sin que las partes tengan un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud del cual poder exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino sólo el derecho de recepción y práctica de las que sean pertinentes en atención a los hechos y el *thema decidendi*, correspondiendo a los jueces y tribunales ordinarios el examen de esa pertinencia, no pudiendo el Tribunal Constitucional sustituir esa actividad como si de una nueva instancia se tratara [SSTCo 233/1992, de 14 de diciembre; 236/1999, de 20 de diciembre; 45/2000, de 14 de febrero y 165/2001, de 16 de julio].

⁴⁰ «Cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes en el litigio, la obligación constitucional de colaborar con los órganos jurisdiccionales en el curso del proceso (art. 118 CE) exige que sea aquélla quien acredite los hechos determinantes de la litis», STCo 140/1994, de 9 de mayo.

⁴¹ En un proceso «como es el laboral, los órganos judiciales han de estar especialmente comprometidos en el descubrimiento de la totalidad de la relación jurídico-material debatida, a cuyo fin deben ser también exhaustivos en la introducción del material probatorio, utilizando, si fuere preciso, las diligencias para mejor proveer», STCo 227/1991, de 28 de noviembre, y 61/2002, de 11 de marzo.

Como el máximo intérprete de la constitución ha tenido ocasión de sentar repetidamente en anteriores ocasiones, el juzgador viene obligado a «adoptar todas las medidas oportunas para llevar a cabo el cumplimiento de la ejecución»⁴², en ejercicio del denominado principio de impulso de oficio. El derecho fundamental consignado en el art. 24.1 CE habrá sido vulnerado si tales decisiones no se adoptan con la intensidad necesaria —y legalmente posible— para remover cuantos obstáculos —no sólo iniciales, sino también posteriores⁴³— hayan podido aparecer en su curso⁴⁴, lo cual, en el presente supuesto, hubiera exigido del Tribunal una actividad más decidida para verificar que efectivamente la Entidad bancaria había retirado los datos sobre diagnósticos médicos de su base sobre absentismo laboral.

Cabe observar, pues, cómo en la ejecución no dineraria el ejecutor tiene por delante una labor no tasada [a diferencia de cuanto ocurre en la dineraria, en la cual la actividad jurisdiccional queda circunscrita a la muy concreta actividad de la realización de bienes] y tan amplia como sea precisa, debiendo adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación; para lograr la completa realización de la condena dispone de las medidas ejecutivas previstas por la legislación procesal; por cuanto al orden social hace, los apremios pecuniarios previstos en el art. 239.2 LPL, pero también, supletoriamente *ex art. 235 LPL*, la posibilidad de encargar la realización del hacer a un tercero y a costa del ejecutado, si la prestación es fungible (art. 706 LEC) o amenazar con incoar un procedimiento penal por desobediencia a la autoridad, si la obligación es personalísima (arts. 709.3 y 710 LEC'2000)⁴⁵.

En este sentido, también ha precisado el alto Tribunal que «no le compete precisar cuáles son las decisiones y medidas oportunas [de entre todas las posibles] que hayan de adoptarse en cada caso concreto por los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado que la Constitución les ha conferido en exclusiva en su art. 117.3». Sí le corresponde, en cambio —y es un extremo de particular importancia—, «corregir y reparar las eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva que tengan su origen en la pasividad o desfallecimiento de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias que aseguran el cumplimiento de los propios fallos»⁴⁶, pues en tales casos, evidentemente, es-

⁴² SSTCo 33/1986, de 21 de febrero o 28/1989, de 6 de febrero.

⁴³ STCo 167/1987, de 28 de octubre.

⁴⁴ SSTCo 6/1981, de 16 de marzo o 26/1983, de 13 de abril; entre las más recientes, SSTCo 170/1999, de 27 de septiembre, y 197/2000, de 24 de julio.

⁴⁵ Sobre todas estas cuestiones, extensamente, TASCÓN LÓPEZ, R.: *La ejecución de obligaciones de hacer y no-hacer en el orden social de la jurisdicción*, cit., págs. 41 y ss. y 113 y ss.

⁴⁶ Por todas, STCo 167/1987, de 28 de octubre.



tán atentando contra la posición jurídica del ejecutante, como en el presente supuesto sucede.

En particular, el ejecutor debe aguzar su pericia a la hora de luchar contra una concreta modalidad de fraude de ley procesal (art. 11 LOPJ) —que acaso sea cuanto se haya producido en este caso (o al menos así lo sospecha el trabajador)—, consistente en la conocida como «ejecución simulada o insincera»⁴⁷, esto es, aquella situación en la cual el condenado trata de dotar a su actuación de la apariencia de un cumplimiento [en el caso, presentar el documento de los datos que la empresa dice conservar, en el cual se eliminan los diagnósticos médicos] en realidad no producido [algo difícil de verificar porque los archivos informáticos son conservados internamente por la empresa y permanecen inaccesibles para los operarios afectados].

En un contexto semejante, resultaría cuando menos temerario pensar que la simple manifestación de la empresa afirmando haber cumplido (e, incluso, aportando un soporte documental en el cual se recogen todos los datos que ella dice conservar), significa que efectivamente ha cumplido y esta excesiva credulidad del Juzgado de lo Social, sin adoptar medidas adicionales de verificación, hace que no pueda decirse que el trabajador haya obtenido adecuada tutela judicial.

3. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

El pronunciamiento objeto de comentario merece una valoración sumamente positiva, por su empeño en mostrar la importancia y el camino para la correcta efectucción de las obligaciones de hacer (y no-hacer), llamando a los Tribunales Sociales a una mayor dedicación y esfuerzo en este punto, so pena de ver cómo sus pronunciamientos son anulados por no atender como se debe al derecho fundamental inespecífico a la tutela judicial efectiva de los trabajadores, en su manifestación de ejecución de sentencias.

Recuérdese cómo el ordenamiento jurídico-social tiene como objetivo fundamental ordenar la relación laboral acorde a criterios de Justicia y, en tal contexto, lograr la adecuación de la conducta de las partes al mandato general imperativo contenido en la norma (a través, en su caso, de la ejecución procesal) es tanto como valorar la efectividad misma del ordenamiento social.

⁴⁷ STCo 125/1987, de 15 de julio. También interesantes al respecto las reflexiones contenidas en la STCo 5/2003, de 7 de enero.



Añádase, para terminar, una reflexión —o deseo— final: cabe esperar que, cuando el pronunciamiento ejecutado no sea uno dictado por el propio Tribunal Constitucional, sino por alguno de los órganos del orden social de la jurisdicción ordinaria, el alto Tribunal muestre el mismo celo para dar cumplimiento a los mandatos ajenos que el ahora desarrollado para salvaguardar la efectividad del propio; será así como acabe de cristalizar el necesario cambio de mentalidad respecto a la ejecución de las obligaciones de hacer y no-hacer, y como los órganos judiciales (del orden social) muestren una voluntad más decidida (pues medios hay) para tratar de alcanzar su satisfacción *in natura*.





4

Informes y Documentos







LIBRO BLANCO SOBRE LA CALIDAD EN EL EMPLEO EN ANDALUCÍA: FLEXIBILIDAD Y SEGURIDAD LABORAL

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático E.U. Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Huelva

ÍNDICE

1. SITUACIÓN ACTUAL DEL MERCADO DE TRABAJO ANDALUZ: TEMPORALIDAD Y SINIESTRALIDAD LABORAL
2. MARCO GENERAL: LEGISLACIÓN Y ORIENTACIONES DE POLÍTICA DE EMPLEO
3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA CALIDAD EN EL EMPLEO
4. LA ACTIVIDAD PÚBLICA DE FOMENTO DE LA CALIDAD EN EL EMPLEO
5. CONCLUSIONES

Tras un lapso de tiempo en exceso dilatado sin informes, estudios o dictámenes verdaderamente profusos sobre aspectos centrales del sistema de relaciones laborales —quizás, por que tampoco se fomentaran—, acaban de ver la luz casi de forma simultánea al menos dos grandes trabajos que responden a este perfil y que presentan, curiosamente, un buen de número constantes o elementos comunes entre ellos. Se trata en ambos casos de estudios elaborados por comisiones de «expertos», expresión ésta mucho más acertada que la de sabios no ya sólo por el inevitable recuerdo de la también reciente experiencia en el ámbito audiovisual, sino por su mejor acomodación al propio concepto de saber multidisciplinar y diferente extracción. Equipos o grupos de expertos a los que se les solicita poner a disposición sus esfuerzos por parte de las más altas instituciones, en un intento por emular la ésta sí muy «sabia» tradición de los sistemas legislativos anglosajones, proyectada cada vez más en el ámbito comunitario, de asesoramiento especializado en forma de Libros que se someten por ello a contraste y análisis antes de acometer una reforma.

Junto a estas circunstancias, e incluso otras que pueden considerarse menores y casi anecdóticas como la de la coincidencia de algunos autores en la composición de ambas comisiones, es sin duda la confluencia sobre el objeto material o de fondo lo que de veras va a hacer reseñable y plausible

la coincidencia. Y es que se trata de la situación del empleo, desde un punto de vista que va desde la realidad de su cantidad y cualidad, a la de sus caracteres, su reparto o distribución. El mercado de trabajo en suma, desde su configuración hasta su regulación. O dicho sin tanto eufemismo, de analizar la calidad del empleo existente y posible, entendida como más y mejor tipo de relación laboral, y en su sentido más amplio posible, tanto para los intereses de los sujetos de la relación contractual como de todos los posibles contenidos que puedan ser ligados a esta acepción, siempre positiva, del término «calidad»: estabilidad, seguridad, continuidad, profesionalidad, compatibilidad, no siniestralidad, etc.

Nos estamos refiriendo, por supuesto, a los estudios elaborados en sede estatal por la comisión creada como consecuencia de la firma de la Declaración para el Diálogo Social (Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social), entre el Gobierno y los interlocutores sociales en julio de 2004, y cuyo informe ha sido publicado (http://www.mtas.es/empleo/informe_pdf/INFORME.pdf) bajo el título «*Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*». Así como a la obra auspiciada desde la propia Presidencia de la Junta de Andalucía, titulada «*Libro blanco sobre la calidad en el empleo en Andalucía: flexibilidad y seguridad laboral*», editada por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en el seno de su colección Monografías de Temas Laborales, con el número 24/2005.

Obras ambas del mayor interés, y no sólo por su rigor científico, que merecen no ya análisis singulares y de conjunto, que no de comparación, por cuanto que realmente representan un modélico ejemplo de complementariedad. No en vano, y pese a que coinciden en buena parte de la realidad que analizan, muestran una diversidad metodológica, de aproximación, valorativa y también en el capítulo de su conclusión que no sólo se justifica por su respectiva singularidad funcional o de respuesta a los concretos mandatos iniciales de demanda, también por la riqueza de sus planteamientos.

En cualquier caso, hay que anunciar, esta crónica se va a centrar en el Libro Blanco Andaluz, entre otras razones porque no faltan análisis más autorizados y ya publicados sobre el informe estatal, amén, de por su obvia y mayor afinidad para con la colección de esta Revista. Con el ánimo de cerrar la ficha descriptiva, cabe añadir también que bajo la coordinación de la Presidenta del CARL, D.^a Mercedes Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, su autoría material se debe a la aportación de los Profesores Alcaide Castro, Cruz Villalón, Fernández López, Sáez Lara y Rodríguez-Piñero Royo, todos ellos como se sabe Catedráticos de distintas Universidades Andaluzas. Con una extensión total que ronda las cuatrocientas páginas, el libro se estructura en torno cuatro grandes capítulos, más el final de conclusiones. Esqueleto que nos servirá de hilo conductor de este comentario, con indepen-



dencia de apuntar que también se anexan una serie de observaciones metodológicas, de normas autonómicas en materia de empleo, de fichas modelo diseñadas para un análisis de transversalidad, además de unos cuadros sobre las campañas de empleo de calidad.

1. SITUACIÓN ACTUAL DEL MERCADO DE TRABAJO ANDALUZ: TEMPORALIDAD Y SINIESTRALIDAD LABORAL

Este primer capítulo, de marcado carácter económico y estadístico, resulta sin duda de los de mayor interés —sobre todo, por lo novedoso— para aquellos lectores más acostumbrados a cuestiones estrictamente jurídicas. Tras una aproximación dogmática a la funcionalidad de la temporalidad en la gestión de las empresas, en cuanto que mecanismo tradicional para disponer de las necesarias dosis de flexibilidad, y situada siempre en el marco de las profundas transformaciones tecnológicas, formativas y geoestratégicas en las que se desenvuelven los mercados, las principales cifras del mercado de trabajo andaluz revelan lecciones que no por sabidas dejan de ser interesantes. Entre ellas, las referidas al crecimiento de la ocupación en los últimos diez años, que sitúan a nuestra Comunidad Autónoma entre las primeras del conjunto del Estado con cifras acumuladas superiores al 57%. Evolución muy positiva tanto porcentual como cuantitativamente aunque no llegue a significar un cambio radical en la estructura económica productiva, en el sentido de que se observan tendencias tan singulares como el aumento del peso del sector primario, la constante del sector servicios o la pérdida del peso industrial respecto del conjunto. En cuanto a la identificación de los sectores y ramas de actividad que tienen una mayor importancia, siguen siendo los tradicionales, primario, construcción, comercio, hostelería, servicios no de mercado e industria agroalimentaria.

Por el contrario, hay que destacar que este aumento de la ocupación y la actividad no se traduce en un descenso significativo de la población desempleada, entre otras razones, por el aumento también considerable de la población activa, gracias sobre todo a la masiva incorporación de la población femenina y de edad más joven. Unas cifras de paro que no sólo llaman la atención desde una perspectiva cuantitativa. Y es que el dato a observar es el de la coexistencia de un desempleo relativamente elevado con ofertas de empleo que quedan sin cubrir. Lo que obliga a pensar en la existencia de un salario de reserva, cada vez más elevado entre la población andaluza, que impide o dificulta la movilización de la población desocupada. Alza del salario de reserva que se ha de poner en conexión, a su vez, no sólo con el régimen de acceso a las prestaciones del sistema de público de protección por desempleo, también, con las convicciones socioculturales que comienzan a imperar.

Desde la perspectiva estricta de la temporalidad y/o el carácter indefinido de los contratos, que es el objeto central del estudio, este primer capítulo va desgranando datos, argumentos, no sin dificultad por las desavenencias que a veces se observan entre las distintas fuentes de acceso, para afirmar: 1) Aunque a nivel internacional y comparado las cifras que muestran el mercado español y andaluz son verdaderamente alarmantes, no debe sin embargo perderse de vista la disparidad de magnitudes que se contraponen, toda vez que la fijeza o el carácter indefinido de los contratos va indefectiblemente unido a la posibilidad y al coste de su resolución, materia ésta en la que no cabe hablar de una mínima uniformidad siquiera en el entorno de los países más cercanos. 2) Andalucía presenta la tabla más elevada de temporalidad del conjunto del Estado, junto a Extremadura y Canarias. 3) Entre las causas que explican esta realidad se encuentran sin duda las comunes al conjunto: cultura empresarial, peso de la tradición o inercia auspiciada desde la crisis de los ochenta, presión de la globalización e internacionalización, menor coste del personal temporal pese a las normas antidiscriminación, facilidad de los procedimientos de salida, todas ellas, por supuesto, además de las tradicionalmente ligadas a la idea de flexibilización máxima. 4) Entre los factores autóctonos que explicarían su especial incidencia en Andalucía se encontraría el del diseño de la estructura productiva, aunque no parece que sea la única razón.

La identificación o residencia final de estos índices de temporalidad se localiza finalmente en una serie de colectivos específicos que son los soportan en mayor medida la penosidad de estos contratos. Es el caso de los jóvenes, para los que la temporalidad juega un rol adicional al ser una especie de categoría inicial de acceso o inserción al mercado, en el sentido de llegar a ser hasta aceptado por las propias partes como algo «natural» y casi necesario —a semejanza de lo que ocurre con los contratos formativos o de adquisición de experiencia—. El paso de esa primera etapa formativa o de inserción a la contratación de calidad, puede medirse también en términos de tiempo, lo que reflejará en última instancia la situación de los jóvenes. En ese sentido, los tránsitos son excesivos, por encima de los dos años para egresados del sistema educativo nivel superior, lo que representa un gran lastre por muy generalizado que se encuentre este dato en el conjunto de las comunidades autónomas. El periodo es aun mayor en el caso de las mujeres que de los hombres. Por nivel de instrucción, la relación es inversamente proporcional, disminuyendo la tasa de temporalidad a mayor formación.

Junto a la edad, la formación e, incluso, la rama de actividad (la temporalidad es menor en educación y actividades sanitarias que en agricultura, construcción e industria manufacturera —con porcentajes superiores a los de la media nacional—), el sexo o género, se revela como el dato diferencial por excelencia, con mediciones absolutamente significativas cuando



se mezclan todas ellas a modo de cóctel explosivo —vgr. Joven, mujer, en puesto de escasa cualificación y sector productivo estacional—.

La nacionalidad, el carácter parcial de la jornada comprometida o la adscripción al sector público o privado se revelan también como factores explicativos de la calidad en el empleo, específicamente este último, sobre todo a nivel local territorial, lo que se explica no sólo por el considerable aumento de peso de las corporaciones locales como por las dificultades legislativas y presupuestarias para la dotación de plazas de carácter fijo e indefinido. Por circunscripciones provinciales, Huelva, Almería y Jaén, parecen presentar los máximos porcentajes de temporalidad, sin que pueda identificarse un solo dato o carácter como justificativo de la diferenciación.

El segundo gran bloque conceptual que se liga a la calidad en el empleo, junto a la temporalidad del vínculo, es el índice de siniestralidad. Y es que, tanto a nivel autonómico como estatal, los datos revelan que a igualdad o manteniendo como constantes las nueve variables contempladas en el modelo (rama de actividad, nivel de cualificación, horas de trabajo, nivel de e instrucción, persona o no de referencia en el seno del hogar familiar, tipo de contrato, residir dentro o fuera de Andalucía y trabajo a domicilio), los resultados son contundentes en el sentido de poder afirmarse que resulta menos probable sufrir un accidente si se trabaja con un contrato de trabajo indefinido que si se trabaja con uno de carácter temporal.

Analizados los accidentes y partes de enfermedad por razón del género, las tasas revelan no obstante una mayor siniestralidad de los hombres que de las mujeres, lo que puede explicarse no sólo por la posible mayor peligrosidad de los trabajos desempeñados, también por el diferente nivel de cualificación y el sector de actividad en el que mayoritariamente se desenvuelve cada colectivo. Por lo que respecta a la identificación de los sectores o ramas con mayor número de accidentados, y lo que es más relevante, con mayores índices de siniestralidad, los datos son comparables a los del conjunto del Estado, destacando el sector terciario o de servicios en cuanto a los números absolutos que arroja, y de la construcción y la agricultura en cuanto a mayores porcentajes relativos, de conformidad con el peso específico que éstos tienen a su vez en el diseño estructural de la economía andaluza.

2. MARCO GENERAL: LEGISLACIÓN Y ORIENTACIONES DE POLÍTICA DE EMPLEO

En esta parte del Libro Blanco el análisis va a tornar básicamente jurídico y de conformidad con los objetivos y singularidades que se hacen explícitos en el mismo se va a optar por un método de aproximación vertical o en función de la procedencia de las fuentes. Es decir, conocida la existen-

cia de una comisión nacional encargada de la evaluación de las políticas de empleo del último decenio —léanse, disposiciones legislativas y/o normativa estatal—, los objetivos declarados van a ser: conocer el marco general condicionante, lo que se traduce en la búsqueda y descripción de los compromisos supranacionales o de origen comunitario, fundamentalmente; explorar las posibilidades competenciales de nuestra Comunidad Autónoma; valorar el desarrollo de la autonomía colectiva y, por último, referirse a la actividad pública de fomento. Aspectos, en definitiva, que servirán de objeto y título de los siguientes apartados.

Del primero de todos ellos, del análisis del Derecho Comunitario, sus comienzos, las dificultades de su armonización, los avances legislativos y jurisprudenciales, cabe destacar como la agrupación de sus preocupaciones en torno a la calidad del empleo también se pueden agrupar en torno a dos voces fundamentales: el trabajo atípico y la seguridad laboral. Voces que permitieron desarrollos progresivos que no paralelos en cuanto que se constituyen en títulos habilitantes con diferente régimen jurídico constitucional.

Sus desenlaces respectivos hasta la normalización que supuso la Directiva Marco y el conjunto de Directivas Específicas, o la propia definición de la Estrategia Europea para el Empleo, pasando por las diferentes cumbres, definición de objetivos o protagonismo indiscutible, no ya sólo en el orden social de la Unión, no merece ahora de una mayor mención por ser de sobra conocido. De ahí quizás que la parte más sustanciosa del informe se centre en lo que sin duda quiere representar la mayor aportación al debate de la calidad en el empleo pero que difícilmente lo ha conseguido más que nominalmente, al menos hasta ahora. Nos referimos a ese especie de palabro que no viene a esconder sino una auténtica entelequia como es la que se esconde tras la noción de «flexiguridad». Y ello, no tanto porque quiera criticarse su loable objetivo, compatibilizar en la medida de lo posible las contradictorias demandas de flexibilidad empresarial y seguridad laboral, sino porque recuerda inevitablemente la idea de negación del conflicto de intereses aunque sólo sea en un grado menor como es el de su atenuación.

En cualquier caso, la conclusión más positiva a extraer es la de la utilidad que puede representar ligar las demandas de flexiguridad, como sinónimo de calidad, con las propias de otra noción emergente que ha de ser, a buen seguro, título legitimador de próximas manifestaciones legislativas, la de responsabilidad social de las empresas, en cuanto que ambas tienden en definitiva, por una vía impuesta o consensuada, a buscar nuevas y más modernas posiciones de equilibrio.

El segundo gran bloque temático de este apartado general, se decía, es el de los condicionantes normativos a nivel autonómico, con vistas a explorar, sobre todo, las posibilidades de un nuevo desarrollo. Partiendo de los parámetros constitucionales y estatutarios andaluces, la doctrina del Tribu-



nal Constitucional se convierte en el eje central del discurso, por cuanto que han sido sus interpretaciones y construcciones las que hecho posible los actuales marcos generalizados en todas las Comunidades Autónomas en materia de fomento y promoción económica.

A este respecto, la reciente doctrina en materia de subvenciones copa buena parte de la reflexión en cuanto que vía transversal o interdisciplinar que podría permitir una acción más incisiva de la autoridad autonómica, en su acción de fomento del empleo y de la formación profesional continua. Y es que no cabe ya obviar que el empleo es un título muchísimo más amplio que el del trabajo asalariado, sobre todo, difícilmente encorsetable o escamoteable a la acción de los poderes autonómicos, tal como reconoce de manera explícita la misma Ley de Empleo, de 16 de diciembre de 2003. Aunque hasta el momento, los diversos planes y estrategias desarrollados en el conjunto de nuestras autonomías, tal como se describe al final del capítulo, no dejan de ser meros condicionantes indirectos del diseño final de las contrataciones, por ende, de mediato impacto en cuanto a la calidad del mismo.

Cierra este capítulo la descripción de las líneas seguidas en materia de prevención, desarrollada por cierto mucho más tardíamente y en sus aspectos organizativos de manera casi exclusiva hasta fechas recientes.

3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA CALIDAD EN EL EMPLEO

Saltado el escalón de la fuente normativa por excelencia, el estatal, el siguiente plano que se analiza es el de la autonomía colectiva y su papel en materia de erradicación de la alta temporalidad y siniestralidad de nuestro mercado de trabajo. Con un dominio dogmático exquisito, todo haya que decirlo, el análisis comienza exponiendo las posibilidades del marco legal vigente, particularmente del Estatuto de los Trabajadores, en aras a evitar la contratación temporal injustificada, así como la modulación de los efectos perniciosos que puede conllevar su concatenación y generalización. Contrastado el marco, a reglón seguido se evalúan algunos de los resultados concretos que se observan en la negociación colectiva andaluza, bien en ejecución de las posibilidades legales, bien en cumplimiento de las reglas de ordenación y articulación instauradas por los propios acuerdos nacionales para la negociación colectiva.

El mismo esquema se sigue en materia de prevención de riesgos laborales, localización del marco y de las posibilidades de desarrollo, así como grado de ejecución detectable en los textos de los convenios andaluces.

Sin embargo, y sin desdeñar tanto las críticas que se traslucen a la dejación de responsabilidades que en esta materia las normas realizan en favor (sic) de la autonomía colectiva, algo menos al escaso grado de compro-

miso real que se detecta en los textos de los convenios, son las conclusiones o proposiciones de futuro las que merecen ser destacadas. En ese sentido, se invita a una decidida clarificación del modelo, si no por reforma normativa del mismo, sí al menos a través de una mayor ayuda institucional a los negociadores con guías y cláusulas tipo que pueden al menos favorecer la toma de conciencia de los componentes de las mesas negociadoras de las posibilidades de las que disponen en orden a posibilitar un mayor índice de calidad-seguridad en el empleo.

En la misma línea, se indican contenidos posibles en materia de evaluación de riesgos específicos de los puestos en función del perfil de sus titulares, la consecución de mejoras ostensibles en vigilancia de la salud y, sobre todo, a la eliminación de riesgos que sirvan de causa a complementos salariales específicos. Así como a un uso selectivo, no por ello más pausado o menos eficiente, de la potestad en orden al control de legalidad de los contenidos. Y ello, aunque sólo fuere en aras a evitar por ejemplo prácticas de «ingeniería normativa» dirigidas a esquivar las consecuencias naturales del principio de igualdad, que pueden terminar justificando apuestas decididas por la temporalidad con base en argumentos de coste o de tipo economicista.

4. LA ACTIVIDAD PÚBLICA DE FOMENTO DE LA CALIDAD EN EL EMPLEO

El último de los bloques analíticos, bastante más heterogéneo que los anteriores y por ello mismo de más compleja catalogación, agrupa en torno a la idea de qué pueden/deben fomentar los poderes públicos en aras a la consecución de un incremento de la calidad del empleo una serie de materias y acciones que van desde de la formación e impregnación de nuevos valores en todo tipo de actuación, desde la publicitaria al ciclo de enseñanza reglada, a la defensa de una decidida política de transversalidad en todos los órdenes de intervención.

La transversalidad o *mainstreaming*, más conocida desde su incorporación en el ámbito de la igualdad por razón de género, se define como *la incorporación de objetivos de calidad en el empleo como ejes transversales que han de ser contemplados en el moldeado de todas las políticas públicas*. De esa forma, y previa evaluación del impacto que sobre el empleo o la calidad del mismo debiera hacerse en relación con cualquier diseño de política pública, podría comenzarse a influir más decisivamente en la estratificación actual del mercado de trabajo en aras, sobre todo, a su redimensionamiento.

Para favorecer la puesta en marcha de esta nueva óptica, el informe concreta y enfatiza las preguntas que han de hacerse ante cualquier nueva intervención pública, incluso de aquellas que aparentemente puedan aparecer



como más alejadas o neutras desde la perspectiva del empleo. Llegándose a concretar en los anexos hasta un modelo de ficha para la evaluación del impacto. El análisis culmina con la exposición de dos concretos supuestos prácticos: 1) El de la posibilidad de incorporación de medidas de fomento de la calidad en los contratos públicos que realice la Junta de Andalucía en el ámbito de sus competencias —que recuerda al que en parecidos términos se realizó en el seno del Ayuntamiento de Sevilla, referido fundamentalmente a la siniestralidad en el ámbito de las contratatas y subcontratatas, y cuyo análisis ha sido publicado en un número anterior de esta misma Revista—. Posibilidad que avala la vigente normativa de contratación, no sólo nacional sino también comunitaria, que ha girado de forma que permite afirmar que los condicionantes de coste económico —precio más bajo— no suponen una traba definitiva a estos efectos. De manera que un sistema de adjudicación que prime, no totalmente pero sí razonablemente, ofertas con una incidencia positiva en el empleo resulta plenamente acorde a los principios y objetivos en vigor. 2) El fomento de la formación e investigación en centros docentes universitarios sería el segundo ejemplo concreto de implantación.

Un conjunto de medidas complementarias que irían desde la instauración de un código de buenas prácticas, con especial incidencia entre las empresas con peso específico en nuestro mercado, la instauración de una cultura de la calidad, con mejoras o incentivos para la defensa de una «flexibilidad responsable» o la creación de una marca o «label» que ayudara a identificar las organizaciones seriamente comprometidas coadyuvarían a su implantación.

5. CONCLUSIONES

El libro blanco sobre la calidad del empleo en Andalucía cierra, como puede y debe presumirse en un trabajo de estas características, con un capítulo de conclusiones y propuestas dirigidas fundamentalmente a los diversos poderes autonómicos y a los propios agentes sociales. Su resumen, en un análisis sintético como éste, que ha pretendido ir desgranando precisamente las diversas aportaciones parciales de cada uno de sus capítulos sería poco menos que una osadía, de ahí que en este punto no pueda sino realizarse una remisión directa al mismo.

Las conclusiones pues, deben entenderse así cambiadas por una reflexión personal del que suscribe, tanto sobre la materia en sí como sobre el contenido del informe o de los informes. En ese sentido, cabría apuntar que junto a las bondades del tratamiento jurídico y económico descrito, se echa en falta un mayor espíritu crítico. Y es que las situaciones dadas no suelen ser nunca fruto de la casualidad, sino que existen causas o al menos concausas que si no producen directamente los efectos detectados, sí per-

miten afirmar que no han hecho todo lo posible para evitarlos. Es cierto en ese sentido que el informe estatal resulta algo más incisivo tanto en la valoración-evaluación de la política legislativa de los últimos años como en la propia indicación de las posibilidades de reforma futura, no en vano es en esa sede en la que se residen las competencias de intervención por antonomasia y se trata además de un estudio que responde a la demanda de nuevos responsables. Pero ello no debe ser óbice para criticar el seguidismo que el conjunto de las políticas —todas, nacionales y autonómicas— han venido realizando en los últimos años en materia de «fomento del empleo» —un conjunto más o menos multiforme de subvenciones y bonificaciones—, o la falta de capacidad para redimensionar las estructuras productivas que, a la postre, parece que son señaladas como elemento determinante, casi insoslayable, de la existencia estructural de la temporalidad en nuestros mercados de trabajo.

De otra parte, las indicaciones sobre políticas formativas, el impulso de buenas prácticas o el fomento de nuevas culturas empresariales serán siempre técnicas plausibles, pero no es menos cierto que es más que incierta su eficiencia, máxime a corto o medio plazo. Lo anterior no debe entenderse de todas formas en clave de que los rigores del sistema instaurado son inevitables. Más bien al contrario, es decir, si modificados los parámetros normativos hace ya algunos años, si el nivel de consenso incluso a nivel social está más que asentado, y a pesar de ello los índices de temporalidad y siniestralidad, de falta de calidad del empleo en suma, son realmente preocupantes hasta el punto que casi insostenibles, es que resultan necesarias medidas mucho más incisivas. Una determinación que, por supuesto, sólo puede abordarse con los instrumentos de los que se dispone, pero que son, y deben serlo, más de los que a veces se nos presentan. En ese sentido, tal como apunta el Libro Blanco, las capacidades sancionadoras y correctoras, complementadas con incentivos directos a la creación y mantenimiento sólo de empleos de calidad, son un principio. Su articulación, a través por ejemplo de los estudios de impacto o transversalidad, así como su llevanza a la práctica hasta sus últimas consecuencias, el camino.

El mensaje final parece claro, ante la disyuntiva, es el tiempo de la calidad antes que de la cantidad, al menos, mientras los niveles de mínimo sigan cubiertos como parece que los tenemos en la actualidad.



5

Reseña de Legislación







Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (abril-junio, 2005)

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO *

DECRETO 149/2005, de 14 de junio de 2005, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido

Entre los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el artículo 12.3.1.e del Estatuto de Autonomía, señala «la consecución del pleno empleo en todos los sectores de la producción y la especial garantía de puestos de trabajo para los jóvenes andaluces», previsión que a nivel competencial debe completarse con lo dispuesto en el artículo 17.2 del citado Estatuto de Autonomía, donde se reconoce a nuestra Comunidad Autónoma la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia laboral, funciones para las que la administración andaluza cuenta con facultades y servicios propios, «sin perjuicio de la alta inspección del Estado y de lo establecido en el artículo 149.1.2.a de la Constitución». En atención a todo lo dicho, el artículo 18.1 de dicho Estatuto de Autonomía, encomienda a la Comunidad Autónoma andaluza, de acuerdo con las bases y la ordenación económica general y la política monetaria del Estado y en los términos de lo dispuesto por los artículos 38, 131 y 149.1.11.a y 13.a de la Constitución, la competencia exclusiva en materia de: «Fomento y planificación de la actividad económica en Andalucía», sin perjuicio de lo cual, las actuaciones de fomento del empleo llevada a cabo por dicha administración coexisten con las impulsadas por otras administraciones públicas.

Paralelamente, en esta materia, se han producido importantes impulsos desde los acuerdos de concertación social. En concreto, el VI Acuerdo de Concertación Social en Andalucía contempla, entre sus objetivos prioritarios, la creación de más y mejor empleo, circunstancia que viene reiterándose históricamente en todos los procesos de concertación social concluidos entre el Gobierno andaluz y los agentes sociales y económicos. La opuesta realidad del mercado de trabajo andaluz pretende invertirse poniendo en funcionamiento políticas de fomento del empleo que, a su vez, pretenden impulsar la cultura de la calidad en

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide.

el empleo, estableciendo así las bases para articular una serie de instrumentos de intervención que permitan mejorar los niveles y la calidad del empleo en nuestra Comunidad Autónoma, generando nuevas dinámicas en el marco de las relaciones laborales. Las medidas que se articulan en el Decreto comentado pretenden beneficiarse de las oportunidades que podrían producirse como consecuencia del propio desarrollo de otros derechos sociales tales como el derecho a la integridad física, el derecho a la seguridad en el trabajo, el derecho a la intermediación laboral pública, gratuita y eficaz o el derecho a la inserción laboral.

Por otra parte, las medidas y actuaciones que se articulan a favor de la calidad del empleo pretende tomar en consideración las distintas realidades de los territorios de Andalucía para responder a sus necesidades específicas, sin perjuicio de la necesaria integración que permita vertebrar los instrumentos de las políticas de empleo en aras a alcanzar mayores niveles de eficacia, tal y como se recogen en la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo.

Con el objetivo de establecer un servicio personalizado, la materialización de las medidas adoptadas debe partir de enfoques individualizados, dirigiéndose a los beneficiarios de una manera individual, conformando itinerarios de inserción individualizados, de manera que las medidas de empleo puedan desarrollar plenamente el sentido social requerido. En este sentido, las medidas que se articulan suponen una apuesta por el crecimiento del empleo de la mujer y de los jóvenes, incidiendo tanto en el crecimiento de las tasas de actividad de ambos colectivos, como en la superación de situaciones de segregación profesional y precariedad laboral. En concreto, el artículo 2 del Decreto establece cuatro tipos de medidas:

1. Incentivos a la contratación con carácter indefinido, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, a favor de entidades de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras
2. Incentivos a la contratación con carácter indefinido a tiempo completo, a favor de entidades empleadoras de más de doscientas cincuenta personas trabajadoras
3. Incentivos a las transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, a favor de entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras
4. Incentivos en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo

Junto a lo anterior, las medidas suponen también una apuesta por las pequeñas y medianas empresas, estableciendo a favor de las mismas discriminaciones positivas en función a sus plantillas; en concreto, las empresas que contraten a un número igual o inferior a 250 trabajadores tendrán acceso a ayudas a la contratación de trabajadores con carácter indefinido, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial (Capítulo II), y a las transformaciones, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial indefinido (Capítulo IV); por su parte, las entidades empleadoras de más de 250 trabajadores únicamente podrán acceder a incentivos a la contratación con carácter indefinido (Capítulo III). Por último, diferentes colectivos, considerados como desfavorecidos, encuentran atención en el presente Decreto; es el caso de los parados de larga duración mayores de 45 años, mujeres víctimas de violencia de género, personas con discapacidad,

exreclusas, drogodependientes rehabilitadas, usuarias del programa de solidaridad, inmigrantes, pertenecientes a minorías étnicas, y demás personas desfavorecidas o en riesgo de exclusión (artículo 4.1). Con relación a los incentivos en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo, el SAE podrá establecer áreas territoriales que requieran de una intervención preferente en materia de empleo, articulando ayudas que podrán alcanzar en su cuantía hasta dos veces y media el Salario Mínimo Interprofesional vigente (Capítulo V).

Por último, teniendo en cuenta que el objeto del Decreto es fomentar la creación y mantenimiento de un empleo estable y seguro, las ayudas en él establecidas no pueden quedar sometidas a un régimen de concurrencia competitiva, no resultando necesario establecer comparación entre solicitudes ni prelación entre las mismas (artículo 3).

La Disposición Derogatoria Única extiende parcialmente sus efectos sobre varias normas precedentes, tales como el Decreto 141/2002, de 7 de mayo, sobre incentivos, programas y medidas de fomento a la creación de empleo y autoempleo; el Decreto 11/1999, de 26 de enero, que regula los incentivos a la creación de empleo mediante la reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales y la reorganización del tiempo de trabajo; y el artículo 7 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas. Expresamente se mantiene en vigor la Orden de 24 de junio de 2002, en lo referente a los incentivos a la adaptación de los puestos de trabajo y a las bonificaciones a las cuotas empresariales a la Seguridad Social a favor de personas con discapacidad.

DECRETO 148/2005 de 14 de junio de 2005, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de empleo

La Ley 4/2002, de 16 de diciembre, crea el Servicio Andaluz de Empleo como organismo autónomo, al que se le atribuye la gestión de las políticas de empleo de la Junta de Andalucía, justificándose esta decisión en la necesidad de disponer de una estructura operativa y adecuada a su desarrollo y ejecución, posibilitando una gestión integral y coordinada de las actuaciones en materia de empleo. El Servicio Andaluz de Empleo se crea en el ejercicio de las competencias que la Comunidad Autónoma ostenta para la ejecución de la normativa estatal en materia laboral, y para el cumplimiento de las competencias previstas como exclusivas en el artículo 18.1.1.^a del Estatuto de Autonomía para Andalucía sobre fomento y planificación de la actividad económica de Andalucía.

Formalmente, el Servicio Andaluz de Empleo es un organismo autónomo creado al amparo del artículo 13.1 de nuestro Estatuto de Autonomía. En atención a las competencias de autoorganización de las instituciones del Gobierno Andaluz, el Decreto comentado procede a establecer la estructura y a fijar el funcionamiento del SAE. Siendo dicha entidad, fruto del diálogo social en el ámbito autonómico, los Estatutos que lo regulan abordan la estructura organizativa y las funciones que a los distintos órganos que la componen se le asignan, atendiendo al perfil participativo que ya viene diseñado desde la propia norma de creación.

El Capítulo I de los Estatutos reconoce su naturaleza jurídica como organismo autónomo de carácter administrativo, y aborda los objetivos y cometidos

que el Servicio Andaluz ha de cumplir, en consonancia con lo previsto en su Ley de creación. En este sentido, el artículo 1 atribuye al SAE las competencias de gestión de las políticas de empleo de la Junta de Andalucía, para cuyo ejercicio deberá tenerse presente, a su vez, la enumeración de competencias del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía previstas en el artículo 4 y la atribución de funciones a la Consejería competente en materia de empleo prevista en el artículo 5. El Capítulo II contiene un mayor alcance de desarrollo normativo, puesto que se trata de concretar las normas de funcionamiento de los distintos órganos previstos en la Ley (artículos 6 a 21). El artículo 6 establece la estructura orgánica, de gobierno y gestión, la estructura territorial, en las distintas provincias, y la estructura de participación, mediante la creación del Consejo Consultivo. Especialmente relevante es la regulación de los órganos colegiados previstos a nivel legal, cuya estructura previamente definida, se concreta en la presente norma, dotándoles del marco de funcionamiento que debe permitir la eficaz ejecución de los cometidos encomendados. El Capítulo III de los Estatutos se ocupa de los recursos económicos y financieros del organismo, reiterando el sometimiento a los principios de intervención, contabilidad y presupuestación públicas, las reglas que completan el régimen jurídico de actuación administrativa y la enumeración de las posibles vías de financiación de su actividad (artículos 22 a 26). Por último, el Capítulo IV delimita la naturaleza de los recursos humanos que se incorporarán al SAE (artículos 27 a 28).

ORDEN de 21 marzo de 2005, por la que se modifica la de 4 de julio de 2002, en la redacción dada por la Orden de 19 de noviembre de 2002, por la que se desarrolla el Programa de Apoyo al Empleo en Proyectos de Interés Social

La aprobación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, determina la necesidad de adecuar a ambas algunas normas de rango inferior, tales como la Orden de 4 de julio de 2002 de la Consejería de Empleo, en la redacción dada por la Orden de 19 de noviembre de 2002, por la que se desarrolla el Programa de apoyo al empleo en proyectos de interés social. La citada Orden de 4 de julio de 2002, desarrolla el Programa de Apoyo al Empleo en Proyectos de Interés Social definido por el Decreto 141/2002, de 7 de mayo, sobre Incentivos, Programas y Medidas de Fomento a la creación de empleo y autoempleo, estableciendo dos líneas de ayuda.

La primera de ellas establece Ayudas a la contratación para el desarrollo de proyectos de interés social desarrollados por instituciones sin ánimo de lucro, de ámbito autonómico, o por Entidades Locales. En el tratamiento de esta materia, hemos de tener en cuenta la labor social de los beneficiarios en tanto que impulsores de proyectos que fomentan el empleo y facilitan a las personas desempleadas experiencias profesionales que les permite integrarse en el mundo laboral. La vocación social del proyecto y el hecho de que los destinatarios finales de dichas ayudas sean personas desempleadas determinan la concreta situación de los posibles beneficiarios de las ayudas. Ello nos lleva a aplicar la excepción contenida por el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 31 de la citada Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de conformidad con lo establecido por el artícu-

lo 22 y el apartado 7 del artículo 30 de la también citada Ley 38/2003, de 17 de noviembre, al resultar imposible establecer comparación entre solicitudes ni orden de prelación de los proyectos solicitantes para la concesión de esta línea de ayudas.

La segunda línea de ayudas queda referida a la cofinanciación de proyectos de interés social promovidos por Entidades Locales, tramitándose éstas en régimen de concurrencia competitiva, tal y como dispone el artículo 22 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

El interés social de los proyectos que se pretende incentivar mediante esta Orden, y el objetivo perseguido por ambas líneas de ayudas: la inserción laboral de determinados colectivos y, en algunos casos, el desarrollo del medio rural, permite que las entidades promotoras de los mismos se beneficien de la excepción establecida por el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

ORDEN de 6 de mayo de 2005, por la que se desarrollan y convocan determinadas líneas de ayuda al autoempleo al amparo de lo dispuesto en el Decreto 141/2002, de 7 de mayo

La Orden comentada tiene como finalidad desarrollar determinadas líneas de ayuda al autoempleo ya contempladas en el Decreto 141/2002, de 7 de mayo sobre incentivos, programas y medidas de fomento a la creación de empleo y al autoempleo. En concreto, se incluyen medidas dirigidas a mujeres, jóvenes y colectivos más desfavorecidos, en el contexto de una política integradora que contempla itinerarios individualizados profesionales y laborales hacia el trabajo por cuenta propia. Estas medidas vienen a reforzar el papel de capital importancia que tiene el trabajo autónomo como valor añadido y fuente de riqueza en la economía andaluza y por el peso específico que representa este colectivo, tal y como refleja el crecimiento de dicha variable producido en los últimos años. Por todo ello, la Junta de Andalucía considera esta posibilidad de empleo como estratégica, atendiendo a su papel dinamizador de la economía andaluza, la generación de empleo, y por su cada vez mayor presencia en los sectores económicos emergentes relacionados, entre otros, con los nuevos yacimientos de empleo.

Las nuevas ayudas se dirigen a personas desempleadas que inician su actividad como autónomos respecto de determinados sectores (Capítulo II), y a aquellos que por primera vez realicen contrataciones laborales de carácter indefinido y a jornada completa o transformen contratos de duración determinada en indefinidos, de forma simultánea (Capítulo III). Ello unido a la repercusión que sobre el tejido productivo de nuestra Comunidad Autónoma tienen tanto la constitución de nuevos autónomos, como la consolidación su actividad en nuestro territorio, permite someter dichas ayudas a un régimen de concurrencia no competitiva, no resultando necesario establecer comparación entre solicitudes ni prelación entre las mismas, en aplicación de la excepción contenida por el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de conformidad con lo establecido por el artículo 22 y el apartado 7 del artículo 30 de la también citada Ley

38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como beneficiar a las personas objeto de estas ayudas de la excepción establecida por el apartado segundo del artículo 13 de la misma Ley 38/2003, General de Subvenciones, respecto de la acreditación de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

ORDEN de 12 de mayo de 2005, por la que se regula el programa de Turismo Social de Personas Mayores de Andalucía

La Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía establece, en su artículo 6, establece, entre las áreas de actuación de los servicios sociales, la atención y promoción del bienestar de la vejez. Por su parte, el artículo 35 de la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores en Andalucía, dispone que las Administraciones Públicas realizarán actividades culturales y de empleo creativo del ocio dirigidas a las personas mayores. Igualmente, el artículo 36 de dicha Ley señala que se fomentará la práctica del turismo social y cultural entre estas personas, mediante la organización de programas. Paralelamente, el Decreto 220/2003, de 22 de julio, que supuso la modificación de la estructura orgánica de la Consejería de Asuntos Sociales, atribuyó a la Dirección General de Personas Mayores el desarrollo, coordinación y promoción de las políticas activas en materia de personas mayores. Estas competencias corresponden en la actualidad a la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, tras la publicación del Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril, de reestructuración de Consejerías, y el ejercicio de las mismas se realizará a través de su Dirección General de Personas Mayores, de acuerdo con el Decreto 205/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de dicha Consejería.

La regulación del Turismo social tiene en cuenta la gran aceptación que entre la ciudadanía tienen las medidas que desde la administración pública contribuyen al envejecimiento activo y a su participación en la comunidad, procediendo al desarrollo de la citada Ley 6/1999, de 7 de julio.

ORDEN de 13 de mayo de 2005, de modificación de las de 6 y 7 de mayo de 2002, por la que se regula al acceso, el funcionamiento y la financiación de los programas de estancia diurna y respiro familiar

El Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, modificado por los Decretos 18/2003, de 4 de febrero y 7/2004, de 20 de enero, establece un conjunto de medidas a favor de las personas con discapacidad, como son los programas de estancia diurna y respiro familiar al objeto de facilitar la atención integral de las personas en situación de dependencia por sus familiares. En desarrollo del citado Decreto se dictan las Órdenes de 6 y 7 de mayo de 2002, de la Consejería de Asuntos Sociales, por la que se regulan el acceso y el funcionamiento de estos programas por una parte, y la financiación de los mismos, por otra. La última modificación del Plan de Familia, ha tenido lugar en virtud del Decreto 66/2005, de 8 de marzo, de ampliación y adaptación de las

medidas de apoyo a las familias andaluzas, disponiendo, entre otras medidas, la extensión del programa de respiro familiar a personas con discapacidad menores de dieciséis años, dadas las necesidades de apoyo que presentan también las familias con hijos e hijas con discapacidad menores de esta edad.

Las circunstancias anteriores hacen necesario modificar en este aspecto, tanto la Orden de 6 de mayo de 2002, que regula el acceso y funcionamiento de los programas de estancia diurna y de respiro familiar, como la Orden de 7 de mayo de 2002, por la que se regula la financiación de estos programas. En este sentido, debe omitirse en ambas la referencia al límite mínimo de dieciséis años, en lo que respecta al respiro familiar. Asimismo, se aprueba un nuevo modelo de solicitud adaptado a las modificaciones introducidas por la Orden.

ORDEN de 10 de mayo de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria para el año 2005 de las subvenciones destinadas a Consorcios Escuela de Formación para el Empleo participados por la Junta de Andalucía

La creciente importancia que la Formación Profesional de los Recursos Humanos está adquiriendo en el marco de las políticas activas de empleo, hace preciso el establecimiento de iniciativas que favorezcan y potencien desde la Administración andaluza, el desarrollo de una oferta formativa de calidad, que facilite una mayor y mejor adaptación entre las acciones de formación y las necesidades del mercado de trabajo. En este sentido, la Comunidad Autónoma Andaluza ha desarrollado, en el ámbito competencial de la Formación para el Empleo, el Programa de Consorcios Escuela de Formación para el Empleo que pretende constituir un modelo formativo de excelencia, mediante el que dar una respuesta integral a las demandas formativas de las actividades económicas más relevantes del mercado laboral de la Comunidad Andaluza y se mejoran las oportunidades de acceso al trabajo de la población desempleada.

Desde el año 1991 la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Empleo ha constituido en colaboración con Entidades Locales 14 Consorcios Escuela, que vienen a constituir la denominada «Red de Consorcios Escuela de Formación para el Empleo de la Junta de Andalucía». Los Centros así constituidos son Centros de Formación para el Empleo altamente especializados y orientados al desarrollo de un sector de la actividad económica singularmente relevante en el entorno geográfico en el que se ubican especializándose, por un lado, en sectores de la actividad económica tradicionalmente relevantes en Andalucía como el mármol en Fines (Almería), la madera en Encinas Reales y Villa del Río (Córdoba), la joyería en Córdoba, la artesanía en Gelves (Sevilla), la soldadura en San Fernando (Cádiz); la hostelería y el turismo en toda Andalucía con centros en Islantilla (Huelva), Cádiz, Baeza (Jaén), Málaga, Benalmádena (Málaga) y Mijas (Málaga) o la rehabilitación del patrimonio histórico, artístico y cultural en Granada. Por otra parte, se han constituido dos Consorcios en actividades emergentes como son el medioambiente y el desarrollo sostenible y el sector de las Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación, situado el primero en Almonte (Huelva), y el segundo en el Parque Tecnológico de Andalucía, en Málaga.

Con la implantación de este modelo formativo, la Comunidad Autónoma Andaluza pretende dar respuesta a uno de los objetivos de la Estrategia Europea

del Empleo y del Plan Nacional de Acción para el Empleo, cual es el de ofrecer calidad y productividad en el trabajo mediante la incorporación de una mano de obra cada vez más cualificada y polivalente. El Plan Operativo Integrado de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que se integra en el Marco Comunitario de Apoyo para las intervenciones estructurales en las regiones españolas del Objetivo núm. 1 del período 2000-2006, aprobado por decisión de la Comisión de 29 de diciembre de 2000, prevé entre sus líneas de actuación el Eje 4B, cuya función es la de desarrollar políticas activas ofreciendo a los desempleados posibilidades de inserción y reinserción efectiva en el mercado laboral utilizando, un enfoque preventivo, interviniendo especialmente en los colectivos de jóvenes. Dentro de este Eje, la medida 8B «Ofrecer vías de inserción profesional a los jóvenes», plantea entre sus actuaciones la creación de «Centros de Formación Profesional Ocupacional altamente especializados y orientados al desarrollo de un sector de la actividad económica singularmente relevante en el entorno geográfico en el que se ubican». Otra de las medidas reguladas en el Plan Operativo Integrado de la Comunidad Autónoma de Andalucía es la medida 1A del Eje 4A «Construcción, reforma y equipamiento de centros educativos y de formación», que prevé entre sus actuaciones la mejora de las estructuras educativas y formativas soporte de la actividad económica andaluza. Por otra parte, el modelo de Consorcios Escuela de Formación para el Empleo responde a los objetivos planteados en materia de Formación por el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía firmado el pasado 25 de enero de 2005.

Las características propias de cada uno de los sectores de actividad en los que desarrollan la formación los Consorcios, su ubicación geográfica, así como las virtudes que ha venido demostrando el desarrollo de este modelo formativo, singular en todo el territorio nacional, convierten al procedimiento ordinario de concesión de subvenciones, mediante la comparación entre las solicitudes y su prelación, en un procedimiento muy difícil de llevar a la práctica, ya que la actividad formativa desarrollada por cada uno de los Consorcios se adapta a las carencias y necesidades de formación del sector respectivo, sin que sea posible su comparación con el resto. En este contexto, se ha optado como procedimiento de concesión por el establecido en el artículo 31.1 párrafo segundo de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, en el que se contempla la posibilidad de conceder, a solicitud del interesado, subvenciones en atención a la mera concurrencia de una determinada situación en el receptor, sin que sea necesario establecer en tales casos la comparación de solicitudes ni la prelación entre las mismas. La Orden pretende dar respuesta a las necesidades de agilidad y eficiencia administrativa en los procedimientos de concesión de subvenciones a los Consorcios Escuela de Formación para el Empleo, con el objeto de mejorar la eficacia de los recursos aplicados al Programa y favorecer el desarrollo territorial del modelo formativo de Consorcios Escuela en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

DECRETO 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido
BOJA núm. 122, de 24 de junio de 2005

El Estatuto de Autonomía para Andalucía proclama en su artículo 12.3.1.º como uno de los objetivos básicos de nuestra Comunidad Autónoma «la consecución del pleno empleo en todos los sectores de la producción y la especial garantía de puestos de trabajo para los jóvenes andaluces».

Por su parte, el artículo 17.2 del citado Estatuto de Autonomía reconoce a nuestra Comunidad Autónoma la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia laboral, «con las facultades y servicios propios de la Administración respecto de las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección del Estado y de lo establecido en el artículo 149.1.2.ª de la Constitución». Seguidamente, el artículo 18.1 de dicho Estatuto de Autonomía, dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma andaluza, de acuerdo con las bases y la ordenación económica general y la política monetaria del Estado y en los términos de lo dispuesto por los artículos 38, 131 y 149.1.11.ª y 13.ª de la Constitución, la competencia exclusiva en materia de: «Fomento y planificación de la actividad económica en Andalucía».

Las actuaciones de fomento del empleo llevadas a cabo por la Administración de la Junta de Andalucía coexisten con las impulsadas por otras Administraciones Públicas.

El VI Acuerdo de Concertación Social en Andalucía contempla, como uno de sus objetivos prioritarios, la creación de más y mejor empleo, objetivo que desde siempre ha tenido la concertación social entre el Gobierno andaluz y los agentes sociales y económicos.

Para la consecución de este objetivo, resulta necesario desarrollar po-

líticas de empleo enmarcadas en la cultura de la calidad en el empleo, estableciendo así las bases para articular una serie de instrumentos de intervención que permitan mejorar los niveles y la calidad del empleo en nuestra Comunidad Autónoma, generando nuevas dinámicas en el marco de las relaciones laborales.

Las medidas que se articulan en el presente Decreto pretenden, en la lucha constante por superar la precariedad, profundizar en las oportunidades que se producirán como consecuencia del propio desarrollo de los derechos sociales tales como el derecho a la integridad física, el derecho a la seguridad en el trabajo, el derecho a la intermediación laboral pública, gratuita y eficaz, el derecho a la inserción laboral.

Asimismo, estas ayudas pretenden que la calidad sea una dimensión que se adscriba al empleo desde el momento mismo en que la persona se sitúe frente al mercado de trabajo, haciendo una decidida apuesta por integrar todas las acciones, buscando situar a cada persona en las mejores condiciones en el mercado de trabajo.

Las medidas y actuaciones que se articulan a favor de la calidad del empleo tomarán en consideración las distintas realidades de los territorios de nuestra Comunidad para responder a sus necesidades específicas, y a su vez, se articularán de una forma integrada, vertebrando los instrumentos de las políticas de empleo en aras a alcanzar mayores niveles de eficacia, tal y como se recogen en la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo.

Asimismo, se dirigirán a las personas beneficiarias de una manera

individualizada, conformando itinerarios de inserción individualizados, otorgándole así a las medidas de empleo el sentido social que éstas requieren.

Junto a ello, las medidas que se articulan suponen una apuesta decidida y firme por el crecimiento del empleo de la mujer, pretendiendo incidir tanto en conseguir una mayor incorporación de ésta a la población activa, como superar situaciones de segregación profesional y de precariedad laboral, ya que la padecen en mayor medida que los hombres.

Igualmente, dichas medidas suponen una apuesta decidida por las pequeñas y medianas empresas y las micropymes, estableciendo a favor de las mismas discriminaciones positivas en función a sus plantillas; a la vez que se hace una llamada a la responsabilidad social corporativa de las grandes empresas en orden a apostar por la reducción de la temporalidad en el empleo, a través de lo que se denomina contratosprogramas.

Finalmente las medidas que se contemplan apuestan por la eficacia y eficiencia de las políticas de empleo, estableciendo una mayor agilidad en los procedimientos.

Teniendo en cuenta que el objeto del presente Decreto es fomentar la creación y mantenimiento de un empleo estable y seguro, las ayudas en él establecidas no pueden quedar sometidas a un régimen de concurrencia competitiva, no resultando necesario establecer comparación entre solicitudes ni prelación entre las mismas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

En cumplimiento del apartado 3, letra f), del artículo 8 de la citada Ley 4/2002, de 16 de diciembre, el presente

Decreto ha sido sometido al Pleno del Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo en su sesión del día 10 de marzo de 2005.

En su virtud, de conformidad con lo establecido en apartado 2 del artículo 39 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, a propuesta del Consejero de Empleo y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su sesión del día 14 de junio de 2005,

DISPONGO

CAPÍTULO I

Definición y ámbito

Artículo 1.º *Definición.*—La presente norma regula el conjunto de incentivos a la contratación que, con carácter indefinido, efectúen empresas y entidades sin ánimo de lucro, en adelante entidades empleadoras, y que en el ámbito de sus competencias, desarrolla la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Empleo.

Art. 2.º *Ámbito. Medidas.*—El desarrollo de las medidas que se articulan para el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía se instrumentará a través de las siguientes líneas de ayudas:

1. Incentivos a la contratación con carácter indefinido, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, a favor de entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras.

2. Incentivos a la contratación con carácter indefinido a tiempo completo, a favor de entidades empleadoras de más de doscientas cincuenta personas trabajadoras.

3. Incentivos a las transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos, tanto a tiempo

completo como a tiempo parcial, a favor de entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras.

4. Incentivos en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo.

Art. 3.º *Procedimiento de concesión.*—Las ayudas reguladas en este Decreto se concederán por la formalización, por parte de la entidad empleadora solicitante de las mismas, de nuevos contratos indefinidos, o a la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos, sin que sea necesario establecer la comparación de las solicitudes ni la prelación entre las mismas.

CAPÍTULO II

Incentivos a la contratación con carácter indefinido, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, a favor de entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras

Art. 4.º *Objeto y cuantía de las ayudas.*—1. Se fomentará la estabilidad en el empleo de mujeres, jóvenes, entendiéndose por tales a las personas menores de 30 años, personas paradas de larga duración mayores de 45 años, y colectivos más vulnerables, entendiéndose por éstos mujeres víctimas de violencia de género, personas con discapacidad, ex-reclusas, drogodependientes rehabilitadas, usuarias del programa de solidaridad, inmigrantes, pertenecientes a minorías étnicas, y demás personas desfavorecidas o en riesgo de exclusión, mediante incentivos a las nuevas contrataciones de carácter indefinido, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, que se realicen por entidades empleadoras de hasta doscientas cin-

cuenta personas trabajadoras, de acuerdo con lo siguiente:

a) Mujeres:

— En aquellos sectores y profesiones en los que se encuentren subrepresentadas, preferentemente:

- Sector industrial.
- Sector construcción.
- Sector transportes privados.

— En casos de incorporación o reincorporación tras la maternidad y supuestos asimilados (adopción, acogimiento), y tras la atención a personas dependientes, respecto de cualquier sector de actividad. A efectos del presente Decreto se entenderá por persona dependiente aquellos familiares en primer grado de consanguinidad o afinidad que tengan reconocido al menos un setenta y cinco por ciento de grado de minusvalía o padezcan enfermedad crónica que requiera una atención continuada.

b) Jóvenes menores de 30 años en los siguientes sectores:

- Sector industrial.
- Sector servicios:
 - Servicios a las empresas.
 - Sector de las nuevas tecnologías.
 - Sector audiovisual.
 - Servicios de la vida diaria, prioritariamente de atención a la dependencia, en el concepto de los nuevos yacimientos de empleo, que se describen en el Anexo I de este Decreto.

• Actividades medioambientales.

c) Para la contratación de Técnico/a de prevención de riesgos laborales por entidades empleadoras dedicadas a cualquier sector de actividad.

Al objeto de determinar las cuantías de las ayudas para los supuestos recogidos en los apartados a, b y c, se diferenciará entre entidades empleadoras de hasta diez personas trabajadoras, entre once y cincuenta personas trabajadoras, y entre cincuenta y una hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras, estableciéndose a tales

efectos las siguientes ayudas a tanto alzado por cada contrato formalizado:

— Hasta diez personas trabajadoras: 4.750 €.

— De once a cincuenta personas trabajadoras: 4.250 €.

— De cincuenta y una a doscientas cincuenta personas trabajadoras: 3.000 €.

d) Para la contratación de personas paradas de larga duración mayores de 45 años, personas con discapacidad y personas pertenecientes a los colectivos más vulnerables descritos en el apartado 1 de este artículo, que podrá estar dirigida a cualquier sector de actividad, la ayuda a tanto alzado ascenderá a 4.750 € por cada contrato formalizado. Para la contratación de personas con discapacidad se establecen asimismo incentivos para la adaptación del puesto de trabajo en una cuantía máxima de 901,52 €, así como la autorización durante toda la vigencia del contrato de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, y las cuotas de recaudación conjunta, en las siguientes cuantías:

— 70 por ciento por cada persona discapacitada contratada menor de 45 años. Para el caso de mujeres que cumplan ambos requisitos, dicho porcentaje será del 90 por ciento.

— 90 por ciento por cada persona discapacitada contratada mayor de 45 años. Para el caso de mujeres que cumplan ambos requisitos, dicho porcentaje será del 100 por ciento.

Los incentivos para adaptación de puestos de trabajo así como las autorizaciones para las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social se adecuarán mediante orden a la normativa estatal correspondiente.

2. Las cuantías recogidas en los apartados anteriores se establecen

para las contrataciones indefinidas a tiempo completo, y se verán reducidas proporcionalmente a la jornada cuando las contrataciones sean a tiempo parcial, sin que en ningún supuesto ésta pueda ser inferior a 20 horas semanales o su promedio en cómputo anual.

Art. 5.º Fijos-discontinuos.—Se fomentará la estabilidad en el empleo de mujeres, jóvenes menores de 30 años, personas mayores de 45 años y personas pertenecientes a los colectivos vulnerables descritos en el artículo 4.1 de este Decreto, mediante incentivos a las nuevas contrataciones bajo la modalidad de fijos-discontinuos, cuando ésta esté prevista en el correspondiente convenio colectivo que les resulte de aplicación.

Las ayudas consistirán en cuantías a tanto alzado a la entidad empleadora calculadas en proporción al puesto de trabajo equivalente a tiempo completo tomando como base para su cálculo la cantidad de 3.500 € por cada contrato que se formalice.

Art. 6.º Condiciones.—1. Para poder obtener estas ayudas, las personas contratadas deberán provenir de itinerarios de inserción, en los términos del Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía, y de la Orden de 22 de enero de 2004, por la que se establecen las normas reguladoras de concesión de ayudas del Programa de Orientación Profesional y se regula el Programa de Itinerarios de Inserción, en desarrollo del citado Decreto, o aquellas que las modifiquen o sustituyan.

2. De conformidad con las disposiciones de desarrollo del citado Decreto 85/2003, de 1 de abril, o aquellas que las modifiquen o sustituyan, las entidades empleadoras solicitantes de-

berán efectuar las contrataciones objeto de estas ayudas mediante oferta genérica a través de las oficinas de empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo. Las oficinas de empleo, al seleccionar a las posibles personas candidatas, informarán tanto a éstas como a las entidades empleadoras sobre los posibles incentivos que pudieran llevar aparejados, atendiendo a las circunstancias concretas de la entidad empleadora.

3. Los nuevos contratos realizados por la entidad empleadora solicitante de la ayuda, deberán suponer un incremento de la plantilla contratada con carácter indefinido respecto del mes natural anterior a la formalización de los mismos y, al menos, el 50% de su plantilla debe estar contratada con carácter indefinido o alcanzar este porcentaje a partir de las nuevas contrataciones para las que se solicitan incentivos.

CAPÍTULO III
**Incentivos a la contratación
con carácter indefinido
a favor de entidades empleadoras
de más de doscientas cincuenta
personas trabajadoras**

Art. 7.º *Objeto y cuantías de las ayudas.*—1. Los incentivos a favor de entidades empleadoras de más de doscientas cincuenta personas trabajadoras se articularán a través de un contrato-programa, cuyo contenido será determinado por las disposiciones que se dicten en desarrollo de esta medida, y será suscrito entre la Consejería de Empleo y el representante legal de la entidad empleadora solicitante de las ayudas que, con una duración máxima de tres años, contemplará de forma integral todas aquellas políticas activas de empleo que sean necesarias para la contratación, pudiendo alcanzar las ayudas por creación de empleo indefi-

nido a tiempo completo hasta 4.750,00 €, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que las contrataciones se efectúen a favor de los siguientes colectivos:

- Mujeres.
- Jóvenes menores de 30 años.
- Parados de larga duración mayores de 45 años.

— Personas pertenecientes a uno de los colectivos más vulnerables, en los términos establecidos por el artículo 4.1 de este Decreto.

b) Que, con motivo de la implantación de las medidas que se contemplen en el contrato-programa, se reduzca la temporalidad de la plantilla en un 50%, o bien la plantilla esté integrada al menos en un 80% por personas contratadas con carácter indefinido.

c) Que a la solicitud del contrato-programa se adjunte informe emitido por el comité de empresa de la entidad empleadora solicitante de la ayuda, en los términos establecidos por el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

2. De conformidad con las disposiciones de desarrollo del citado Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía, o aquellas que las modifiquen o sustituyan, la entidad empleadora solicitante de estas ayudas deberá efectuar las contrataciones objeto de la misma mediante oferta genérica a través de las oficinas de empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo. Las oficinas de empleo, al seleccionar a las posibles personas candidatas, informarán tanto a éstas como a las entidades empleadoras sobre los posibles incentivos que pudieran llevar aparejados, atendiendo a las circunstancias concretas de la entidad empleadora.

CAPÍTULO IV

Incentivos a las transformaciones, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial indefinido, a favor de entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras

Art. 8.º *Objeto y cuantías de las ayudas.*—1. Se fomentará la estabilidad en el empleo, mediante incentivos por la transformación de contrato de duración determinada en indefinido, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, que se realicen por las entidades empleadoras, a favor de los siguientes colectivos:

- a) Mujeres, en los sectores de Hostelería, Construcción y Comercio.
- b) Jóvenes menores de 30 años, en los sectores de Hostelería, Construcción y Comercio.
- c) Personas mayores de 45 años.
- d) Colectivos más vulnerables en los términos establecidos por el artículo 4.1 de este Decreto.

2. Con independencia del sector de trabajo, podrán otorgarse ayudas para la transformación de los contratos de personas trabajadoras que vengan realizando su actividad laboral en virtud de un contrato de formación con la entidad empleadora solicitante. No obstante, no podrán beneficiarse de los incentivos regulados en el presente Capítulo las entidades empleadoras que, en los tres últimos años, hubieran suscrito contratos de formación con un número de personas igual o superior al 60% de su plantilla.

3. En ningún supuesto será incentivable la contratación a tiempo parcial cuando la jornada de trabajo resultante sea inferior a 20 horas a la semana o su promedio en cómputo anual.

4. Para los supuestos anteriores, se establece una ayuda a tanto alzado que ascenderá a 3.000 € por cada contrato que se formalice, o aquella

que proporcionalmente corresponda cuando el contrato sea a tiempo parcial.

Art. 9.º *Condiciones.*—Las transformaciones de contratos de trabajo por la entidad empleadora solicitante de la ayuda, deberán suponer un incremento de la plantilla contratada con carácter indefinido respecto del mes natural anterior a la formalización de las mismas, y al menos el 50% de su plantilla debe estar contratada con carácter indefinido o alcanzar este porcentaje a partir de las nuevas contrataciones para las que se solicitan incentivos.

CAPÍTULO V

Incentivos en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo

Art. 10. *Objeto.*—El Servicio Andaluz de Empleo podrá establecer áreas territoriales que requieran de una intervención preferente en materia de empleo. Dichas áreas serán susceptibles de acoger actuaciones integrales de empleo.

En aquellas áreas territoriales que hayan sido determinadas en función de los indicadores que se establezcan por el Consejo de Gobierno mediante Decreto, se articularán ayudas que podrán alcanzar en su cuantía hasta dos veces y media el Salario Mínimo Interprofesional vigente en el momento de su concesión, computado en un período de doce meses.

CAPÍTULO VI

Normas generales

Art. 11. *Presentación y tramitación de solicitudes.*—1. Las solicitudes de las ayudas reguladas en el presente Decreto irán dirigidas a la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Em-

pleo de la Consejería de Empleo correspondiente cuando tengan carácter provincial al afectar a una sola provincia, y a la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo cuando éstas tengan carácter interprovincial por afectar a más de una provincia, y podrán presentarse, además de en las anteriores, en la Unidad Territorial de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico correspondiente, sin perjuicio de cualquier otra fórmula de las recogidas en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. En la normativa que desarrolle el presente Decreto se establecerán la forma y plazos para la presentación de las solicitudes, así como aquellos procedimientos que permitan una ágil tramitación de las mismas, todo ello de conformidad con las previsiones y fórmulas establecidas por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, así como por las normas aplicables de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

A tal efecto se establecerán modelos normalizados de solicitud que serán proporcionados en las dependencias de la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente, en la Delegación Provincial de Empleo correspondiente, y que se encuentran a disposición de las entidades empleadoras interesadas en la web de la Consejería de Empleo, en el enlace

recogido para estas ayudas en el Portal de Empleo (www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo).

Así mismo, se podrá establecer la tramitación telemática del procedimiento establecido por el presente Decreto, según lo dispuesto en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medio electrónicos (Internet).

3. Los Impresos de solicitud irán acompañados de sendas declaraciones responsables relativas a otras ayudas concedidas y/o solicitadas para la misma finalidad procedente de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, así como a no encontrarse incurso en ninguna de las causas de exclusión previstas en el presente Decreto para la obtención de la condición de beneficiaria. Junto a ello, se aportará la documentación exigida para cada línea de ayuda en las disposiciones que se dicten en desarrollo de este Decreto.

4. Si la solicitud no reuniera los requisitos exigidos o no se acompañasen los documentos preceptivos, el órgano instructor del procedimiento requerirá a la entidad empleadora solicitante para que en el plazo de 10 días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con la indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistida de su petición, previa resolución dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Art. 12. Exclusiones.—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 incentivos, se contem-

plan en los artículos anteriores, con carácter general serán excluidas como posibles beneficiarias de los incentivos regulados en el presente Decreto, las entidades empleadoras que se encuentren en alguna de las situaciones 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 o frente a la Seguridad Social.

f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determinen.

h) Haber sido sancionada mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según de la Ley General de Subvenciones o la Ley General Tributaria.

i) Las asociaciones incursas en las causas de prohibición previstas en los apartados 5 y 6 del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, ni aquellas respecto de las que se hubiera suspendido el procedimiento administrativo de inscripción por encontrarse indicios racionales de ilicitud penal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.4 de la Ley Orgánica 1/2002, en tanto no recaiga resolución judicial firme en cuya virtud pueda practicarse la inscripción en el correspondiente registro.

j) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 32.2 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, tampoco podrán obtener la condición de beneficiarias aquellas entidades empleadoras que no hayan justificado en tiempo y forma las subvenciones concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Administración 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, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre.

2. Así mismo, tampoco podrán obtener la condición de posibles beneficiarias de los incentivos al empleo aquellas entidades empleadoras 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.

3. Los incentivos recogidos en el presente Decreto no se aplicarán en los supuestos siguientes:

a) Contrataciones consideradas 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 el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o en otras leyes.

b) Contrataciones de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades empleadoras.

c) Contrataciones realizadas con personas que, en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de formalización del contrato, hubiesen prestado servicios en la misma empresa o grupo de empresas mediante un contrato por tiempo indefinido, para los supuestos recogidos en los Capítulos II, III, IV y V.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación en el supuesto de vinculación laboral anterior de la persona trabajadora con empresas a las que la entidad empleadora solicitante de los incentivos haya suce-

dido en virtud de lo establecido en el artículo 44 del citado Estatuto de los Trabajadores.

d) No se aplicarán incentivos a la contratación indefinida cuando se contrate a personas trabajadoras que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato con cualquier otra empresa.

Art. 13. Control y seguimiento de las ayudas.—A los solos efectos del seguimiento de las ayudas reguladas por el presente Decreto y, en su caso, posible reintegro de los citados incentivos, el período mínimo de duración de los contratos de carácter indefinido, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, que se celebren o que resulten de la transformación de contrato de duración determinada en indefinido, será de cuatro años. Si por cualquier incidencia, excepto despido declarado improcedente por los órganos jurisdiccionales del Orden Social, las personas contratadas causarán 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 deberá ser comunicada a la Consejería 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, conforme al procedimiento de reintegro establecido por el artículo 17 de este Decreto.

Para el seguimiento del cumplimiento del citado período mínimo de duración de las contrataciones objeto de las ayudas reguladas en el presente Decreto, la Consejería de Empleo podrá solicitar, u obtener por medios propios, copia de informe de vida laboral actualizado de la persona contratada. Asimismo la Consejería de Empleo

establecerá mecanismos de control para verificar el cumplimiento del presente Decreto.

Art. 14. Abono de las ayudas.—

Los incentivos regulados en el presente Decreto se tramitarán como pago en firme y por la totalidad de la cuantía concedida, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de este Decreto, que podrán ser abonados en una o más anualidades.

Art. 15. Compatibilidad de las ayudas.—1. Las ayudas reguladas por el presente Decreto serán compatibles con cualquiera otra ayuda para el mismo fin no otorgada por la Consejería de Empleo, o por institución en la que ésta participe mayoritariamente, dentro de los límites legalmente establecidos.

No obstante lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, el importe de las ayudas en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con incentivos o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por las entidades beneficiarias, procediendo en caso contrario el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad incentivada, así como los intereses de demora correspondientes.

2. De conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la ayuda y, en todo caso, la obtención concurrente de incentivos o ayudas otorgadas por otras administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución

de concesión, en las circunstancias y según el procedimiento que determinen las disposiciones que se dicten en desarrollo del presente Decreto.

Art. 16. Obligaciones de las entidades empleadoras beneficiarias.—1. Con independencia de las obligaciones específicas contempladas para cada programa en las Ordenes que desarrollen el presente Decreto, y las que expresamente se recojan en la resolución o convenio de concesión, de conformidad el artículo 14 de la Ley General de Subvenciones, y del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, son exigibles las siguientes obligaciones genéricas:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones.

b) Justificar ante el órgano 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 o disfrute de la subvención.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como, en su caso, comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicar al órgano concedente la obtención de otras subvenciones, ayudas, 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) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás

documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable a la entidad empleadora beneficiaria en cada caso, así como cuantos estados contables y registros específicos sean exigidos por las bases reguladoras de las subvenciones, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

f) 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.

g) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 15 de este Decreto, así como en caso de 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 Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

h) Las entidades empleadoras beneficiarias de las ayudas reguladas en el presente Decreto deberán hacer constar, en toda información o publicidad que realicen sobre la actividad objeto de la ayuda, que la misma ha sido incentivada por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de las normas que sobre información y publicidad se dicten por la Unión Europea, respecto a las subvenciones financiadas con fondos comunitarios. El incumplimiento de la presente obligación podrá dar lugar al reintegro de las ayudas recibidas.

i) Las entidades empleadoras beneficiarias de las ayudas a las nuevas contrataciones, o transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos, comunicarán a las personas contratadas que dicha contratación ha sido incentivada por la Administra-

ción de la Junta de Andalucía y, en su caso, por el Fondo Social Europeo.

A los efectos de seguimiento y control de la citada comunicación, la Consejería de Empleo podrá solicitar, durante el período mínimo de mantenimiento del puesto de trabajo, la acreditación de dicha comunicación a las personas contratadas.

2. Asimismo, las entidades empleadoras beneficiarias están obligadas a facilitar información al órgano concedente de la ayuda, así como a facilitar la comunicación y justificantes que le sean requeridos.

Junto a ello, también están obligadas a comunicar al órgano concedente de la ayuda cualquier cambio de domicilio a efectos de notificaciones durante el período en el que la ayuda es reglamentariamente susceptible de control.

Art. 17. Reintegro.—1. Además de los supuestos de invalidez de la resolución de concesión establecidos por el artículo 36 de la Ley General de Subvenciones, 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 subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 30 de la Ley General de Subvenciones.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión

contenidas en las letras h) e i) del apartado 1 del artículo 16 de este Decreto, de conformidad con el apartado 4 del artículo 18 de la Ley General de Subvenciones.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en los artículos 14 y 15 de la Ley General de Subvenciones, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades empleadoras beneficiarias, así como de los compromisos por éstas asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

g) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades empleadoras beneficiarias, así como de los compromisos por éstas asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos

para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

h) Incumplimiento de las normas medioambientales, en su caso, al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte de la entidad empleadora beneficiaria de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniere obligada.

2. En materia de reintegro de las ayudas contempladas en este Decreto serán de aplicación las reglas contenidas por el artículo 33 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre.

3. Cuando habiéndose producido circunstancias ajenas a la voluntad de la entidad empleadora beneficiaria de estas ayudas, que determinen un cumplimiento por parte de ésta que se aproxime de modo significativo al cumplimiento total, previa comunicación motivada y acreditación tanto de las citadas circunstancias como de la actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, el órgano concedente determinará la cantidad de dichas ayudas que proporcionalmente habrá de reintegrarse en función del tiempo en que se haya mantenido el puesto de trabajo.

Art. 18. Competencia para resolver.—La competencia para resolver sobre los incentivos que, en los distintos programas del presente Decreto se regulan corresponde al Consejero de Empleo, sin perjuicio de la facultad de delegación prevista en el artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El plazo máximo para resolver y notificar a las entidades empleadoras

solicitantes será de tres meses, contados desde el día siguiente a la finalización del plazo de presentación de las solicitudes. Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado resolución expresa, las solicitudes podrán entenderse desestimadas por silencio administrativo.

Disposición Adicional Única.

Existencia de dotación presupuestaria.—La concesión de las ayudas reguladas en el presente Decreto estará condicionada a la existencia de dotación presupuestaria en cada ejercicio económico, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 del mismo, pudiendo tramitar, en su caso, expediente de carácter plurianual de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Disposición Derogatoria Única.

Derogación de normativa anterior.—Se derogan el artículo 1, los apartados 1, 2 y 3 del artículo 2, del artículo 3 al 13, y el apartado 2 del artículo 16 del Decreto 141/2002, de 7 de mayo, sobre incentivos, programas y medidas de fomento a la creación de empleo y autoempleo; el Decreto 11/1999, de 26 de enero, que regula los incentivos a la creación de empleo mediante la reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales y la reorganización del tiempo de trabajo; y el artículo 7 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan al presente Decreto, con excepción de la Orden de 24 de junio de 2002, en lo referente a los incentivos a la adaptación de los puestos de trabajo y a las bonificaciones a las cuotas empresariales a la Seguridad Social a favor de personas con discapacidad, quedando vigente respecto de dichos incentivos el

procedimiento de concesión por ella establecido, hasta tanto se desarrolle reglamentariamente el presente Decreto.

Disposición Final Primera. *Efectos retroactivos del Decreto.*—Se podrán acoger a los incentivos regulados en el presente Decreto, una vez entre en vigor, las solicitudes que se presenten respecto a los contratos indefinidos o transformación de contratos de duración determinada en indefinidos que se hayan formalizado a partir del 1 de enero de 2005 y reúnan los requisitos establecidos en el mismo.

Disposición Final Segunda. *Desarrollo normativo y ejecución.*—Se faculta al Consejero de Empleo a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y la ejecución del presente Decreto.

Disposición Final Tercera. *Entrada en vigor.*—El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

Sevilla, 14 de junio de 2005

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

ANEXO I

- Atención y compañía a personas enfermas, con discapacidad y a ancianos.
- Ayuda y asistencia domiciliaria a la dependencia.
- Cuidado integral de niños a domicilio.
- Ayuda física y psicológica a personas enfermas o con discapacidad.

- Nutrición especial.
- Terapia ocupacional para personas de la tercera edad.
- Elaboración y entrega de comidas a domicilio.
 - Residencias de Tercera Edad.
 - Complejos residenciales, servicios asistenciales centralizados, tanto de atención personal como colectiva.
 - Apoyo psico-pedagógico.
- Comedores.
- Actividades culturales y formativas extraescolares.
- Ocio y turismo infantil y de la tercera edad.
 - Guarderías.
 - Atención a los desplazamientos.
 - Teleasistencia domiciliaria.
 - Telemedicina.
 - Teleinformación.

DECRETO 148/2005, de 14 de junio, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo
BOJA núm. 125, de 29 de junio de 2005

La Ley 4/2002, de 16 de diciembre, crea el Servicio Andaluz de Empleo como organismo autónomo, al que se le atribuye la gestión de las políticas de empleo de la Junta de Andalucía, justificándose esta decisión en la necesidad de disponer de una estructura operativa y adecuada a su desarrollo y ejecución, posibilitando una gestión integral y coordinada de las actuaciones en materia de empleo, que permita crear más y mejor empleo en Andalucía.

El Servicio Andaluz de Empleo se crea en el ejercicio de las competencias que la Comunidad Autónoma ostenta para la ejecución de la normativa estatal en materia laboral, y para el cumplimiento de las competencias previstas como exclusivas en el artículo 18.1.1.^a del Estatuto de Autonomía para Andalucía sobre fomento y planificación de la actividad económica de Andalucía.

Asimismo siendo el Servicio Andaluz de Empleo un organismo autónomo creado al amparo del artículo 13.1 de nuestro Estatuto de Autonomía en relación a las competencias de autoorganización de las instituciones del Gobierno Andaluz, procede el establecimiento de la norma jurídica en que se reule su estructura y funcionamiento.

Finalmente, y en cuanto a la habilitación de la aprobación del presente Decreto, debemos indicar que la propia Ley 4/2002, en sus artículos 1.3 y 4.d) habilita al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones necesarias en desarrollo de la misma.

Naciendo el Servicio Andaluz de Empleo como fruto del espíritu del diálogo y concertación social alcanzado en nuestra Comunidad Autónoma, los Estatutos que lo regulan abordan la estructura organizativa y las funciones que a los distintos órganos que la componen se le asignan, conforme a este prisma de participación que ya viene diseñado desde la propia Ley.

El Capítulo I de los Estatutos partiendo del reconocimiento de su naturaleza jurídica como organismo autónomo de carácter administrativo, aborda los objetivos y cometidos que el Servicio Andaluz ha de cumplir, en consonancia con lo previsto en su Ley de creación.

Es el Capítulo II donde mayor alcance de desarrollo normativo encontramos en la presente disposición, puesto que se trata de concretar las normas de funcionamiento de los distintos órganos previstos en la Ley.

Especialmente significativa es la regulación de los órganos colegiados

previstos a nivel legal, cuya estructura previamente definida, se concreta en la presente norma, dotándoles del marco de funcionamiento que permitirá una eficaz ejecución de los cometidos que deben cumplir.

A continuación el Capítulo III de los Estatutos se ocupa de los recursos económicos y financieros del organismo, reiterando el sometimiento a los principios de intervención, contabilidad y presupuestación públicas y enumera las posibles vías de financiación de su actividad.

Este mismo capítulo delimita el régimen jurídico de su actuación administrativa, conforme a la naturaleza de organismo autónomo de carácter administrativo del Servicio Andaluz de Empleo.

Finalmente el Capítulo IV de los Estatutos delimita la naturaleza de los recursos humanos que se incorporarán al Servicio Andaluz de Empleo.

En su virtud, a iniciativa del Consejero de Empleo y a propuesta de las Consejerías de Justicia y Administración Pública y Economía y Hacienda, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 14 de junio de 2005,

DISPONGO

Artículo único. *Aprobación de los Estatutos.*—Se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, que se insertan como anexo del presente Decreto.

Disposición Derogatoria Única. *Derogación normativa.*—Quedan derogadas las disposiciones de igual o inferior rango en cuanto se opongan a lo dispuesto en el presente Decreto, salvo lo establecido en el artículo 4.2 del Decreto 203/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura Orgá-

nica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo.

Disposición Final Primera. *Habilitación.*—Se habilita al titular de la Consejería de Empleo para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de este Decreto.

Disposición Final Segunda. *Entrada en vigor.*—El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

Sevilla, 14 de junio de 2005

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

GASPAR ZARRÍAS ARÉVALO
Consejero de la Presidencia

ANEXO
Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo

CAPÍTULO I
Naturaleza y atribuciones

Art. 1.º *Objeto y Naturaleza del Servicio Andaluz de Empleo.*—1. El Servicio Andaluz de Empleo, creado por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, se configura como un organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía, adscrito a la Consejería competente en materia de empleo, con autonomía y capacidad para el ejercicio de las funciones y competencias establecidas en su ley de creación, al que se le atribuye la gestión de las políticas de empleo competencia de la Junta de Andalucía.

2. Para el cumplimiento de sus fines estará dotado de los medios materiales y personales necesarios.

Art. 2.º Principios de organización y funcionamiento.—El Servicio Andaluz de Empleo se organizará y actuará con respeto a los principios establecidos en el artículo 2 de la Ley 4/2002.

Art. 3.º Objetivos y funciones del Servicio Andaluz de Empleo.—El Servicio Andaluz de Empleo dirigirá su actuación al cumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la Ley 4/2002, y todos aquellos encaminados a la consecución del pleno empleo de la población andaluza, así como el fomento y desarrollo de medidas encaminadas a la mejora del empleo.

Art. 4.º Competencias del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.—Corresponde al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, las siguientes competencias:

- a) Aprobar los planes de empleo.
- b) Establecer las directrices generales en materia de políticas de empleo.
- c) Establecer anualmente el Proyecto de Presupuesto del Servicio Andaluz de Empleo, que se integrará en el Proyecto de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- d) Nombrar, a propuesta del Consejero competente en materia de empleo, al titular de la Dirección-Gerencia y a los titulares de las Direcciones Generales del organismo.
- e) Modificar la denominación, número o atribución de competencias de los órganos directivos unipersonales establecidos en los presentes Estatutos.
- f) Incorporar las necesidades de personal del Servicio Andaluz de Empleo a la oferta de empleo público correspondiente.
- g) Cualesquiera otras que le atribuya la legislación vigente.

Art. 5.º Atribuciones a la Consejería competente en materia de empleo.—Corresponde a la Consejería competente en materia de empleo:

- a) La fijación de las directrices generales de actuación del Servicio Andaluz de Empleo.
- b) La propuesta al Consejo de Gobierno de las disposiciones de carácter general que afecten a su materia.
- c) La aprobación de Ordenes en materia de empleo.
- d) La aprobación del anteproyecto del presupuesto del Servicio Andaluz de Empleo.
- e) La aprobación de la propuesta de necesidades de recursos humanos del Servicio Andaluz de Empleo.
- f) La planificación, supervisión y control de la actuación del Servicio Andaluz de Empleo.
- g) Cuantas otras vengan atribuidas por el ordenamiento vigente.

CAPÍTULO II

Estructura orgánica del Servicio Andaluz de Empleo

Sección Primera

De la estructura del Servicio Andaluz de Empleo

Art. 6.º Estructura de los órganos del Servicio Andaluz de Empleo.—El Servicio Andaluz de Empleo se estructura en los siguientes órganos:

1. De gobierno y gestión:
 - a) La Presidencia.
 - b) El Consejo de Administración.
 - c) La Dirección-Gerencia.
 - d) Las Direcciones Generales.
2. Territoriales:
 - a) Las Direcciones Provinciales.
 - b) Las Comisiones Provinciales.
 - c) Las Oficinas del Servicio Andaluz de Empleo.
3. De participación: El Consejo Asesor.

Sección Segunda
De la Presidencia

Art. 7.º Titularidad.—La Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo corresponde a la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo.

Art. 8.º Funciones de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo.—Corresponden a la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo las siguientes funciones:

- a) Ostentar la representación legal del organismo.
- b) Convocar, presidir y moderar las reuniones del Consejo de Administración.
- c) Suscribir los contratos, convenios y resoluciones referidos a asuntos propios del Servicio Andaluz de Empleo, pudiendo delegar, aquellas funciones o competencias que considere necesario.
- d) Formular el orden del día del Consejo de Administración.
- e) Ejercer la potestad sancionadora de su competencia derivada de los incumplimientos de empresarios y trabajadores en materia de empleo, en los términos que establezca la legislación del Estado.
- f) Velar por el cumplimiento de los acuerdos y visar las actas del órgano colegiado.

Sección Tercera
Del Consejo de Administración

Art. 9.º Composición del Consejo de Administración.—1. El Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo estará compuesto por el Presidente y dieciocho vocales, nombrados por el titular de la Consejería competente en materia de empleo, de los cuales el cincuenta por ciento será en representación de la

Junta de Andalucía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.1 de la Ley 4/2002.

Serán vocales del Consejo de Administración:

a) Nueve vocales designados por la Consejería competente en materia de empleo, de los que uno será el titular de la Dirección-Gerencia del organismo, otro en representación de la Consejería que ostente las competencias en materia de empresa, y otro en representación de la Consejería que ostente las competencias en materia de formación profesional reglada.

b) Cuatro vocales designados por las organizaciones sindicales más representativas en Andalucía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

c) Cuatro vocales designados por las organizaciones empresariales de carácter intersectorial más representativas en Andalucía, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional sexta del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

d) Un vocal en representación de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias.

2. Un funcionario del Servicio Andaluz de Empleo con categoría, al menos, de Jefe de Servicio realizará las funciones de Secretario del Consejo de Administración, con voz y sin voto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.1 de la Ley 4/2002. El Secretario efectuará la convocatoria de las sesiones por orden del Presidente, así como las citaciones a los miembros del Consejo de Administración, recibirá los actos de comunicación de los miembros con el Consejo de Administración, las peticiones de datos y cualquier otra clase de escritos de los que deba tener conocimiento.

El Secretario preparará asimismo el despacho de los asuntos, redactará y autorizará las actas de las sesiones y expedirá las certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados.

3. Los nombramientos y ceses de los vocales, tanto titulares como suplentes, del Consejo de Administración se efectuarán por el titular de la Consejería competente en materia de empleo, si bien los correspondientes a las organizaciones sindicales, empresariales y la Federación Andaluza de Municipios y Provincias, serán propuestos por éstas.

4. Los nombramientos de los vocales correspondiente a la Administración Pública lo serán por tiempo indefinido, salvo aquellos que lo sean por razón del cargo, siendo revocable su nombramiento en todo momento.

5. Los vocales correspondientes a las organizaciones sindicales y organizaciones empresariales más representativas así como el representante de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias, y sus suplentes, se nombrarán con carácter indefinido, procediéndose a la revocación de su nombramiento a instancia de la organización que propuso su nombramiento.

Asimismo en el supuesto de producirse la pérdida de la condición de más representativas de dichas entidades, o existir nuevas organizaciones que lo sean, por aplicación de la normativa laboral reguladora, se procederá a reajustar la composición del Consejo de Administración.

6. En caso de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal, el Presidente será sustituido por el Director-Gerente del Servicio Andaluz de Empleo.

7. Los miembros titulares del Consejo de Administración, en caso de ausencia, enfermedad o cuando concu-

rra alguna causa justificada, serán sustituidos por los designados por la Administración y las propias Organizaciones de entre sus suplentes. El orden de sustitución de los suplentes será por el orden de nombramiento.

Art. 10. Competencias del Consejo de Administración.—Corresponderá al Consejo de Administración las funciones previstas en el artículo 8.3 de la Ley 4/2002.

Art. 11. Régimen de funcionamiento del Consejo de Administración.—1. El Consejo de Administración funcionará en Pleno o en Comisión Permanente. En Pleno se reunirá con carácter ordinario trimestralmente al menos, previa convocatoria de su Presidente, efectuada con una antelación mínima de diez días.

2. El Consejo de Administración en Pleno podrá ser convocado de manera extraordinaria, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, por el Presidente, a iniciativa propia, o a petición de, al menos, seis Vocales, con aportación de la propuesta del orden del día y la documentación en que se sustenta la convocatoria.

3. Para la válida constitución del Consejo de Administración, se requerirá en primera convocatoria, la presencia del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes le sustituyan y la de la mitad de los vocales de cada uno de los grupos citados en los apartados a), b) y c) del artículo 9.1 de estos Estatutos. Una hora después de la establecida podrá constituirse el Consejo de Administración en segunda convocatoria, requiriéndose en este caso la presencia del Presidente y Secretario, o en su caso, de quienes le sustituyan y diez vocales, cinco de los pertenecientes al grupo establecido en el apartado a) del artículo 9.1 de los Estatutos, y cinco de los vocales designados con-

forme a lo previsto en los apartados b), c) y d) del precitado artículo.

4. No podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que estén presentes todos los miembros del Consejo de Administración y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría.

5. Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos de los presentes, excepto para las atribuciones recogidas en los apartados b), f), h) e i) del artículo 8.3 de la Ley 4/2002, en cuyos supuestos se adoptarán con una mayoría de, al menos, el sesenta por ciento de los votos de los presentes. Si al aplicar los porcentajes previstos en el presente artículo el número resultante de votos no fuese entero, la fracción inferior a 0,5 se entenderá referida al número entero inferior y al igual o superior a 0,5 se entenderá referida al entero superior.

6. El Presidente del Servicio Andaluz de Empleo, o quien le sustituya, dirimirá con su voto los empates a los efectos de la adopción de acuerdos.

7. De cada sesión que se celebre se levantará acta por el Secretario, con especificación de los asistentes, orden del día, los puntos principales de las deliberaciones así como el contenido de los acuerdos adoptados.

8. En el acta figurará a solicitud de los respectivos miembros del Consejo de Administración, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable.

9. Los miembros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por escrito en el plazo de cuarenta y ocho horas.

10. Las actas se aprobarán en la misma o en la siguiente sesión, pudiendo no obstante emitir el Secretario certificación sobre los acuerdos específi-

cos que se hayan adoptado, sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta. En las certificaciones de acuerdos adoptados, emitidas con anterioridad a la aprobación del acta, se hará constar expresamente tal circunstancia.

11. Las organizaciones sindicales y empresariales representadas en el Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo tendrán derecho a percibir las indemnizaciones correspondientes por su participación en el mismo, con cargo al crédito del presupuesto del Servicio Andaluz de Empleo aprobado, de conformidad con lo dispuesto y de acuerdo con el procedimiento establecido en la Disposición Adicional Séptima del Decreto 54/1989, de 21 de marzo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.

Art. 12. La Comisión Permanente del Consejo de Administración.—1. La Presidencia de la Comisión Permanente corresponderá al Presidente del organismo, quien podrá delegarla en el Director-Gerente del mismo, siendo asistido por el Secretario del Consejo, que actuará con voz y sin voto. Quedará integrada por un total de nueve vocales, cuatro en representación de la Administración de la Junta de Andalucía, uno de los cuales será el titular de la Dirección-Gerencia del organismo, y dos en representación de cada uno de los grupos a los que se refieren los apartados b) y c) del artículo 9, apartado 1, de esta norma, y uno en representación del grupo al que se refiere el apartado d) del referido artículo.

2. Las competencias de la Comisión Permanente serán:

a) Conocimiento, estudio y debate, con carácter previo a las deliberaciones del Pleno del Consejo de Administración, de los asuntos incorporados al orden del día del mismo.

b) Elaboración de propuestas que se consideren oportunas para su trata-

miento en el Pleno del Consejo de Administración.

c) Aprobación de acuerdos que en el ámbito de las competencias del Pleno del Consejo de Administración le fuesen delegadas por éste.

3. Normas de funcionamiento de la Comisión Permanente:

a) La Comisión Permanente se reunirá previa convocatoria de su Presidente, con al menos cuarenta y ocho horas de antelación, a iniciativa propia, o por petición de tres vocales integrantes de la misma.

b) La Comisión celebrará ordinariamente reunión con carácter previo a la convocatoria ordinaria del Consejo de Administración.

c) La Comisión se considerará legalmente constituida en primera convocatoria cuando asistan al menos uno de los representantes de cada uno de los grupos de vocales del Consejo de Administración. En segunda convocatoria, una hora después de la fijada para la primera, será suficiente con la asistencia del Presidente, el Secretario, o quienes legalmente le sustituyen y al menos dos vocales pertenecientes a grupos de vocales diferentes de entre los integrados en el Consejo de Administración.

d) Con independencia del número de asistentes a la misma, la mayoría para la adopción de acuerdos se constituirá mediante el voto ponderado de los asistentes, en función del grupo de Vocales al que pertenecen.

Sección Cuarta
*De los órganos directivos
unipersonales*

Art. 13. *La Dirección-Gerencia.*—1. La Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Consejo de Administración por el artículo 8.3 de la Ley 4/2002, dirige, coordina, planifica

y controla las actividades del Servicio Andaluz de Empleo.

2. El Director-Gerente del Servicio Andaluz de Empleo será designado por el Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo.

Art. 14. *Competencias de la Dirección-Gerencia.*—De forma específica le corresponden a la Dirección-Gerencia las siguientes competencias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.2 de la Ley 4/2002:

a) Ejecutar y hacer ejecutar los acuerdos del Consejo de Administración del organismo.

b) Ejercer la jefatura superior del personal adscrito al Servicio Andaluz de Empleo, en los términos establecidos en la legislación vigente.

c) Autorizar los gastos, efectuar las disposiciones, contraer obligaciones y ordenar pagos, dentro de los límites fijados por la normativa vigente en materia presupuestaria.

d) Preparar y elevar al Consejo de Administración el borrador del Anteproyecto de Presupuesto, planes y programas de empleo y planes de actividades, memoria anual y cuentas anuales.

e) Todas aquellas que le atribuya la normativa vigente y las que le sean delegadas.

Art. 15. *Las Direcciones Generales.*—El Consejo de Gobierno establecerá las Direcciones Generales del Servicio Andaluz de Empleo a través de los correspondientes Decretos de estructura orgánica de la Consejería competente en materia de empleo.

Art. 16. *Las Direcciones Provinciales.*—1. En el ámbito provincial, la gestión del Servicio Andaluz de Empleo se realizará a través de las correspon-

dientes Direcciones Provinciales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.1 de la Ley 4/2002.

2. Las Direcciones Provinciales ostentarán la representación del Servicio Andaluz de Empleo en el ámbito de su demarcación y velarán por el cumplimiento de los fines del mismo.

3. Serán desempeñadas por quienes ostenten la titularidad de las respectivas Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de Empleo.

4. En caso de vacante, ausencia o enfermedad el Director Provincial será sustituido por el Secretario General de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de empleo.

5. En cada Dirección Provincial existirá un puesto de trabajo, con categoría de Jefe de Servicio, denominado Secretario Provincial del Servicio Andaluz de Empleo, y que ejercerá las funciones:

a) La coordinación administrativa de los diferentes Servicios de la Dirección Provincial, de acuerdo con las instrucciones de su titular.

b) La gestión de los asuntos de personal, administración general y gestión económica de acuerdo con las normas emanadas de los órganos superiores del organismo.

c) La tramitación de los recursos administrativos.

d) Las de archivo y registro.

e) La asistencia técnico-jurídica del organismo.

6. De conformidad con lo establecido en el artículo 11.1 de la Ley 4/2002, se atribuyen a las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo, las siguientes funciones:

a) Las facultades que al órgano de contratación le confiere la actual legislación de contratos, tanto en contratos administrativos como privados, así como en legislación patrimonial, para

la ejecución de los créditos presupuestarios que le sean desconcentrados.

b) Las funciones de aprobación, disposición, compromiso, liquidación y propuesta de pagos a que se refiere el artículo 50.2 de la Ley 6/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía con respecto de los créditos presupuestarios que les sean desconcentrados.

Sección Quinta *De las Comisiones Provinciales*

Art. 17. Estructura y nombramiento.—1. Las Comisiones Provinciales estarán formadas por el Presidente, que lo será el Director Provincial del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente, y dieciocho vocales.

2. Serán vocales de las Comisiones Provinciales:

a) Nueve vocales propuestos por el Director Provincial del Servicio Andaluz de Empleo, de los cuales cuatro lo serán en representación de las Consejerías que ostenten las competencias en materia de empresa, de formación profesional reglada, de agricultura y de turismo, uno por cada una de ellas, respectivamente.

b) Cuatro vocales propuestos por las organizaciones sindicales más representativas en Andalucía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

c) Cuatro vocales propuestos por las organizaciones empresariales de carácter intersectorial más representativas en Andalucía, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Sexta del Estatuto de los Trabajadores.

d) Un vocal propuesto por la Federación Andaluza de Municipios y Provincias.

3. Un funcionario del Servicio Andaluz de Empleo, con categoría al me-

nos, de Jefe de Servicio, realizará las funciones de Secretaría de la Comisión Provincial, actuando con voz y sin voto.

4. Los nombramientos y ceses de los miembros titulares y suplentes de las Comisiones Provinciales se efectuarán por la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo.

5. Los vocales de la Comisión Provincial serán sustituidos por los designados por la Administración y las propias Organizaciones de entre sus suplentes, siguiendo el orden establecido en su nombramiento.

Art. 18. *Atribuciones y reglas de funcionamiento.*—1. Funciones:

a) El seguimiento y la evaluación de las actividades realizadas por el Servicio Andaluz de Empleo en las provincias correspondientes.

b) Proponer al Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo aquellas medidas que consideren oportunas para la mejora de las actuaciones del Servicio en su ámbito territorial.

c) Todas aquellas que, dentro de las competencias del Pleno del Consejo de Administración, relativas al ámbito de la correspondiente Comisión Provincial, les fuesen delegadas por aquél.

2. Régimen de funcionamiento.

El régimen de funcionamiento será, en lo que le pueda ser de aplicación, el mismo que el establecido para el Consejo de Administración en el artículo 11 de estos Estatutos, pudiendo funcionar igualmente en Pleno o en Comisión Permanente.

Las competencias de las Comisiones Permanentes Provinciales serán:

a) Conocimiento, estudio y debate con carácter previo a las deliberaciones del Pleno de la Comisión Provincial, de los asuntos incorporados al orden del día de la misma.

b) Aquellas que le sean delegadas por el Pleno de la Comisión Pro-

vincial, que sean susceptibles de delegación. Sección Sexta. De las Oficinas del Servicio Andaluz de Empleo

Art. 19. *Organización de las Oficinas del Servicio Andaluz de Empleo.*—Las Oficinas del Servicio Andaluz de Empleo son las unidades administrativas a las que se encomiendan las funciones de coordinación, gestión, tramitación o apoyo, en su caso, de los programas o acciones establecidos por el Servicio Andaluz de Empleo. Su denominación, funciones, ordenación y localización territorial serán establecidos por el Servicio Andaluz de Empleo.

Sección Séptima
Del Consejo Asesor

Art. 20. *Estructura y composición.*—1. Conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4/2002, los miembros del Consejo Asesor del Servicio Andaluz de Empleo, son designados y revocados conforme al procedimiento establecido en el artículo 9 de los presentes Estatutos, en la medida en que resulte de aplicación.

La designación de los Vocales del Consejo Asesor contemplará una composición en cada uno de los grupos con participación paritaria de hombres y mujeres, de conformidad con lo establecido en el artículo 140 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por el que se aprueban medidas fiscales y administrativas.

2. El Presidente del Consejo Asesor tendrá las siguientes funciones:

a) Acordar la convocatoria de las sesiones y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con una antelación de diez días.

b) Presidir las sesiones, moderar el desarrollo de los debates y suspenderlos por causas justificadas.

c) Dirimir con su voto los empates a efectos de adopción de dictámenes e informes.

d) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del Consejo Asesor.

3. En caso de ausencia, enfermedad o por cualquier otra causa justificada el Presidente del Consejo Asesor será sustituido en sus funciones por el Vicepresidente.

4. Las personas ajenas a la Administración de la Junta de Andalucía y sus organismos autónomos, que formen parte del Consejo Asesor, podrán percibir las indemnizaciones por su concurrencia efectiva a las sesiones, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional sexta del Decreto 54/1989, de 21 de marzo, sobre indemnizaciones por razón del servicio de la Junta de Andalucía.

Art. 21. Funciones del Consejo Asesor.—El Consejo Asesor tendrá las siguientes funciones:

a) Emitir informes a petición del Presidente del Servicio Andaluz de Empleo.

b) Conocer la Memoria de actividades del Servicio Andaluz de Empleo.

c) A petición del Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo, analizar la situación y evolución del empleo en Andalucía.

d) A petición del Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo, debatir sobre propuestas y programas en materia de empleo.

CAPÍTULO III

Régimen económico, financiero y jurídico

Art. 22. Recursos económicos.—La financiación del Servicio Andaluz de empleo se hará con cargo a los siguientes recursos:

1. Los créditos que se les asignen en el presupuesto de la Comuni-

dad Autónoma de Andalucía, en los que se incluirán las consignaciones para el cumplimiento de los fines que su ley de creación atribuye al Servicio Andaluz de Empleo.

2. Las subvenciones, aportaciones y legados públicos y privados, tanto de personas físicas como jurídicas.

3. Los rendimientos de los bienes o valores de su patrimonio.

4. Los créditos que se traspasen conjuntamente con funciones y servicios procedentes de otras Administraciones Públicas, y sean encomendados al Servicio Andaluz de Empleo.

5. Los demás ingresos ordinarios y extraordinarios que el Servicio Andaluz de Empleo esté autorizado a recibir.

Art. 23. Régimen presupuestario y de contratación.—1. El Servicio Andaluz de Empleo está sometido al régimen de presupuestos establecido en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y por las Leyes del Presupuesto para la Comunidad Autónoma de Andalucía para cada ejercicio.

2. El Servicio Andaluz de Empleo está sometido al régimen de intervención y contabilidad, de acuerdo con lo establecido en los Títulos V y VI de la Ley 5/1983, antes citada, así como a las demás determinaciones establecidas en la citada Ley y disposiciones que la desarrollan.

3. El régimen de contratación del Servicio Andaluz de Empleo será el aplicable a las Administraciones públicas, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Art. 24. Patrimonio.—El Patrimonio del Servicio Andaluz de Empleo estará integrado por los bienes y dere-

chos que le sean adscritos o cedidos por la Comunidad Autónoma de Andalucía o cualquier otra administración pública, así como por cualesquiera otros bienes y derechos que adquiera o reciba por cualquier título.

Art. 25. Normativa de aplicación en su actuación administrativa.—El régimen jurídico de los actos del Servicio Andaluz de Empleo será el establecido en el Capítulo V del Título III de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y demás normas de aplicación.

Art. 26. Régimen de actos, recursos y reclamaciones previas a la vía judicial.—1. Los actos administrativos del Servicio Andaluz de Empleo dictados por el Presidente o por los órganos colegiados que éste preside agotan la vía administrativa, pudiendo los interesados interponer recurso potestativo de reposición ante el mismo órgano que los dictó.

2. También agotan la vía administrativa:

a) Los actos administrativos dictados por órganos inferiores cuando lo sean por delegación del presidente o por delegación de órganos colegiados cuya presidencia le esté reservada.

b) Las resoluciones del Director-Gerente, Secretario General y Directores Generales en materia de personal.

3. Contra los actos administrativos del Servicio Andaluz de Empleo dictados por los restantes órganos podrán los interesados interponer recurso de alzada ante el Presidente del Servicio Andaluz de Empleo.

4. Contra los actos dictados en materia de derecho civil o laboral, los

interesados deberán interponer reclamación previa a la vía judicial civil o laboral correspondiente de conformidad con lo establecido en los artículos 120 a 126 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. Las reclamaciones previas en materia de derecho laboral serán resueltas por el Director-Gerente, en el ámbito de los Servicios Centrales del Servicio Andaluz de Empleo, y por los Directores Provinciales, en el ámbito de las Direcciones Provinciales.

6. Las reclamaciones en materia de derecho privado serán resueltas por el Director-Gerente del Servicio Andaluz de Empleo.

CAPÍTULO IV Personal

Art. 27. Servicios administrativos.—Para el cumplimiento de las funciones que tiene legalmente atribuidas, el Servicio Andaluz de Empleo se estructurará en los servicios administrativos que se establezcan.

La Relación de Puestos de Trabajo del Servicio Andaluz de Empleo establecerá en cada una de sus Oficinas un puesto denominado Director de Oficina que será nombrado conforme a la normativa aplicable de provisión de puestos de trabajo, y será responsable de la organización, coordinación interna de la oficina, ejecución de los objetivos así como del cumplimiento del horario de atención al público.

Art. 28. Recursos Humanos del Servicio Andaluz de Empleo.—1. El personal del Servicio Andaluz de Empleo podrá ser tanto personal funcionario como laboral, en los mismos términos y condiciones que los establecidos para el resto del personal al servicio de la Administración de la Junta de Anda-

lucía, y de conformidad con la legislación aplicable.

2. Integran los efectivos de personal del Servicio Andaluz de Empleo:

a) El personal de la Administración de la Comunidad Autónoma que le sea adscrito o se incorpore al organismo, conforme a la normativa vigente.

b) El personal de nuevo ingreso, que acceda mediante las sucesivas ofertas de empleo público.

c) El personal procedente de la Administración General del Estado que le sea adscrito en los procesos de trasposos de servicios que pudieran producirse.

d) El personal procedente de otras Administraciones Públicas que pueda acceder al mismo con posterioridad, de conformidad con los sistemas de provisión vigentes en materia de función pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

ORDEN de 21 de marzo de 2005, por la que se modifica la de 4 de julio de 2002, en la redacción dada por la Orden de 19 de noviembre de 2002, por la que se desarrolla el Programa de Apoyo al Empleo en Proyectos de Interés Social

BOJA núm. 74, de 18 de abril de 2005

Tras la entrada en vigor de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, se hace imprescindible adecuar a ambas la Orden de 4 de julio de 2002 de esta Consejería de Empleo, en la redacción dada por la Orden de 19 de noviembre de 2002, por la que se desarrolla el Programa de apoyo al empleo en proyectos de interés social.

La citada Orden de 4 de julio de 2002, desarrolla el Programa de Apoyo al Empleo en Proyectos de Interés Social definido por el Decreto 141/2002, de 7 de mayo, sobre Incentivos, Programas y Medidas de Fomento a la creación de empleo y autoempleo, estableciendo dos líneas de ayuda:

La primera de ellas consisten en Ayudas a la contratación para el desarrollo de proyectos de interés social desarrollados por instituciones sin ánimo de lucro, de al menos ámbito autonómico, o por Entidades Locales. En el tratamiento de esta materia, hemos de tener en cuenta la labor social de los beneficiarios en tanto que impulsores

de proyectos que fomentan el empleo y facilitan a las personas desempleadas experiencias profesionales que les permite integrarse en el mundo laboral. La vocación social del proyecto y el hecho de que los destinatarios finales de dichas ayudas sean personas desempleadas determinan la concreta situación de los posibles beneficiarios de las ayudas. Ello nos lleva a aplicar la excepción contenida por el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 31 de la citada Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de conformidad con lo establecido por el artículo 22 y el apartado 7 del artículo 30 de la también citada Ley 38/2003, de 17 de noviembre, al resultar imposible establecer comparación entre solicitudes ni orden de prelación de los proyectos solicitantes para la concesión de esta línea de ayudas.

La segunda línea de ayudas queda referida a la cofinanciación de proyectos de interés social promovidos por Entidades Locales, tramitándose éstas en régimen de concurrencia competitiva, tal y como dispone el artículo 22 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

El carácter de interés social de los proyectos que se pretende incentivar mediante esta Orden, y el objetivo perseguido por ambas líneas de ayudas: la inserción laboral de determinados colectivos y, en algunos casos, el desarrollo del medio rural, aconsejan beneficiar a las entidades promotoras de los mismos de la excepción establecida por el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

En uso de las facultades que me han sido conferidas, y a propuesta de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo,

DISPONGO

Artículo 1.º *Modificación del artículo 2 de la Orden de 4 de julio de 2002.*—«1. Las ayudas a la contratación para el desarrollo de proyectos de interés social podrán ser desarrolladas por instituciones sin ánimo de lucro, de al menos, ámbito autonómico o Entidades Locales, y podrán concederse en atención al interés social de los proyectos y el objetivo que los mismos persiguen: la inserción laboral de personas desempleadas, sin que sea necesario establecer la comparación entre las solicitudes ni la prelación de las mismas, tal y como establece el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 y en el apartado 7 del artículo 30 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. A tales efectos, los proyectos concretarán los fines a perseguir, las actuaciones a realizar, los medios disponibles para ello, y la metodología a utilizar.

2. Las ayudas a Entidades Locales para la cofinanciación, tanto de gas-

tos materiales como de personal necesarios para la ejecución de proyectos de interés social, estarán sometidas al régimen de concurrencia competitiva. Para ello, tendrán preferencia según el orden de prelación que a continuación se establece, aquellos proyectos de carácter social en los que concurren alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que se encuentren cofinanciadas por el Servicio Público de Empleo Estatal adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

b) Que fomenten la creación de empleo en zonas rurales.

c) Que tenga como finalidad la creación de infraestructuras destinadas a:

— El desarrollo de los nuevos yacimientos de empleo. - El fomento del empleo.

— La realización de acciones de formación en materia de empleo.

— La realización de acciones integrales para el empleo. A tales efectos, los proyectos deberán concretar los fines a perseguir, las actuaciones a realizar, los medios disponibles para ello, y la metodología a utilizar».

Art. 2.º *Modificación del apartado 2 del artículo 7 de la Orden de 4 de julio de 2002.*—«2. Las solicitudes se presentarán en impresos normalizados que serán proporcionados en las dependencias de la Delegación Provincial de Empleo correspondiente o mediante descarga del sistema telemático desde la web de la Consejería de Empleo, en el enlace recogido para estas ayudas en el Portal de empleo (www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo), y contendrán Declaración responsable relativa a otras ayudas concedidas y/o solicitadas para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, declaración de no encontrarse

incurso en ninguna de las causas de exclusión previstas en la presente Orden, e irán acompañadas de la documentación siguiente:

— Fotocopia compulsada del CIF/NIF de la Entidad.

— Fotocopia compulsada del DNI del solicitante o representante.

— Fotocopia compulsada del poder de representación, sin que sea necesario que el mismo se encuentre bastantado.

— Solicitud de transferencia bancaria».

Art. 3.º *Modificación del artículo 8 de la Orden de 4 de julio de 2002.*—

«1. Los expedientes que se incoen en relación con las ayudas desarrolladas por esta Orden serán instruidos por el Servicio de Incentivos al Empleo de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, o aquel que lo sustituya.

2. Para el caso de expedientes que se incoen en relación con las ayudas para la cofinanciación de proyectos de interés social promovidos por Entidades Locales, la propuesta de concesión al órgano competente para resolver se formulará por la Comisión de Valoración que, a estos fines, se constituirá y que estará integrada por tres funcionarios/as con categoría, al menos, de Jefe de Sección o Departamento.

3. Durante la tramitación de la ayudas podrán realizarse cuantas actuaciones se estimen necesarias para la misma, incluida la establecida por el artículo 27 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, sobre reformulación de solicitudes.

4. Si la solicitud no reuniera los requisitos exigidos o no se acompañasen los documentos preceptivos, se requerirá al interesado para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos precepti-

vos, con la indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que se dictará en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución de concesión de las ayudas a la contratación para el desarrollo de proyectos de interés social desarrollados por instituciones sin ánimo de lucro, de al menos, ámbito autonómico o Entidades Locales será de seis meses desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el órgano competente para su tramitación.

6. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución de concesión de las ayudas a Entidades Locales para la cofinanciación de proyectos de interés social será de seis meses desde el día siguiente a la finalización del plazo de presentación de las solicitudes.

7. Las solicitudes podrán entenderse desestimadas en el caso de que no recaiga resolución expresa en los plazos establecidos en los apartados 5 y 6 de este artículo, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

8. De conformidad con lo establecido por el artículo 6.4 del Reglamento (CE) núm. 1159/2000 de la Comisión, de 30 de mayo, cuando la Unión Europea participe en la financiación de los proyectos, la resolución de concesión notificada a los beneficiarios indicará la cuantía o el porcentaje de ayuda aportada por el instrumento comunitario que corresponda».

Art. 4.º *Modificación del artículo 9 de la Orden de 4 de julio de 2002.*—

«1. El abono de las cuantías de las ayudas se ordenará en dos fases:

— Hasta el 75% en la fecha de concesión, en concepto de anticipo.

— El 25% restante una vez aportados los documentos justificativos de los gastos realizados con cargo a la cantidad anticipada.

En los supuestos de incentivos a la contratación, para la justificación del primer pago será necesaria la presentación de la siguiente documentación:

— Relación de personas contratadas cumplimentada en Anexo III adjuntado a la resolución o convenio de concesión.

— Copia compulsada de los correspondientes contratos.

— Fotocopia compulsada de los documentos TC1, justificativos de haber cotizado a la Seguridad Social correspondiente al mes en que se producen las contrataciones.

— Fotocopia compulsada de los documentos TC2 correspondiente al mes en que se producen las contrataciones, en el que conste el número de orden que le corresponderá a cada persona contratada en Anexo IV adjuntado a la resolución o convenio de concesión y que será presentado al justificar el 100% de la ayuda. Si la empresa estuviera acogida al sistema Red de la transmisión telemática de datos a la Seguridad Social, será suficiente con copia compulsada u original del documento firmado por el responsable correspondiente y Certificado expedido por el Servicio Andaluz de Empleo acreditativo de la condición de demandantes de empleo.

— Original y fotocopia compulsada de los recibos salariales que representen al menos la tercera parte de la cantidad anticipada.

— Para el caso de que el coste global del proyecto sea superior a la cuantía incentivada, los justificantes de los gastos realizados con cargo a otros fondos a la fecha de presentación de la documentación.

En los supuestos de cofinanciación de hasta el 80% de un proyecto de interés social, para la justificación del primer pago se presentará certificación del Interventor de la Entidad Local acreditativo de los gastos realizados con cargo a la cantidad anticipada. El plazo máximo de presentación de este documento será de siete meses desde la fecha de la resolución de concesión de la ayuda.

2. Para la justificación definitiva del proyecto, las entidades beneficiarias deberán:

— Acreditar la aplicación al coste de la actividad o inversión efectivamente realizada del porcentaje de financiación de la Junta de Andalucía definido en la resolución o convenio de concesión así como, en el caso de que el coste global del proyecto sea superior a la cuantía incentivada, la aplicación al coste de la actividad o inversión efectivamente realizada del porcentaje de financiación a cargo de la propia entidad, bien con fondos propios o con otras subvenciones o recursos.

— Aportar copia compulsada de los recibos salariales respecto de las contrataciones, y en los supuestos de cofinanciación del proyecto, Certificación del Interventor de la Entidad Local acreditativo de todos los gastos realizados, en el plazo de tres meses desde la finalización del Proyecto.

3. Las Entidades presentarán en el plazo de dos meses desde que se produzcan los respectivos pagos certificación de asiento contable.

4. Respecto del sistema de validación y estampillado de justificantes de gasto que permita el control de la concurrencia de subvenciones, se estará al desarrollo reglamentario que se efectúe de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones».

Art. 5.º *Modificación del artículo 11 de la Orden de 4 de julio de 2002.*—

«1. Las ayudas reguladas por la presente Orden serán compatibles con cualquier otra ayuda no prevista en la misma dentro de los límites legalmente establecidos.

No obstante lo anterior, y de conformidad con la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, el importe de las ayudas en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente, o en concurrencia con incentivos o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario, procediendo en caso contrario el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad incentivada, así como los intereses de demora correspondientes.

2. Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la ayuda y, en todo caso, la obtención concurrente de incentivos o ayudas otorgadas por otras Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales podrá dar lugar a la modificación de la Resolución o Convenio de concesión en las siguientes circunstancias:

— Las modificaciones o alteraciones de las condiciones iniciales, relativas a la ejecución de la actuación objeto de la ayuda establecidas en la resolución o convenio de concesión, que se produzcan por circunstancias ajenas a la voluntad del beneficiario podrán dar lugar, previa solicitud motivada de éste, a la correspondiente modificación del calendario previsto para la ejecución del proyecto y, en su caso, al reembolso de las ayudas.

— En casos justificados de carácter singular, a petición motivada del interesado y previo informe del órgano gestor, se podrán conceder prórrogas en los plazos máximos de realización del proyecto. Asimismo, se po-

drá autorizar, sin modificación de la resolución o convenio de concesión, variaciones de las partidas que constituyen el presupuesto financiable, siempre que no disminuya el coste total del proyecto.

La solicitud de modificación deberá estar suficientemente justificada, presentándose de forma inmediata a la aparición de las circunstancias que lo motiven y con antelación a la finalización del plazo de ejecución inicialmente concedido.

El acto por el que se acuerde la modificación de la resolución o convenio de concesión de la ayuda pública será adoptada por el órgano concedente de la misma, previa instrucción del correspondiente expediente en el que junto a la propuesta razonada del órgano instructor se acompañarán, en su caso, los informes pertinentes y la solicitud o las alegaciones del beneficiario».

Art. 6.º *Modificación del apartado 4 del artículo 12 de la Orden de 4 de julio de 2002.*—«4. La Consejería de Empleo podrá establecer los mecanismos de comunicación de sus ayudas y de publicidad que considere necesarios para el mejor conocimiento del contenido y de los efectos de esta Orden, ello sin perjuicio de la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de las ayudas concedidas en los términos dispuestos por el artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones».

Art. 7.º *Introducción de un nuevo apartado 3.º en el artículo 13 de la Orden de 4 de julio de 2002.*—«3. De conformidad con el artículo 13, apartados 2 y 3, de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, no podrán obtener la condición de beneficiario de las ayudas reguladas en esta Orden entidades en quienes con-

curra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 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, 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) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

f) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determinen.

g) Haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según de la Ley 38/2003, de 17 de

noviembre, General de Subvenciones o la Ley General Tributaria.

h) Las agrupaciones previstas en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 11 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones cuando concurra alguna de las prohibiciones anteriores en cualquiera de sus miembros.

i) Las asociaciones incursas en las causas de prohibición previstas en los apartados 5 y 6 del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, y aquellas respecto de las que se hubiera suspendido el procedimiento administrativo de inscripción por encontrarse indicios racionales de ilicitud penal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.4 de la Ley Orgánica 1/2002, en tanto no recaiga resolución judicial firme en cuya virtud pueda practicarse la inscripción en el correspondiente registro.

De acuerdo con el Preámbulo de esta Orden, y de conformidad con lo establecido en el último párrafo del apartado 1 del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, las entidades que soliciten las ayudas reguladas por esta Orden quedan excepcionadas en base al interés social de los proyectos a desarrollar, de aportar la acreditación de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, establecida por el artículo 13.2.e) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre».

Art. 8.º *Modificación del artículo 14 de la Orden de 4 de julio de 2002.*— «Las Entidades beneficiarias están obligadas a facilitar información al órgano concedente de la ayuda, así como a facilitar la comunicación y justificantes que le sean requeridos.

Así mismo, con independencia de las obligaciones específicas contempladas para cada programa en esta Orden y de las que expresamente se recojan en la resolución o convenio de concesión, son exigibles las siguientes obligaciones genéricas:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones.

b) Justificar ante el órgano 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 o disfrute de la subvención.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como, en su caso, comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicar al órgano concedente la obtención de otras subvenciones, ayudas, 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) De conformidad con lo establecido en el último párrafo del apartado 1 del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, los beneficiarios de las ayudas desarrolladas en la presente Orden quedan exceptuados de acreditar, con anterioridad a dictarse la propuesta de resolución de concesión, hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, no ser deudor en pe-

ríodo ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

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, así como cuantos estados contables y registros específicos sean exigidos por las bases reguladoras de las subvenciones, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

g) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

h) Hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la actividad u objeto de la subvención que la misma está subvencionada por la Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Servicio Andaluz de Empleo, según lo establecido por el apartado 4 del artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como el apartado 2 del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras. Asimismo, en los supuestos de proyectos financiados con fondos comunitarios, los beneficiarios deberán cumplir con las disposiciones que sobre información y publicidad se dicten por la Unión Europea.

i) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 15 de esta Orden, así como en caso de 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 Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

j) Comunicar al órgano concedente de la ayuda cualquier cambio de domicilio de la entidad beneficiaria, a efectos de notificaciones durante el período en el que la ayuda es reglamentariamente susceptible de control».

Art. 9.º *Modificación del artículo 15 de la Orden de 4 de julio de 2002.*— Se modifica el apartado 1 del artículo 15 de la citada Orden que queda redactado del siguiente tenor literal:

«1. Además de los casos de nulidad y anulabilidad previstos por el artículo 36 de la Ley General de Subvenciones, 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 subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 30 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado 4 del artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en los artículos 14 y 15 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de

documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a los beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

g) Incumplimiento de las normas medioambientales, en su caso, al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte del beneficiario de las mediadas en materia de protección del medio ambiente a las que viniere obligado.

h) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a los beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o pri-

vados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

2. En materia de reintegro de las ayudas contempladas en esta Orden serán de aplicación las reglas contenidas por el artículo 33 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras».

Disposición Transitoria Única. *Régimen transitorio.*—Las solicitudes presentadas desde el 1 de enero de 2005 hasta el 18 de febrero de 2005, se tramitarán de conformidad con la normativa vigente en la fecha de su presentación.

Disposición final primera. *Autorización para dictar instrucciones.*—Se

autoriza a la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la ejecución de la presente Orden en el ámbito de sus competencias específicas.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

Sevilla, 21 de marzo de 2005

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

**ORDEN de 6 de mayo de 2005, por la que se desarrollan y convocan determinadas líneas de ayuda al autoempleo al amparo de lo dispuesto en el Decreto 141/2002, de 7 de mayo
BOJA núm. 99, de 24 de mayo de 2005**

PREÁMBULO

En pleno proceso de desarrollo del VI Acuerdo de Concertación Social y hasta la total operatividad de las medidas previstas en el mismo, se hace necesario avanzar en mecanismos que incentiven el autoempleo y den respuestas eficaces y eficientes al colectivo de autónomos. En este sentido la presente Orden tiene como finalidad desarrollar determinadas líneas de ayuda al autoempleo contempladas en el Decreto 141/2002, de 7 de mayo sobre incentivos, programas y medidas de fomento a la creación de empleo y al autoempleo.

La misma incluye medidas dirigidas a mujeres, jóvenes y colectivos más desfavorecidos, en el contexto de una política integradora que contempla itinerarios individualizados profesionales y laborales hacia el trabajo por

cuenta propia. Estas medidas vienen a reforzar el papel de capital importancia que tiene el trabajo autónomo como valor añadido y fuente de riqueza en la economía andaluza y por el peso específico que representa este colectivo, tal y como refleja el incremento notable producido en los últimos años. Por todo ello, este sector se considera estratégico debido a su papel dinamizador en la economía andaluza, la generación de empleo, y por su cada vez mayor presencia en los sectores económicos emergentes relacionados, entre otros, con los nuevos yacimientos de empleo.

El hecho de que las ayudas reguladas en la presente Orden estén dirigidas a personas desempleadas que inicien su actividad como autónomos respecto de determinados sectores, y a aquellas personas autónomas que por primera vez realicen contrataciones

laborales de carácter indefinido y a jornada completa o transformen contratos de duración determina en indefinidos, de forma simultánea, y 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, determina el sometimiento de dichas ayudas a un régimen de concurrencia no competitiva, no resultando necesario establecer comparación entre solicitudes ni prelación entre las mismas, en aplicación de la excepción contenida por el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de conformidad con lo establecido por el artículo 22 y el apartado 7 del artículo 30 de la también citada Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como beneficiar a las personas objeto de estas ayudas de la excepción establecida por el apartado segundo del artículo 13 de la misma Ley 38/2003, General de Subvenciones, respecto de la acreditación de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

En consecuencia y en uso de las facultades conferidas y a propuesta de la Dirección General de Fomento del Empleo, del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo,

DISPONGO

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.º *Objeto.*—La presente Orden tiene por finalidad desarrollar para el ejercicio 2005 las ayudas al inicio de actividad y a la/s primera/ s contratación/es de carácter indefinido, o transformación/ es de contrato/s de

duración determinada en indefinido que simultáneamente realice la persona constituida como autónoma, recogidas en el Decreto 141/2002, de 7 de mayo, sobre incentivos, programas y medidas de fomento a la creación de empleo y al autoempleo y cuyas actividades a desarrollar se encuentren encuadradas en los artículos 5 y 13 de la presente Orden.

Art. 2.º *Procedimiento de concesión.*—En razón de la dinamización y consolidación del tejido productivo en nuestra Comunidad Autónoma pretendidas por las medidas contenidas en esta Orden, las ayudas por ella reguladas no se someterán al régimen de concurrencia competitiva, pudiéndose conceder en atención a la concurrencia, en la persona perceptora de la ayuda de la situación legal de desempleada en el momento de iniciar la actividad autónoma, o la formalización por primera vez de contrato/s laboral/ es de carácter indefinido y a jornada completa o transformación/ es contrato/s de duración determina en indefinido/s, de forma simultánea, y del resto de los requisitos exigidos en ésta, sin que sea necesario establecer la comparación de las solicitudes ni la prelación entre las mismas, resultándoles de aplicación la excepción establecida para dicho régimen en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 y en el apartado 7 del artículo 30 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones.

CAPÍTULO II

Ayuda al inicio de actividad

Art. 3.º *Objeto.*—El objeto de esta ayuda es contribuir a que aquellas personas desempleadas que per-

tenezcan a los colectivos descritos por el artículo 4 de la presente Orden, y que se constituyan como autónomas para el ejercicio de una actividad que se encuentre encuadrada en alguna de las establecidas en el artículo 5 de la misma, dispongan de una ayuda a tanto alzado, con carácter de pago en firme, al inicio de la actividad.

Art. 4.º *Personas beneficiarias.*— Podrán beneficiarse de estas ayudas:

1.— Mujeres jóvenes hasta 30 años.

— Hombres jóvenes hasta 30 años.

En ambos supuestos, y antes del inicio de la actividad autónoma, habrán de cumplir alguno de los siguientes requisitos:

a) Personas que hayan sido usuarias de los Servicios de Andalucía Orienta y que en su itinerario de inserción se contemple la posibilidad del autoempleo como medida de fomento.

b) Personas que hayan participado y superado Programas de Formación Profesional Ocupacional, Formación Profesional Reglada o Formación Continua, en materias relacionadas con la actividad a desarrollar, siempre que hayan sido impartidos u homologados por algún Servicio Público de Empleo o las Administraciones Educativas.

c) Personas que hayan participado y superado Programas de Escuelas Taller o Casas de Oficio, siempre que la labor realizada en ellos esté directamente relacionada con la actividad a desarrollar.

2. Mujeres mayores de 30 y menores de 45 años inclusive.

3. Personas paradas de larga duración mayores de 45 años. En relación a los apartados 2 y 3 de este mismo artículo, deberá tenerse en cuenta que únicamente podrán obtener la condición de personas beneficiarias aquellos

cuyo currículo profesional determine que cuentan con una cualificación, experiencia laboral o formación profesional suficiente en relación con la actividad a desarrollar, circunstancia que podrá ser acreditada por los Servicios de Andalucía Orienta, las Oficinas de Empleo o, en su caso, las Administraciones Educativas.

4. Todas aquellas personas que hayan completado su participación en un Taller de Empleo, siempre que la labor realizada esté directamente relacionada con la actividad a desarrollar.

5. Aquellas personas en las que concurra alguna de las siguientes características:

a) Personas con discapacidad. A los efectos de esta ayuda adquirirá esta condición quien acredite un grado de minusvalía igual o superior al 33%.

b) Personas inmigrantes.

c) Personas pertenecientes a minorías étnicas.

d) Personas receptoras del Programa de Solidaridad de los andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad, establecido por el Decreto 2/1999, de 12 de enero, o aquel que lo modifique o sustituya.

e) Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social.

f) Personas internas de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita iniciar una actividad como autónomo.

g) Personas liberadas condicionales y ex reclusas.

6. Todas aquellas personas cuya situación legal de desempleo provenga de expedientes de regulación de empleo.

Art. 5.º *Actividades a desarrollar.*—Se contemplan como actividades subvencionables todas aquellas vinculadas a:

1. Los Nuevos Yacimientos de Empleo, siendo prioritarias:

a) Servicios a la vida diaria, prioritariamente de atención a la dependencia.

b) Fomento de actividades culturales y de ocio en el ámbito rural.

c) Servicios relacionados con el medio ambiente.

d) Servicios complementarios vinculados a la mejora de la calidad de vida.

2. Servicios vinculados al mantenimiento, reparación y acondicionamiento de instalaciones.

3. Actividades vinculadas al sector industrial, audiovisual, y sector de nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Art. 6.º Pago y cuantía.—La ayuda para el inicio de actividad consistirá en una ayuda a tanto alzado y con carácter de pago en firme que oscilará entre 3.006 euros y 6.011 euros, en función de las disponibilidades presupuestarias, con la siguiente distribución:

— Mujeres: 6.011 €.

— Jóvenes: 4.508 €.

— Personas paradas de larga duración mayores de 45 años y el resto de colectivos contemplados en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 4 de la presente Orden: 3.006 €.

Art. 7.º Acompañamiento y tutorización de personas constituidas como autónomas.—Las personas perceptoras de esta ayuda se podrán beneficiar de los servicios de los diferentes programas prestados por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo o por entidades colaboradoras para el desarrollo de su actividad y, especialmente, aquellos destinados al asesoramiento y asistencia técnica de sus proyectos, con objeto de acompañarlos en la consolidación de los mismos.

Las acciones de asesoramiento, asistencia técnica y acompañamiento

que se citan en el párrafo anterior, son las que vienen obligadas a prestar aquellas entidades beneficiarias de ayudas obtenidas al amparo de la normativa reguladora de los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo, a los alumnos trabajadores con ocasión de su participación en alguno de ellos, así como durante, al menos, seis meses después de finalizado el respectivo proyecto.

Art. 8.º Requisitos.—Podrán beneficiarse de las ayudas recogidas en este Capítulo las personas que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el mismo día o el anterior a su alta en el Censo de Obligados Tributarios se encuentren inscritas como desempleadas en el Servicio Andaluz de Empleo.

b) A la fecha de la presentación de la solicitud de ayuda, estén dadas de alta en el Censo de Obligados Tributarios y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos ante el organismo competente de la Seguridad Social o aquel que legal o estatutariamente le corresponda.

c) Que el domicilio de la actividad a desarrollar radique en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

d) Que la actividad tenga carácter estable, corresponda al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social o aquel que legal o estatutariamente le corresponda, se realice a tiempo completo y no se compatibilice con cualquier otra actividad por cuenta ajena.

Art. 9.º Exclusiones.—1. 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 Censo de Obligados Tributarios hayan ejercido la misma actividad o que

en el año anterior hayan ejercido una distinta como autónomas.

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.

2. De conformidad con lo establecido por el apartado segundo del artículo 13 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, no podrán obtener la condición de beneficiario de los incentivos regulados en este Capítulo las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

— Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

— Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

— Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

— 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, o tratarse de cualquier

ra 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.

— Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

— No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determinen.

— Haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según la Ley General de Subvenciones o la Ley General Tributaria.

Art. 10. Período mínimo de mantenimiento de la condición.—Las personas beneficiarias de estas ayudas, estarán obligadas a mantener la condición de autónomas durante al menos un año desde la fecha de concesión de la ayuda.

CAPÍTULO III

Ayuda a la/s primera/s contratación/es de carácter indefinido, o transformaciones de contratos de duración determinada en indefinido que realice de forma simultánea el autónomo/a

Art. 11. Objeto.—Consistirá en una ayuda a tanto alzado y con carácter de pago en firme, para aquellas personas constituidas como autónomas que realicen por primera vez la/s contratación/es laboral/es de carácter indefinido y a jornada completa o lleven a cabo la/s transformación/es de contrato/s de duración determinada en indefinido, de forma simultánea, y cuya actividad se encuentre encuadrada en el artículo 13 de la presente Orden, pudiendo contar para ello con el aplicativo Contrat@, disponible en la página Web

de la Consejería de Empleo, (www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo), que permite comunicar los contratos laborales vía internet, en sustitución de su presentación física ante una oficina de empleo del Servicio Andaluz de Empleo.

Art. 12. Personas beneficiarias.—

1. Podrán solicitar estas ayudas aquellas personas que hayan realizado una/s primera/s contratación/es laboral/es de carácter indefinido y a jornada completa o hayan transformado contrato/s de duración determinada en indefinido/s, de forma simultánea, y que supongan la/s primera/s contratación/es de carácter estable, siempre que las mismas vengan referidas a personas pertenecientes a los siguientes colectivos:

- a) Mujeres, preferentemente aquellas víctimas de violencia de género.
- b) Mayores de 45 años que lleven más de un año en situación legal de desempleo.
- c) Jóvenes menores de 30 años.
- d) Personas con discapacidad.
- e) Otros colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, contemplados en el apartado 5 del artículo 4 de la presente Orden.

2. Para los supuestos de nuevas contrataciones, las mismas vendrán referidas a personas desempleadas inscritas como tales en el Servicio Andaluz de Empleo.

Art. 13. Actividades a desarrollar.—Se contemplan como actividades todas aquellas vinculadas a:

1. Los Nuevos Yacimientos de Empleo, siendo prioritarias:
 - a) Servicios a la vida diaria, prioritariamente de atención a la dependencia.
 - b) Fomento de actividades culturales y de ocio en el ámbito rural.
 - c) Servicios relacionados con el medio ambiente.

d) Servicios complementarios vinculados a la mejora de la calidad de vida.

2. Servicios vinculados al mantenimiento, reparación y acondicionamiento de instalaciones.

3. Actividades vinculadas al sector industrial, audiovisual, y sector de nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Art. 14. Pago y cuantía.—La presente ayuda consistirá en una cuantía a tanto alzado y con carácter de pago en firme por importe de 4.208 € por cada primera/s contratación/es laboral/es de carácter indefinido y a jornada completa, o transformación/es de contrato de duración determinada en indefinido que se efectúe por la persona autónoma de forma simultánea, a tiempo completo.

Art. 15. Exclusiones.—1. Las ayudas reguladas en el presente Capítulo no se aplicarán en los supuestos siguientes:

— 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.

— Contrataciones de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas o entidades sin ánimo de lucro.

— Respecto de la/s primera/s contratación/es laboral/es de carácter indefinido y a jornada completa cuando se contrate a trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato con cualquier otra empresa.

2. De conformidad con el apartado segundo del artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General

de Subvenciones, tampoco podrán obtener la condición de personas beneficiarias de las ayudas reguladas en este Capítulo aquellas en las que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 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, 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) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

f) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determinen.

g) Haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones o la Ley General Tributaria.

Art. 16. *Período mínimo de mantenimiento de ocupación del puesto de trabajo.*—El período mínimo de mantenimiento de los contratos indefinidos creados por nueva contratación o por transformación de un contrato de duración determinada en indefinido será de tres años.

Si por cualquier incidencia, excepto despido declarado improcedente por la Jurisdicción Social, las personas contratadas causaran baja sin cubrir dicho período, en el plazo de tres meses se realizará la sustitución por el tiempo restante mediante la contratación de personas correspondientes al mismo colectivo. Dentro de ese mismo plazo deberá comunicarse dicha sustitución a la Consejería de Empleo, acompañada del nuevo contrato que no generará derecho a nueva subvención. En caso contrario, la cuantía de la subvención será reintegrada en su totalidad.

A los efectos de seguimiento del citado período de mantenimiento de la contratación, la Consejería de Empleo podrá, durante el mismo, recabar la información pertinente del beneficiario de la ayuda o, en su caso, obtenerla por sus propios medios en relación a las personas trabajadoras contratadas.

CAPÍTULO IV Normas comunes

Art. 17. *Presentación de solicitudes.*—Las solicitudes para las ayudas contempladas en la presente Orden irán dirigidas a las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo correspon-

diente según el ámbito geográfico de actuación, conforme a la solicitud disponible tanto en las Direcciones Provinciales como en la página web de la Consejería de Empleo, y podrán presentarse además de en las anteriores, en la Unidad Territorial de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico correspondiente, sin perjuicio de cualquier otra fórmula de las recogidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Para mayor agilidad y facilidad en la tramitación, las solicitudes de ayudas podrán cumplimentarse vía telemática a través de la página Web de la Consejería de Empleo, en el enlace recogido para estas ayudas en el Portal de Empleo (www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo) donde el usuario seleccionará su clave, y las imprimirá para su posterior presentación.

Art. 18. Plazo de presentación de solicitudes.—1. En el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la presente Orden, podrán presentar solicitudes aquellas personas contempladas como posibles beneficiarios en la misma que, cumpliendo los requisitos establecidos para cada una de las ayudas, y no encontrándose en ninguno de los supuestos de exclusión, se hubieran dado de alta en el Censo de Obligados Tributarios así como en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, o aquel que legal o estatutariamente le corresponda, o hubieran procedido a efectuar la/s primera/s contratación/es laboral/es de carácter indefinido y a jornada completa o la transformación/es de contrato/s de duración determinada en indefinido, simultáneamente, entre el 1 de octubre del 2004 hasta dicha entrada en vigor.

2. El plazo para la presentación de las correspondientes solicitudes

para el supuesto de aquellas personas que, cumpliendo las condiciones establecidas en el párrafo anterior se hubieran dado de alta en el Censo de Obligados Tributarios así como en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, o aquel que legal o estatutariamente le corresponda, o hubieran procedido a efectuar la/s primera/s contratación/es laboral/es de carácter indefinido y a jornada completa o transformación/es de contrato/s de duración determinada en indefinido, simultáneamente, a partir de la entrada en vigor de la presente Orden y hasta el 31 de agosto de 2005, se abrirá el 1 septiembre del presente año, finalizando el día 30 del mismo mes.

Art. 19. Documentación.—1. Las solicitudes presentadas para ambas líneas de ayudas, contendrán sendas declaraciones responsables, firmadas por la persona solicitante, relativas a otras ayudas concedidas y/o solicitadas para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, y a no encontrarse incurso en ninguna de las causas de exclusión previstas en la presente Orden, e irán acompañadas de la documentación siguiente:

a) Fotocopia compulsada del DNI de la persona solicitante o, en su caso, de la persona que actúe en su representación.

b) Fotocopia compulsada del número de identificación de extranjero (NIE) y/o pasaporte, en el caso de que la persona solicitante sea de otro país.

c) En su caso, fotocopia compulsada del poder de representación, sin que sea necesario que el mismo se encuentre bastanteadado.

d) Solicitud de transferencia bancaria firmada por la persona solicitante o, en su caso, la persona que actúe en su representación y la entidad bancaria.

2. Las solicitudes de ayudas al inicio de actividad deberán asimismo acompañarse de la siguiente documentación:

a) Informe de Vida Laboral original y actualizado de la persona solicitante o fotocopia compulsada del mismo, emitido por el órgano competente de la Seguridad Social.

b) Fotocopia compulsada de alta en el Censo de Obligados Tributarios correspondiente a la actividad para cuyo inicio ha solicitado la ayuda, conforme a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

c) Fotocopia compulsada del alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, o aquel que legal o estatutariamente le corresponda, relativo a la actividad para cuyo inicio se ha solicitado la ayuda.

d) Certificado original y actualizado de períodos de inscripción como demandante de empleo emitido por el Servicio Andaluz de Empleo, o fotocopia compulsada del mismo.

e) Fotocopia compulsada de certificados, emitidos por el Servicio Público de Empleo correspondiente o las Administraciones Educativas correspondientes, de participación en Programas de Formación Profesional Ocupacional, Formación Profesional Reglada o Formación Continua, en su caso.

f) Para acreditar el cumplimiento de alguno de los supuestos recogidos por las letras a) y c) del apartado 1 del artículo 4 de la presente Orden, y del apartado 4 del mismo, será suficiente con certificación emitida por la Jefatura de Servicio correspondiente del Servicio Andaluz de Empleo.

g) Para acreditar la pertenencia a alguno de los colectivos recogidos por el apartado 5 del artículo 4 de la presente Orden, se aportará la documen-

tación que para ello sea requerida en el modelo de solicitud.

h) Memoria descriptiva del proyecto, la inversión y financiación de la actividad a realizar, así como las correspondientes a los ingresos y gastos previstos para iniciar la actividad.

3. Las solicitudes de ayudas a la/s primera/s contratación/ es laboral/ es de carácter indefinido y a jornada completa y a la/s transformación/ es de contrato/ s de duración determinada en indefinido que simultáneamente realice la persona constituida como autónoma, deberán asimismo acompañarse de la siguiente documentación:

a) 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 Contrat@ descrito en el artículo 11 de esta Orden.

b) Informe Original de Vida Laboral y actualizado de la persona solicitante o fotocopia compulsada, emitido por el órgano competente de la Seguridad Social.

c) Fotocopia compulsada de los TC2 correspondientes al mes en que se produce/n la/s contratación/ es indefinida/ s. Si la empresa estuviera acogida al sistema RED de transmisión telemática de datos a la Seguridad Social será suficiente con copia compulsada u original del documento firmado por el responsable correspondiente.

d) Fotocopia compulsada de la inscripción del empresario en la Seguridad Social y apertura de la cuenta de cotización principal.

e) Fotocopia compulsada del alta o variación de datos de la persona contratada en la Seguridad Social.

f) Copia del DNI de la persona contratada al objeto de acreditar la personalidad y edad de la misma.

g) Informe de Vida Laboral original y actualizado de la persona contratada o fotocopia compulsada del

mismo, emitido por el órgano competente de la Seguridad Social, al objeto de determinar posibles causas de exclusión.

h) Para el caso de nuevas contrataciones laborales de carácter indefinido y a jornada completa, certificado de los períodos de inscripción acreditativo de la condición de demandante del empleo de la/s persona/s contratada/s expedido por el órgano competente.

i) 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.

j) Para acreditar la pertenencia de la/s persona/s contratada/s a alguno de los colectivos establecidos por los apartados a), d) y e) del artículo 12 de la presente Orden, se aportará la documentación que para ello sea requerida en el modelo de solicitud.

Art. 20. *Subsanación de las solicitudes, tramitación y resolución.*—1. Si la solicitud no reuniera los requisitos exigidos o no se acompañasen los documentos preceptivos, el órgano instructor del procedimiento requerirá al interesado para que en el plazo de diez días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos con la indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. La resolución de concesión será motivada y contendrá como mínimo los extremos exigidos en el artículo 13.2 del Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la con-

cesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, y en ella se recogerá el porcentaje de cofinanciación a cargo de la Comunidad Autónoma de Andalucía y, en su caso, el porcentaje de cofinanciación a cargo del Fondo Social Europeo.

3. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución de concesión de las ayudas será de 5 meses desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el órgano competente para su tramitación, pudiendo entenderse desestimada por silencio administrativo, según disponen las normas de regulación del sentido del silencio administrativo.

Art. 21. *Excepción a la prohibición establecida en la letra e) del apartado segundo del artículo 13 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones.*—

De acuerdo con el Preámbulo de esta Orden, y de conformidad con lo establecido en el apartado segundo del artículo 13 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, las personas autónomas que soliciten las ayudas reguladas en esta Orden, en base a su condición de personas desempleadas que inicien su actividad como autónomos respecto de determinados sectores, o de personas autónomas que formalicen primera/s contratación/es laboral/es de carácter indefinido y a jornada completa de personas desempleadas o transformen contrato/s de duración determinada en indefinidos de forma simultánea, quedan excepcionadas de aportar la acreditación de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, establecida por la letra e) del apartado segundo de dicho artículo.

Art. 22. Competencia para resolver.—La competencia para resolver estas ayudas reguladas en la presente Orden se delega en los titulares de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo correspondientes al ámbito donde se desarrolla la actividad o este localizado el centro de trabajo de la persona contratada por el autónomo o transformación del contrato de duración determinada en indefinido, simultáneamente.

Art. 23. Pagos.—1. Las ayudas contempladas en esta Orden se tramitarán en firme en un solo acto.

2. El pago se efectuará mediante transferencia bancaria a la cuenta que la persona solicitante haya indicado en la solicitud.

Art. 24. Compatibilidad de las ayudas.—1. Las ayudas reguladas por la presente Orden serán compatibles entre sí y con cualquier otra ayuda no prevista por la Consejería de Empleo, o por institución en la que ésta participe mayoritariamente, dentro de los límites legalmente establecidos.

2. No obstante lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 111 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, el importe de las ayudas en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con incentivos o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por la persona beneficiaria.

3. De conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la ayuda por circunstan-

cias ajenas a la voluntad del beneficiario previa solicitud motivada de éste y, en todo caso, la obtención concurrente de incentivos o ayudas otorgadas por otras administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales podrá dar lugar a la modificación de la resolución.

La solicitud de modificación deberá estar suficientemente justificada, presentándose de forma inmediata a la aparición de las circunstancias que lo motiven y, en todo caso, con anterioridad a los tres meses desde la producción de las mismas.

El acto por el que se acuerde la modificación de la resolución o convenio de concesión de la ayuda pública será adoptada por el órgano concedente de la misma, previa instrucción del correspondiente expediente en el que junto a la propuesta razonada del órgano instructor se acompañarán, en su caso, los informes pertinentes y la solicitud o las alegaciones de la persona beneficiaria.

Art. 25. Publicidad.—1. La Consejería de Empleo podrá establecer los mecanismos de comunicación de sus ayudas y de publicidad que considere necesarios para el mejor conocimiento del contenido y de los efectos de esta Orden, ello sin perjuicio de la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de las ayudas concedidas en los términos dispuestos por el artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

2. Las personas beneficiarias de las ayudas reguladas en la presente Orden, deberán manifestar de modo expreso la colaboración del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería 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 utiliza-

ción por el Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 245/1997, de 15 de octubre, y actualizado por Decreto 126/2002, de 17 de abril, así como en la normativa de la Unión Europea, Reglamento (CE) num. 1159/2000 de la Comisión, de 30 de mayo.

3. En el supuesto de las ayudas a la primera/s contratación/ es laboral/ es de carácter indefinido y a jornada completa, o transformación/es de contrato/s de duración determinada en indefinido las personas beneficiarias comunicarán a los trabajadores que su contratación ha sido incentivada por la Administración de la Junta de Andalucía y, en su caso, con el Fondo Social Europeo.

A los efectos de seguimiento y control de la citada comunicación, la Consejería de Empleo podrá solicitar, durante el período mínimo de mantenimiento del puesto de trabajo, la acreditación de la comunicación a los interesados.

4. El incumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados 2 y 3 de este artículo, determinará el reintegro de la ayuda junto con los correspondientes intereses de demora.

Art. 26. Obligaciones de las personas beneficiarias.—Aquellas personas beneficiarias de estas ayudas están obligadas a facilitar información al órgano concedente de las ayudas obtenidas, así como, a facilitar la comunicación y justificantes que les sean requeridos.

Así mismo, con independencia de las obligaciones específicas contempladas para cada programa en esta Orden, y de las que expresamente se recojan en la resolución o convenio de concesión, son exigibles las siguientes obligaciones genéricas:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adop-

tar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones.

b) Justificar ante el órgano 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 o disfrute de la subvención.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como, en su caso, comunitarios, aportando cuanta información les sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicar al órgano concedente la obtención de otras subvenciones, ayudas, 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 determine reglamentariamente, y sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional decimoctava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

f) De conformidad con lo establecido en el apartado segundo del artículo 13 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, y el artículo 21 de esta Orden, los beneficiarios de las ayudas en ella desarrolladas quedan excepcionados de acreditar, con anterioridad a dictarse la propuesta de resolución de concesión, hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones

tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

g) 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, así como cuantos estados contables y registros específicos sean exigidos por las bases reguladoras de las subvenciones, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

h) 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.

i) Hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la actividad u objeto de la subvención que la misma está subvencionada por la Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Servicio Andaluz de Empleo, según lo establecido por el apartado 4 del artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como el apartado 2 del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras. Asimismo, en los supuestos de proyectos financiados con fondos comunitarios, los beneficiarios deberán cumplir con las disposiciones que sobre información y publicidad se dicten por la Unión Europea.

j) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 27 de esta Orden, así como en caso de 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 Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

k) Comunicar al órgano concedente de la ayuda cualquier cambio de domicilio de la entidad beneficiaria, a efectos de notificaciones durante el período en el que la ayuda es reglamentariamente susceptible de control.

Art. 27. Reintegros.—1. Además de los casos de nulidad y anulabilidad previstos en el artículo 36 de la Ley General de Subvenciones, procederá también 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 subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 30 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 25 de esta Orden, de conformidad con el apartado 4 del artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en los artículos 14 y 15 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo

dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las personas beneficiarias, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

g) Incumplimiento de las normas medioambientales, en su caso, al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte del beneficiario de las mediadas en materia de protección del medio ambiente a las que viniera obligado.

h) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las personas beneficiarias, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

2. Igualmente procederá el reintegro del posible exceso obtenido sobre el coste de la actividad desarrollada, así como los correspondientes intereses de demora.

3. En materia de reintegro de las ayudas contempladas en esta Orden serán de aplicación las reglas contenidas por el artículo 33 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

Art. 28. Ayudas convocadas.—1. Mediante la presente Orden se convocan para el ejercicio 2005:

A) 6.000 ayudas para la línea de inicio de actividad.

B) 1.000 ayudas en la línea de la/s primera/s contratación/ es laboral/ es de carácter indefinido y a jornada completa o transformación/ es de contrato/ s de duración determinada en indefinidos que realice el autónomo/a.

2. Para los ejercicios futuros, se dictará anualmente la correspondiente Orden que determine el número de ayudas que se convoquen.

3. La concesión de las ayudas reguladas por la presente Orden, estará condicionada a la existencia de dotación presupuestaria en el ejercicio correspondiente.

Disposición Adicional Primera.
Normativa aplicable.—Las ayudas a que se refiere la presente Orden, además de lo previsto por la misma, se regirán en todo lo que no se oponga a ésta, por lo establecido en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo que dispongan las leyes anuales del Presupuesto, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y por el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de

subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, así como por las normas aplicables de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

Disposición Adicional Segunda.

Desarrollo normativo y ejecución.—Se autoriza a la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la ejecución de la presente Orden en el ámbito de sus competencias específicas.

Disposición Derogatoria Única.

Derogación de normativa anterior.—Quedan derogadas la Orden de 31 de enero de 2003 y la Orden de 24 de junio de 2002, en su artículo 12, ambas de desarrollo del Decreto 141/2002, de 7 de mayo sobre incentivos, programas

y medidas de fomento a la creación de empleo y al autoempleo, así como todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la presente Orden.

Disposición Final Primera. *Habilitación para dictar Instrucciones.*—

Se autoriza a la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la ejecución y desarrollo de la presente Orden en el ámbito de sus competencias específicas.

Disposición Final Segunda. *Entrada en vigor.*—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 6 de mayo de 2005

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

ORDEN de 12 de mayo de 2005, por la que se regula el programa de Turismo Social de Personas Mayores de Andalucía
BOJA núm. 104, de 31 de mayo de 2005

La Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía establece, en su artículo 6, la atención y promoción del bienestar de la vejez como una de las áreas de actuación de los servicios sociales.

Asimismo, el artículo 35 de la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores en Andalucía, dispone que las Administraciones Públicas realizarán actividades culturales y de empleo creativo del ocio dirigidas a las personas mayores. Igualmente, el artículo 36 de dicha Ley señala que se fomentará la práctica del turismo social y cultural entre estas

personas, mediante la organización de programas.

El Decreto 220/2003, de 22 de julio, que supuso la modificación de la estructura orgánica de la Consejería de Asuntos Sociales, atribuyó a la Dirección General de Personas Mayores el desarrollo, coordinación y promoción de las políticas activas en materia de personas mayores. Estas competencias corresponden en la actualidad a la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, tras la publicación del Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril, de reestructuración de Consejerías, y el ejercicio de las mismas se

realizará a través de su Dirección General de Personas Mayores, de acuerdo con el Decreto 205/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de dicha Consejería.

La gran aceptación que entre la ciudadanía tienen las medidas que desde la administración pública contribuyen al envejecimiento activo y a su participación en la comunidad, y en desarrollo de la citada Ley 6/1999, de 7 de julio, hace necesario establecer la regulación del programa de turismo social de personas mayores de Andalucía. En su virtud, a propuesta de la Dirección General de Personas Mayores, en uso de las facultades que me confiere la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma,

DISPONGO

Artículo 1.º *Objeto y ámbito de aplicación.*—La presente Orden tiene por objeto regular el Programa de Turismo Social de Personas Mayores que residen en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Art. 2.º *Finalidad del Programa.*—Este Programa tendrá como finalidad mejorar la calidad de vida de las personas mayores andaluzas, impulsando actividades de tiempo libre y las experiencias de convivencia intergeneracional, así como fomentar las relaciones humanas y la realización de actividades socioculturales y recreativas, favoreciendo asimismo el conocimiento geográfico y cultural de Andalucía.

Art. 3.º *Modalidades del Programa.*—1. El Programa de Turismo Social de Personas Mayores de Andalucía podrá desarrollarse en las modalidades que a continuación se indican:

a) Turismo Social para Mayores en Residencias de Tiempo Libre.

b) Turismo Social para Mayores en Albergues Juveniles y Hoteles.

c) Turismo Social para Mayores en el centro residencial de mayores de Estepona (Málaga).

d) Turismo Social para Mayores en Espacios naturales.

2. La modalidad señalada en el apartado a) del punto anterior se regulará por lo dispuesto en sus propias órdenes de convocatorias anuales, efectuadas por la Consejería de Empleo.

Art. 4.º *Personas beneficiarias y requisitos de acceso al Programa.*—1. Para obtener la condición de persona beneficiaria del Programa, la persona mayor solicitante deberá cumplir, con carácter general, los siguientes requisitos:

a) Residir en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

b) Tener 60 años cumplidos.

c) Ser pensionista.

d) Poder valerse por sí misma para viajar, caminar y demás actividades de la vida diaria.

e) No padecer enfermedad infecciosa, ni alteración del comportamiento que impida la normal convivencia.

2. También podrá obtener la condición de persona beneficiaria quienes sean cónyuge o pareja de hecho de la persona solicitante, siempre que se encuentre en situación de inactividad laboral y que reúna los requisitos anteriores, a excepción de lo señalado en los apartados b) y c).

3. La persona solicitante podrá ir acompañada de una persona con discapacidad con la que conviva, o sobre la cual ostente la patria potestad, siempre que cumpla los requisitos anteriormente indicados, a excepción de lo señalado en los apartados b) y c).

Art. 5.º *Solicitud.*—La solicitud se formulará en el modelo que se adjunta

como Anexo I, acompañando la documentación de la persona solicitante y, en su caso, de la persona acompañante, mediante aportación de originales o copias autenticadas en todas sus hojas, que a continuación se indica:

- a) Documento Nacional de Identidad.
- b) Tarjeta Sanitaria.
- c) Certificado de empadronamiento.
- d) Informe Médico, según modelo incluido como Anexo II.
- e) Resolución con calificación de minusvalía, en el supuesto recogido en el apartado 3 del artículo 4.

Art. 6.º Convocatoria.—Las Delegaciones Provinciales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social darán publicidad a la oferta de plazas por cada modalidad del Programa mediante convocatoria anual, que indicará asimismo el plazo para la solicitud, la distribución de las plazas y las condiciones de adjudicación de las mismas.

Art. 7.º Resolución y adjudicación de las plazas.—1. En el plazo de tres meses, a contar desde el día siguiente a aquel en que la solicitud tenga entrada en el Registro de la Delegación Provincial correspondiente, la persona titular de la misma dictará la resolución correspondiente. Transcurrido el mencionado plazo sin haberse dictado y notificado la oportuna resolución, la persona interesada podrá entender desestimada su solicitud.

2. Las plazas serán adjudicadas por las Delegaciones Provinciales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social a las personas solicitantes que cumplan los requisitos enumerados en el artículo cuarto, en función de la distribución provincial establecida y el número de plazas ofertadas.

3. En el supuesto de que el número de solicitudes supere el de plazas

ofertadas, éstas serán adjudicadas a las personas solicitantes por orden de prelación que resulte de la aplicación del baremo que se establezca al efecto, y que contendrá los siguientes criterios:

- a) No haber participado en años anteriores en las distintas modalidades del Programa.
- b) Circunstancias económicas.
- c) Mayor edad.
- d) Por sorteo, que será público.

4. La adjudicación de plaza para una modalidad del Programa excluirá la participación en otra modalidad, referida a la misma convocatoria anual.

5. Las solicitudes que no hayan obtenido plaza quedarán en lista de espera, en la modalidad y turno solicitados, por orden de prelación según la valoración obtenida en aplicación del baremo.

Art. 8.º Participación de las personas beneficiarias en la financiación del Programa.—Las personas beneficiarias estarán obligadas a participar en la financiación del Programa, por los conceptos y en las cuantías que se determinen en la correspondiente Convocatoria anual.

Art. 9.º Personas voluntarias.—En el caso de que, para el desarrollo del Programa, las Delegaciones Provinciales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social precisen de personas voluntarias, se estará a lo regulado por la Ley 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado, debiendo contar con Entidades legalmente constituidas que desarrollen programas de acción voluntaria.

Art. 10. Entidades Colaboradoras.—Para la ejecución y gestión de la presente Orden, la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social podrá contar con la participación de Entidades Colaboradoras.

Disposición final primera. Desarrollo normativo.—Se faculta al Di-

rector General de Personas Mayores de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, para dictar las disposiciones necesarias en desarrollo y ejecución de lo establecido en esta Orden.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de

su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 12 de mayo de 2005

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad
y Bienestar Social

ORDEN de 13 de mayo de 2005, de modificación de las de 6 y 7 de mayo de 2002, por la que se regula el acceso, el funcionamiento y la financiación de los programas de estancia diurna y respiro familiar
BOJA núm. 104, de 31 de mayo de 2005

El Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, modificado por los Decretos 18/2003, de 4 de febrero y 7/2004, de 20 de enero, establece un conjunto de medidas a favor de las personas con discapacidad, como son los programas de estancia diurna y respiro familiar al objeto de facilitar la atención integral de las personas en situación de dependencia por sus familiares.

En desarrollo del citado Decreto se dictan las Ordenes de 6 y 7 de mayo de 2002, de la Consejería de Asuntos Sociales, por la que se regulan el acceso y el funcionamiento de estos programas por una parte, y la financiación de los mismos, por otra.

La última modificación del Plan de Familia, ha tenido lugar en virtud del Decreto 66/2005, de 8 de marzo, de ampliación y adaptación de las medidas de apoyo a las familias andaluzas, disponiendo, entre otras medidas, la extensión del programa de respiro familiar a personas con discapacidad menores de dieciséis años, dadas las necesidades de apoyo que presentan también las familias con hijos e hijas con discapacidad menores de esta edad.

Lo anterior hace necesario modificar en este aspecto, tanto la Orden de 6 de mayo de 2002, que regula el ac-

ceso y funcionamiento de los programas de estancia diurna y de respiro familiar, como la Orden de 7 de mayo de 2002, por la que se regula la financiación de estos programas. En este sentido, debe omitirse en ambas la referencia al límite mínimo de dieciséis años, en lo que respecta al respiro familiar. Asimismo, se aprueba un nuevo modelo de solicitud adaptado a las modificaciones introducidas por la Orden.

En su virtud, en uso de las facultades conferidas por la disposición final tercera del citado Decreto 66/2005, de 8 de marzo, y a propuesta de la Directora General de Personas con Discapacidad,

DISPONGO

Artículo 1.º *Modificación de la Orden de 6 de mayo de 2002.*—Se modifica la Orden de 6 de mayo de 2002, por la que se regula el acceso y el funcionamiento de los programas de estancia diurna y respiro familiar, en los términos que a continuación se expresan:

1. Se modifica el artículo 4, que quedará redactado en los siguientes términos:

«Los programas previstos en esta Orden estarán destinados a personas mayores de sesenta y cinco años, y a personas con discapacidad mayores

de dieciséis años y menores de sesenta y cinco, que se encuentren en situación de dependencia. En el caso de respiro familiar, no se tendrá en cuenta el mínimo de los dieciséis años».

2. Se modifica la letra a) del apartado 1 del artículo 5, que queda con la siguiente redacción:

«a) Ser titular de la Tarjeta Andalucía-Junta sesentaycinco o en el caso de personas menores de sesenta y cinco años, estar afectado por una discapacidad, y encontrarse en situación de dependencia».

2. Se modifica la letra a) del artículo 14, que queda con la siguiente redacción:

«a) Fotocopia de la Tarjeta Andalucía-Junta sesentaycinco o, en el supuesto de personas menores de sesenta y cinco años, fotocopia de su DNI/NIF y, en su caso, del de su representante legal».

4. Se modifica el primer párrafo de la letra d) del artículo 14, que quedará redactado en los siguientes términos:

«d) En el caso de solicitantes menores de sesenta y cinco años, para acreditar la situación de dependencia deberá acompañarse alguno de los siguientes documentos:»

Art. 2.º *Modificación de la Orden de 7 de mayo de 2002.*—Se modifica el artículo 1 de la citada Orden, que queda con la siguiente redacción:

«La presente Orden tiene por objeto regular la financiación de los programas de estancia diurna y respiro familiar para personas mayores y personas con discapacidad mayores de dieciséis años y menores de sesenta y cinco, en situación de dependencia. En el caso de respiro familiar, no se tendrá en cuenta el mínimo de los dieciséis años».

Art. 3.º *Modelo de solicitud.*—Se aprueba un nuevo modelo para la formalización de solicitudes de admisión en los programas de estancia diurna y respiro familiar que figura como Anexo de la presente Orden.

Disposición final primera. *Medidas de ejecución.*—Se autoriza a la Directora General de Personas con Discapacidad para dictar las instrucciones y medidas necesarias para la ejecución de la presente Orden.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 13 de mayo de 2005

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad
y Bienestar Social

ORDEN de 10 de mayo de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria para el año 2005 de las subvenciones destinadas a Consorcios Escuela de Formación para el Empleo participados por la Junta de Andalucía

BOJA núm. 106, de 2 de junio de 2005

PREÁMBULO

La creciente importancia que la Formación Profesional de los Recursos Humanos está adquiriendo en el mar-

co de las políticas activas de empleo, como elemento dinamizador de la empleabilidad e inserción laboral para la creación de empleo estable, precisa establecer iniciativas que favorezcan y

potencien desde la Administración andaluza, el desarrollo de una oferta formativa de calidad, que facilite una mayor y mejor adaptación entre las acciones de formación y las necesidades del mercado de trabajo.

Es por ello que la Comunidad Autónoma Andaluza ha desarrollado, en el ámbito competencial de la Formación para el Empleo, el Programa de Consorcios Escuela de Formación para el Empleo que, respondiendo a unos criterios de calidad y eficiencia, constituye un modelo formativo de excelencia, mediante el que se da una respuesta integral a las demandas formativas de las actividades económicas más relevantes del mercado laboral de la Comunidad Andaluza y se mejoran las oportunidades de acceso al trabajo de la población desempleada.

Desde el año 1991 la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Empleo ha constituido en colaboración con Entidades Locales 14 Consorcios Escuela, que vienen a constituir la denominada «Red de Consorcios Escuela de Formación para el Empleo de la Junta de Andalucía».

Los Centros así constituidos son Centros de Formación para el Empleo altamente especializados y orientados al desarrollo de un sector de la actividad económica singularmente relevante en el entorno geográfico en el que se ubican especializándose, por un lado, en sectores de la actividad económica tradicionalmente relevantes en Andalucía como el mármol en Fines (Almería), la madera en Encinas Reales y Villa del Río (Córdoba), la joyería en Córdoba, la artesanía en Gelves (Sevilla), la soldadura en San Fernando (Cádiz); la hostelería y el turismo en toda Andalucía con centros en Islantilla (Huelva), Cádiz, Baeza (Jaén), Málaga, Benalmádena (Málaga) y Mijas (Málaga) o la rehabilitación del patrimonio histórico, artístico y cultural en Granada.

Por otra parte, se han constituido dos Consorcios en actividades emergentes como son el medioambiente y el desarrollo sostenible y el sector de las Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación, situado el primero en Almonte (Huelva), y el segundo en el Parque Tecnológico de Andalucía, en Málaga.

Con la implantación de este modelo formativo de excelencia, la Comunidad Autónoma Andaluza viene a dar respuesta a uno de los objetivos de la Estrategia Europea del Empleo y del Plan Nacional de Acción para el Empleo, cual es el de ofrecer calidad y productividad en el trabajo mediante la incorporación de una mano de obra cada vez más cualificada y polivalente.

El Plan Operativo Integrado de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que se integra en el Marco Comunitario de Apoyo para las intervenciones estructurales en las regiones españolas del Objetivo núm. 1 del período 2000-2006, aprobado por decisión de la Comisión de 29 de diciembre de 2000, prevé entre sus líneas de actuación el Eje 4B, cuya función es la de desarrollar políticas activas ofreciendo a los desempleados posibilidades de inserción y reinserción efectiva en el mercado laboral utilizando, en consonancia con la Estrategia Europea del Empleo, un enfoque preventivo, interviniendo especialmente en los colectivos de jóvenes. Dentro de este Eje, la medida 8B «Ofrecer vías de inserción profesional a los jóvenes», plantea entre sus actuaciones la creación de «Centros de Formación Profesional Ocupacional altamente especializados y orientados al desarrollo de un sector de la actividad económica singularmente relevante en el entorno geográfico en el que se ubican».

Otra de las medidas reguladas en el Plan Operativo Integrado de la Comunidad Autónoma de Andalucía es la

medida 1A del Eje 4A «Construcción, reforma y equipamiento de centros educativos y de formación», que prevé entre sus actuaciones la mejora de las estructuras educativas y formativas soporte de la actividad económica andaluza.

Por otra parte, el modelo de Consorcios Escuela de Formación para el Empleo responde plenamente a los objetivos planteados en materia de Formación por el VI Acuerdo de Concercación Social de Andalucía firmado el pasado 25 de enero de 2005.

Las características propias de cada uno de los sectores de actividad en los que desarrollan la formación los Consorcios, su ubicación geográfica así como las virtudes que ha venido demostrando el desarrollo de este modelo formativo, singular en todo el territorio nacional, convierten al procedimiento ordinario de concesión de subvenciones mediante la comparación entre las solicitudes y su prelación, en un procedimiento muy difícil de llevar a la práctica, ya que la actividad formativa desarrollada por cada uno de los Consorcios está perfectamente adaptada a las carencias y necesidades de formación del sector respectivo, sin que sea posible su comparación con el resto.

En este contexto, se ha optado como procedimiento de concesión por el establecido en el artículo 31.1 párrafo segundo de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, en el que se contempla la posibilidad de conceder, a solicitud del interesado, subvenciones en atención a la mera concurrencia de una determinada situación en el receptor, sin que sea necesario establecer en tales casos la comparación de solicitudes ni la prelación entre las mismas.

La presente Orden viene a dar respuesta a las necesidades de agili-

dad y eficiencia administrativa en los procedimientos de concesión de subvenciones a los Consorcios Escuela de Formación para el Empleo, con el objeto de mejorar la eficacia de los recursos aplicados al Programa y favorecer el desarrollo territorial del modelo formativo de Consorcios Escuela en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Por todo ello, previa consulta al Consejo Andaluz de Formación Profesional y en virtud de lo establecido en el artículo 107 de la Ley 5/1983, de 19 de julio de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y a propuesta de la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo,

DISPONGO

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.º *Objeto.*—La presente Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de subvenciones a los Consorcios Escuela de Formación para el Empleo para el desarrollo de proyectos formativos y/o de inversiones en infraestructuras.

Art. 2.º *Beneficiarios.*—1. Podrán ser beneficiarios de las subvenciones reguladas en la presente Orden los Consorcios constituidos entre la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Empleo, y alguna Corporación Local en los que la Junta de Andalucía tenga una participación mayoritaria y cuyo principal objetivo sea la gestión de un Centro de Formación para el Empleo, altamente especializado y orientado al desarrollo de un sector de la actividad económica singularmente relevante en el entorno geográfico en el que se ubican o un sector emergente en la economía andaluza.

2. Los Consorcios integrantes de la Red de Consorcios Escuela de Formación para el Empleo de la Junta de Andalucía, que pueden solicitar las subvenciones previstas en la presente Orden son los relacionados en el Anexo I a la presente Orden.

Art. 3.º *Proyectos subvencionables.*—Los proyectos subvencionables con cargo a esta Orden pueden ser: 1. Proyectos de Formación para el Empleo. Se financiarán los Proyectos formativos que desarrollen los Centros formativos de los Consorcios, pudiendo incluir tanto acciones formativas como acciones de acompañamiento a la formación y programas de prácticas en empresas.

Serán subvencionables asimismo otras actividades formativas organizadas por los solicitantes, tales como:

- Jornadas y seminarios.
- Becas a los alumnos.
- Programas de Formación y Perfeccionamiento de Formadores.
- Acciones de especialización y adaptación de trabajadores en activo en aquellos sectores de actividad económica en que se haya especializado el Centro Formativo.
- Acciones de investigación, experimentación y desarrollo de metodologías innovadoras aplicadas a los procesos formativos.
- Elaboración de material didáctico.

— Cualquier otra destinada a la mejora de la calidad de la formación impartida por el Consorcio.

2. Proyectos de Inversión. Se financiarán proyectos destinados a la adquisición, construcción, mejora y equipamiento de los Centros Formativos de los Consorcios.

Art. 4.º *Conceptos subvencionables.*—Se considerarán gastos subvencionables aquéllos 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, se considerarán subvencionables los siguientes conceptos:

1. En los Proyectos de Formación para el Empleo:

— Los costes salariales del personal docente y de apoyo, así como los costes del personal técnico, de coordinación y dirección, incluyendo, así mismo, los costes de seguridad social a cargo del empleador.

— Medios y materiales didácticos y de consumo para la formación.

— Material de oficina.

— Los costes de desplazamiento, alojamiento y manutención del alumnado en el desarrollo de Programas de Prácticas tanto nacionales como transnacionales.

— Gastos de difusión y publicidad.

— Gastos de desplazamiento para la formación.

— Gastos generales. En el caso de gastos generales, éstos serán subvencionables a condición de que correspondan a costes reales de ejecución de las acciones subvencionadas y se asignen a prorrata a las mismas con arreglo a un método justo y equitativo debidamente justificado.

— Alquiler de equipos, maquinarias e instalaciones.

— Seguros del alumnado y de responsabilidad civil.

— Los gastos de asesoría, los gastos notariales y los gastos periciales para la realización del proyecto subvencionado y los de administración específicos si están directamente relacionados con la actividad subvencionada y son indispensables para la adecuada preparación o ejecución de la misma.

— Otros gastos de funcionamiento necesarios para el desarrollo de los

proyectos de formación, siempre que cuenten con la autorización del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

En ningún caso serán susceptibles de financiación con cargo a esta modalidad de ayuda los siguientes conceptos:

La adquisición en propiedad de inmuebles, instalaciones, maquinarias o equipos.

2. En los Proyectos de Inversión.

— Edificaciones.

— Inversiones destinadas al acondicionamiento de los Centros Formativos.

— Gastos de adquisición de mobiliario y material de oficina inventariable, maquinaria y utillaje.

— Gastos de equipamiento informático, telemático y de comunicaciones.

— Los gastos notariales y los gastos periciales para la realización del proyecto subvencionado y los de administración específicos si están directamente relacionados con la actividad subvencionada y son indispensables para la adecuada preparación o ejecución de la misma.

3. Gastos no subvencionables:

— En ningún caso serán gastos subvencionables en ninguna de las dos modalidades objeto de subvención los siguientes conceptos:

— Intereses, recargos y sanciones administrativas y penales.

— Los gastos de procedimientos judiciales.

— Los gastos financieros y los gastos registrales.

Se considerará gasto realizado el que haya sido efectivamente pagado con anterioridad a la finalización del período de justificación establecido en la resolución de concesión.

Art. 5.º *Cuantía de las subvenciones.*—La cuantía de las subvenciones reguladas en esta Orden podrá alcan-

zar hasta el 100% del presupuesto aprobado para el desarrollo y ejecución de la actividad objeto de subvención.

La concesión de subvención estará limitada por las disponibilidades presupuestarias existentes, pudiéndose adquirir compromisos de carácter plurianual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley 5/1983 General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 19 de julio (publicada en el BOJA núm. 59, de 26 de julio de 1983) y en la normativa de desarrollo.

El importe de las subvenciones concedidas, en aplicación de la presente Orden, en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, sólo o en concurrencia con subvenciones de otras Administraciones Públicas o de otros Entes Públicos o privados, nacionales o internacionales, sea superior al coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario.

CAPÍTULO II

Cofinanciación de Fondos Europeos

Art. 6.º *Cofinanciación del Fondo Social Europeo y del Fondo Europeo de Desarrollo Regional.*—Los proyectos formativos podrán ser cofinanciados por el Fondo Social Europeo, siendo en dicho supuesto la participación de dicho Fondo del 70%, mientras que los proyectos de inversión podrán ser cofinanciados con fondos procedentes en un porcentaje del 70% del Fondo Europeo de Desarrollo Regional. En ambos supuestos, el Servicio Andaluz de Empleo aportará mediante fondos propios el resto de cofinanciación.

Asimismo, tanto los proyectos formativos como los de inversión podrán ser financiados íntegramente con fondos propios del Servicio Andaluz de Empleo.

CAPÍTULO III
Iniciación del procedimiento

Art. 7.º *Solicitudes, plazo y lugar de presentación.*—1. Las solicitudes, que deberán ser dirigidas al Presidente del Servicio Andaluz de Empleo, serán debidamente formuladas, firmadas y selladas por la persona que según lo establecido en los estatutos del Consorcio ostente la representación legal del mismo. Dichas solicitudes irán formuladas conforme al modelo normalizado que se recoge en Anexo II, que también estará disponible en la página web del Servicio Andaluz de Empleo www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo.

2. Las solicitudes se presentarán, en el plazo de veinte días naturales a contar desde el día de entrada en vigor de la presente Orden, en el Registro General del Servicio Andaluz de Empleo, sito en Avenida Hytasa, núm. 14, de Sevilla, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Art. 8.º *Documentación que acompañará a la solicitud.*—Las solicitudes de participación se acompañarán de la siguiente documentación administrativa y técnica.

1. Documentación administrativa:
 - a) Documentación acreditativa de la personalidad del solicitante:
 - Copia compulsada de la Tarjeta de Identificación Fiscal.
 - Copia compulsada de los Estatutos del Consorcio.
 - Copia compulsada de la Orden de designación o delegación de la persona que represente al Consorcio como entidad solicitante.

La compulsada de la documentación podrá realizarse en el modo previsto en

el artículo 38.5 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

b) Declaración responsable de haber solicitado u obtenido o no, según proceda, otras subvenciones públicas para la misma finalidad y ejercicio, procedentes de otras Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, señalando entidad concedente e importe.

c) Declaración responsable acreditativa de que el solicitante no está incurso en ninguna de las causas de prohibición para obtener la condición de beneficiario, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 l) de la presente Orden.

d) Original de certificación de titularidad de número de cuenta bancaria.

2. Documentación técnica:

La solicitud de subvenciones irá acompañada de una Memoria descriptiva del Proyecto a subvencionar en la que aparecerá al menos la siguiente información:

Trayectoria y experiencia del solicitante en el desarrollo de proyectos similares. Además se acompañará del Proyecto Formativo o de Inversión con, al menos, los siguientes apartados:

1. Para las subvenciones de formación:

— Denominación del proyecto formativo.

— Descripción detallada del proyecto en el que se haga constar al menos:

Colectivo al que se dirige y número de participantes indicando si son desempleados u ocupados, así como la edad y el perfil requerido.

Descripción de las acciones formativas a impartir para las cuales se detallarán los objetivos, los contenidos, la duración, el profesorado, el sistema de seguimiento y evaluación, el período

do de prácticas en empresas en su caso, así como cualquier otra información de relevancia.

Descripción del equipo de trabajo que desarrollará el proyecto (perfiles, competencias, experiencia en la materia y dedicación al proyecto).

Descripción de las instalaciones y el equipamiento con el que cuenta el Centro donde se va a desarrollar el proyecto objeto de subvención.

— Planificación del proyecto a ejecutar, con indicación de la duración total del mismo, así como sus fases y las fechas previstas de desarrollo de cada una de ellas.

— Coste del proyecto o acción debidamente desglosado por conceptos.

2. Para las subvenciones de inversiones:

— Denominación del proyecto.

— Descripción del proyecto de inversiones. Objeto de las obras, antecedentes y situación previa a las mismas, las necesidades a satisfacer y la justificación de la solución adoptada, detallándose los factores de todo orden a tener en cuenta.

— En el caso de que sea una obra y ésta lo requiera se acompañará de proyecto básico firmado por un técnico competente.

— Planificación del proyecto a ejecutar, con indicación de la duración total del mismo, así como sus fases y fechas previstas de desarrollo.

— Coste del proyecto o acción debidamente desglosado por conceptos.

CAPÍTULO IV

Instrucción del procedimiento

Art. 9.º *Estudio de las solicitudes. Subsanación y mejora.*—1. Una vez recibidas las solicitudes y documentación en la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, se comprobará que las solicitudes y documentación presenta-

das se han realizado de conformidad con lo requerido en la presente Orden, procediendo, en caso contrario, a requerir al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane las faltas o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada de acuerdo con lo establecido en los términos previstos en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, todo ello en relación con el artículo 71 de la misma norma.

2. El Servicio Andaluz de Empleo podrá requerir a los solicitantes la información y documentación complementaria que considere necesaria para la resolución del procedimiento de concesión de subvenciones reguladas en la presente Orden.

Art. 10. *Valoración Técnica de las solicitudes.*—1. El Servicio de Análisis y Planificación de la FPO de la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo procederá a la valoración técnica de las solicitudes que reúnan los requisitos exigidos en la convocatoria para cada tipo de proyecto objeto de subvención, proponiendo la denegación de aquéllas que no lo cumplan.

2. La valoración técnica de los proyectos se realizará por dicho Servicio en base a la consideración de los siguientes criterios:

2.1. Proyectos de Formación:

Se valorarán los proyectos de formación teniendo en cuenta los siguientes criterios de valoración:

a) La capacidad del solicitante para el desarrollo del proyecto formativo, para lo cual se tendrá en cuenta los Recursos Humanos y materiales previstos para su ejecución.

b) La calidad del Plan Formativo propuesto. Se valorarán los siguientes aspectos:

- Los contenidos del Programa Formativo.
- La metodología.
- El perfil del personal docente y el equipo de trabajo.
- El sistema de seguimiento y evaluación de las acciones formativas
- La idoneidad de las instalaciones y medios didácticos de que dispone el centro para impartir la formación.
- La adecuación de las especialidades propuestas a la demanda de la actividad económica más relevante del entorno geográfico en el que se ubique el Centro.

c) El presupuesto del Proyecto.

Se valorará la adecuación del presupuesto a las actividades a desarrollar.

d) La introducción de uno o varios de los siguientes parámetros que aporten un valor añadido al Proyecto Formativo:

- Introducción en el itinerario formativo de módulos relativos a Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación, Medio Ambiente y/o idiomas. - Acceso del alumnado a un sistema de orientación.

- Implantación de un sistema de calidad en el Centro Formativo para el desarrollo de las acciones formativas. Asimismo, se valorará el compromiso medioambiental y, cuando así se exija normativamente, la inclusión de medidas complementarias de protección medioambiental.

- La inclusión de un período de prácticas profesionales en empresas adecuadas a los contenidos de la acción formativa.

2.2. Proyectos de Inversión:

Se valorarán los proyectos de inversión teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a) La necesidad de la inversión.

Se considerará necesaria la inversión si se persigue alguno de los siguientes objetos:

- Introducir maquinaria y/o material que permita al centro formativo adaptarse para dar respuesta a los cambios tecnológicos de la actividad económica objeto de formación.

- Adaptar las instalaciones mediante el proyecto de mejora que se propone para mejorar la calidad de la formación impartida por el centro.

- Que la obra contribuya a la eliminación de barreras arquitectónicas.

- Que se trate de obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación, de reparación simple, o de conservación y mantenimiento en los términos establecidos por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, necesarias para el adecuado cumplimiento de los fines del Consorcio.

b) El coste del proyecto.

Se valorará la adecuación entre el coste del proyecto y la inversión a realizar.

Art. 11. Determinación de las subvenciones.—Una vez realizada la valoración técnica de las solicitudes, la subvención a otorgar a cada proyecto se calculará teniendo en consideración el coste de los proyectos solicitados, la disponibilidad presupuestaria y el número de proyectos a financiar.

Art. 12. Propuesta de resolución.—A la vista del expediente, de los resultados de la valoración técnica de los proyectos y de la determinación de la subvención como consecuencia de la aplicación de lo establecido en los artículos 10 y 11 de la presente Orden, el Servicio de Análisis y Planificación de la FPO de la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo formulará la propuesta de resolución motivada.

CAPÍTULO V

Terminación del procedimiento

Art. 13. Resolución.—El titular de la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, dictará y notificará la resolución procedente, actuando por delegación del titular de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo, en el plazo de seis meses, que se computarán desde la fecha de presentación de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. Transcurrido dicho plazo sin que se haya notificado resolución expresa, se podrá entender desestimada la solicitud de concesión de subvención, de conformidad con lo que establece el artículo 31.4.o de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2. La resolución de concesión contendrá como mínimo los extremos siguientes:

a) Indicación del beneficiario, de la actividad a realizar y del plazo de ejecución con expresión del inicio del cómputo del mismo.

b) La cuantía de la subvención, la aplicación presupuestaria del gasto y, si procede, su distribución plurianual de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en el Decreto 44/1993, de 20 de abril. En el supuesto de que se trate de una actividad, el presupuesto subvencionado y el porcentaje de ayuda con respecto al presupuesto aceptado.

c) En el supuesto de que se subvencionen acciones claramente diferenciadas, en la Resolución se distinguirá qué parte de la Subvención total corresponde a cada una de las Acciones, detallando, en la medida de lo posible, para cada acción la cuantía de los diferentes conceptos subvencionables.

d) La forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono de acuerdo con lo establecido en la presente Orden.

e) Las condiciones que se impongan al beneficiario.

f) Plazo y forma de justificación por parte del beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la subvención y de la aplicación de los fondos recibidos, de acuerdo con lo establecido en la presente Orden.

g) La participación, cuando proceda, de la Unión Europea en la cofinanciación de las subvenciones concedidas, y en su caso, la cuantía o porcentaje de subvención aportada por el instrumento comunitario que corresponda.

3. En la notificación de concesión de subvención a los beneficiarios se señalará, cuando proceda, que la Unión Europea participa en la financiación de la misma y, en su caso, se indicará la cuantía o el porcentaje de la subvención aportada por el instrumento comunitario que corresponda.

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 Contenciosa-Administrativa, sin perjuicio de interponer recurso potestativo de reposición conforme lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme a la nueva redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

CAPÍTULO VI

Pago, justificación, ejecución y subcontratación del procedimiento

Art. 14. Pago y justificación de las subvenciones.—1. El pago de las

subvenciones reguladas en la presente Orden se ordenará en las siguientes fases:

— El 75% de la subvención se abonará, en concepto de anticipo, a la firma de la resolución de concesión.

— El 25% restante se abonará previa justificación del importe total anticipado.

2. La Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, será el órgano responsable del control de la justificación administrativa y económica de las acciones y de los gastos realizados por el beneficiario en el desarrollo de los proyectos subvencionados.

3. A los efectos de justificación de las subvenciones concedidas, el beneficiario deberá presentar la cuenta justificativa del gasto realizado con anterioridad a la finalización del plazo de justificación. Dicha cuenta se presentará acompañada de declaración expedida por el Interventor del Consorcio u órgano similar en la que quede constancia de las actividades realizadas que hayan sido financiadas con la subvención concedida y su coste, así como el desglose de cada uno de los gastos incurridos.

4. Los gastos se acreditarán mediante la presentación de facturas, justificantes de pago y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa.

Los documentos originales justificativos del gasto, y su correspondiente copia, deberán ser remitidos al órgano concedente, al objeto de su validación y estampillado que permita el control de la concesión de las subvenciones en los posteriores controles realizados por los órganos competentes.

5. La acreditación de los gastos también podrá efectuarse mediante facturas electrónicas, siempre que

cumplan los requisitos exigidos para su aceptación en el ámbito tributario.

6. El plazo de justificación de los proyectos objeto de subvención será como máximo de seis meses desde la finalización del plazo de ejecución establecido para la realización de la actividad objeto de subvención.

7. En el plazo de seis meses desde la recepción de cada uno de los abonos de la subvención, el Consorcio deberá remitir a la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo Certificado expedido por el Interventor del Consorcio u órgano similar, en el que se hará constar que la subvención ha sido ingresada en su contabilidad, con especificación del número de asiento contable practicado.

8. En caso de subcontratación de alguna actividad para el desarrollo del proyecto, las facturas que emitan los subcontratistas deberán contener un desglose suficiente para identificar las actividades por las que se imputan gastos.

9. Cuando las actividades hayan sido financiadas además de con la subvención, con fondos propios u otras subvenciones o recursos, deberá acreditarse en la justificación el importe, procedencia y aplicación de tales fondos a las actividades subvencionadas.

Art. 15. Plazo de ejecución de los proyectos.—Los proyectos que se financien con cargo a las subvenciones reguladas en la presente Orden tendrán como plazo de ejecución el establecido en la Resolución de concesión correspondiente.

No obstante, y siempre que existan causas motivadas que lo justifiquen y previa autorización de la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, podrán subvencionarse proyectos ya ini-

ciados a la fecha de la resolución de concesión.

Art. 16. Ejecución de los proyectos.—Las subvenciones otorgadas se destinarán a la realización de los proyectos en los términos establecidos en la Resolución. Su percepción y cuantía quedarán sujetas al cumplimiento de cuantos requisitos, condiciones y obligaciones correspondan al beneficiario de conformidad con lo regulado en esta Orden y demás normativa de aplicación.

Art. 17. Subcontratación de los proyectos.—1. El beneficiario podrá subcontratar con terceros hasta el 100% de la actividad subvencionada.

En este caso, y siempre que la actividad concertada con terceros exceda del 20% del importe de la subvención y dicho importe sea superior a 60.000 euros, la subcontratación se someterá a los siguientes requisitos:

- a) Que el contrato se haya celebrado por escrito.
- b) Que el titular de la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo autorice expresamente por escrito dicha subcontratación.

En ningún caso podrá fraccionarse un contrato con el objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir el cumplimiento de este requisito.

2. El beneficiario asumirá la total responsabilidad de la ejecución de los proyectos subvencionados frente a la Administración, debiendo asegurar, tanto el beneficiario como el contratista, el desarrollo satisfactorio de las funciones de los Organismos de seguimiento y control.

3. Las entidades contratadas para la ejecución de los proyectos no podrán a su vez contratar con terceros aquello que es objeto del contrato suscrito con el beneficiario.

4. En todo lo no establecido en los apartados anteriores, será de aplicación a los beneficiarios de la subvención las obligaciones recogidas en el artículo 29 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

CAPÍTULO VII

Obligaciones del beneficiario, reintegro y publicidad del procedimiento

Art. 18. Obligaciones de los beneficiarios.—Los beneficiarios quedan obligados a:

a) Realizar las actividades y proyectos que fundamente la concesión de la subvención en la forma y plazos establecidos en la Resolución de concesión.

Los plazos de ejecución y justificación podrán ampliarse previa solicitud debidamente motivada y acreditada por el beneficiario, la cual deberá ser aceptada y autorizada, en su caso, y de forma expresa por la Dirección General de Formación para el Empleo.

b) Justificar ante el órgano 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 la subvención.

c) Comunicar, en el momento que se produzca, a la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, cualquier modificación, incidencia o alteración que se haya producido con respecto a lo declarado en la solicitud y en la documentación aportada, así como en elementos esenciales del proyecto o acción objeto de subvención, que puedan justificarse en circunstancias sobrevenidas a lo largo del ejercicio económico.

d) Comunicar a la entidad concedente, en la forma indicada en el apartado anterior, la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos y recursos

que financien las actividades subvencionadas, procedentes de cualesquiera Administración o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, así como las alteraciones de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención.

e) En el supuesto de adquisición, construcción, rehabilitación y mejora de bienes inventariables, el beneficiario deberá destinar los bienes al fin concreto para el que se concedió la subvención, durante un período que no podrá ser inferior a cinco años en caso de bienes inscribibles en un registro público, ni a dos años para el resto de bienes.

En el caso de bienes inscribibles en un registro público, deberá hacerse constar en la escritura esta circunstancia, así como el importe de la subvención concedida, debiendo ser objeto estos extremos de inscripción en el registro público correspondiente.

f) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación aplicable al beneficiario, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y registro.

g) El beneficiario de la subvención estará obligado a conservar los justificantes de realización del proyecto que fundamenta la concesión de la subvención, así como de la correcta aplicación de los fondos recibidos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

h) Someterse a las actuaciones que a continuación se indican:

1. Actuaciones de comprobación a efectuar por la entidad concedente en relación con las subvenciones concedidas.

2. Actuaciones de control financiero que puedan realizar la Intervención General de la Junta de Andalucía

y los órganos competentes, tanto nacionales como comunitarios, en relación con las subvenciones concedidas.

3. Actuaciones de control 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 mismas.

4. Actuaciones de control que correspondan a la Dirección General de Fondos Europeos de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, en relación con las subvenciones concedidas.

i) Hacer constar en toda información, publicidad y difusión de los proyectos y acciones objeto de subvención, que la misma está subvencionada por el Servicio Andaluz de Empleo, como Organismo Autónomo adscrito a la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía. Asimismo, en los supuestos de las subvenciones que estén financiadas con fondos comunitarios, los beneficiarios deberán cumplir con las disposiciones que sobre información y publicidad se dicten por la Unión Europea.

En este contexto, 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 el Decreto 245/1997, de 15 de octubre (BOJA núm. 130, de 8 de noviembre de 1997), modificado por el Decreto 126/2002 de 17 de abril (BOJA núm. 49), así como en el Reglamento (CE) 1159/2000 de la Comisión de 30 de mayo de 2000 (DOCE núm. 130, de 31 de mayo de 2000). En cualquier caso, cualquier acción publicitaria deberá ser aprobada por la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo antes de su difusión.

j) Al objeto de garantizar el efecto transferible de los proyectos subven-

cionados, el beneficiario de la subvención deberá ceder al Servicio Andaluz de Empleo, los derechos de explotación del material elaborado como resultado del proyecto financiado, con reserva de los mismos a favor del beneficiario dentro de los términos establecidos por el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

La cesión de derechos anteriormente descrita se entenderá referida a los resultados o productos de los proyectos subvencionados. No se podrá obtener beneficio económico alguno de la utilización ni del ejercicio de los derechos de explotación de los mismos.

k) 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 establecida reglamentariamente. El cumplimiento de las obligaciones ante la Seguridad Social se acreditará mediante la aportación del correspondiente certificado.

La acreditación con anterioridad a dictarse la propuesta de resolución de concesión que en la forma que determine la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía la inexistencia de deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho público de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

l) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 21 de la presente Orden.

m) Los beneficiarios deberán atenerse a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en cuanto al tratamiento de datos de carácter personal suministrados con ocasión del desarrollo de los proyectos.

El beneficiario no resultará exonerado de las obligaciones anteriormente mencionadas aunque el desarrollo de los proyectos resulte contratado con terceras personas físicas o jurídicas.

Art. 19. *Prohibiciones para obtener la condición de beneficiario.*—No podrán obtener la condición de beneficiario de las subvenciones reguladas en la presente Orden, las entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona que ostente la representación legal de los Consorcios Escuela, 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 5/1984, de 23 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración Andaluza o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en

la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determinen.

h) Haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, la Ley General Tributaria o la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

i) Las prohibiciones contenidas en los anteriores apartados b), d), e), f) y g) se apreciarán de forma automática y subsistirán mientras concurren las circunstancias que, en cada caso, las determinen.

j) Las prohibiciones contenidas en los citados apartados a) y h) se apreciarán de forma automática. El alcance de la prohibición será el que determine la sentencia o resolución firme. En su defecto, el alcance se fijará de acuerdo con el procedimiento determinado reglamentariamente, sin que pueda exceder de cinco años en caso de que la prohibición no derive de sentencia firme.

k) La apreciación y alcance de la prohibición contenida en el apartado c) del presente artículo se determinará de acuerdo con lo establecido en el artículo 21, en relación con el artículo 20.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2002, de 16 de junio.

l) La justificación por parte de las

personas o entidades de no estar incurso en las prohibiciones para obtener la condición de beneficiario, señaladas en los apartados anteriores, podrá realizarse mediante testimonio judicial, certificados telemáticos o transmisiones de datos, de acuerdo con lo establecido en la normativa reglamentaria que regule la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, o certificación administrativa, según los casos, y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa o notario público.

Art. 20. *Revisión y minoración de las subvenciones.*—1. Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención y, en todo caso, la obtención concurrente de 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.

2. Podrán dar lugar a la modificación de la Resolución de concesión de la subvención las siguientes circunstancias:

— El cambio de las acciones subvencionadas por otras de similares características.

— La modificación de los plazos de ejecución y justificación.

— La modificación del desglose del importe total subvencionado entre las diferentes acciones, siempre y cuando sea presupuestariamente posible y no suponga incremento de la cuantía inicialmente concedida.

— La impartición de alguna de las acciones subvencionadas en un Centro diferente al inicialmente previsto, siempre y cuando cumpla con los requisitos de calidad exigibles para el desarrollo de la acción correspondiente.

Art. 21. Reintegro de las subvenciones.—1. Procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro en los casos previstos tanto en el artículo 112 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como los recogidos en el artículo 37 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, los cuales se relacionan a continuación:

a) Obtener la subvención sin reunir las condiciones requeridas para ello.

b) Incumplimiento de la finalidad para la que esta subvención es concedida.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación.

d) Incumplimiento de las condiciones impuestas a los beneficiarios con motivo de la concesión de la subvención.

e) La negativa u obstrucción a las actuaciones de control, establecidas en el artículo 85 bis de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

f) Incumplimiento de las normas medioambientales al realizar el objeto de la subvención. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte del beneficiario de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniera obligado.

g) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado 4 del artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

h) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en los artículos 14 y 15 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

i) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a los beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

j) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a los beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma fina-

lidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

k) 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 se derive una necesidad de reintegro.

l) El incumplimiento de la obligación de destino referida en el apartado e) del punto primero del artículo 18 de la presente Orden, que se producirá en todo caso con la enajenación o el gravamen del bien, será causa de reintegro, en los términos establecidos en la normativa de aplicación, quedando el bien afecto al pago del reintegro cualquiera que sea su poseedor, salvo que resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de los bienes con buena fe y justo título o en establecimiento mercantil o industrial, en caso de bienes muebles no inscribibles.

2. Asimismo, conforme establece el artículo 111 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad o proyectos desarrollados a través de la presente Orden de subvenciones. Dichas cantidades a reintegrar tendrán la consideración de ingresos de derecho público, resultando de aplicación para su cobranza lo previsto en el artículo 21 de la referida Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma Andaluza.

3. Igualmente será de aplicación en materia de reintegro lo previsto en el artículo 33 de la Ley Andaluza 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

4. El beneficiario queda obligado a devolver el importe total o parcial de la subvención, en caso de no haber realizado la inversión de ésta en los fines previstos, o en su caso, de incumplimiento de las obligaciones estable-

cidas en la presente Orden y en la Resolución de concesión, o de las obligaciones de carácter general para la percepción de subvenciones públicas.

5. Cuando el cumplimiento por el beneficiario se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éste una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad que finalmente haya de percibir el beneficiario o, en su caso el importe a reintegrar vendrá determinado por la aplicación de los siguientes criterios:

— Si el incumplimiento lo es únicamente de una o varias de las acciones contempladas individualmente en la Resolución de concesión, el importe a reintegrar será el que, para aquella acción o acciones concretas, se hubiese previsto en la Resolución.

— En el caso de que el incumplimiento se refiera únicamente a una parte de una de las acciones subvencionadas, y el importe de la subvención correspondiente a dicha parte no se haya diferenciado en la Resolución de concesión, se calculará el porcentaje de minoración de la subvención, siguiendo el criterio de proporcionalidad. Para ello, se calculará el porcentaje de la acción no ejecutado y se aplicará a la subvención prevista para dicha acción.

Art. 22. Publicidad.—Las subvenciones 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 andaluza 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

Los beneficiarios y entidades que participen en el desarrollo de las acciones objeto de subvención, deberán de modo expreso manifestar la colabora-

ción del Servicio Andaluz de Empleo, como Organismo Autónomo adscrito a la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía y del Fondo Social Europeo y/o Fondo Europeo de Desarrollo Regional, cuando proceda, en todas las actuaciones y productos que desarrollen. Para ello, se tendrá en cuenta lo descrito en el Manual de Diseño Gráfico de la Junta de Andalucía aprobado por el Decreto 245/1997, de 15 de octubre (BOJA núm. 130, de 8 de noviembre de 1997), modificado por el Decreto 126/2002 de 17 de abril (BOJA núm. 49), así como en el Reglamento (CE) 1159/2000 de la Comisión de 30 de mayo de 2000 (DOCE núm. 130, de 31 de mayo de 2000). En cualquier caso, cualquier acción publicitaria deberá ser aprobada por la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo antes de su difusión.

Disposición Adicional Primera.

Derecho Supletorio.—En lo no regulado expresamente en la presente Orden se aplicará supletoriamente lo establecido en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en la Disposición Final Primera y Capítulo I del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprue-

ba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su Régimen Jurídico.

Disposición Adicional Segunda.

Convocatorias en años sucesivos.—La convocatoria para sucesivos ejercicios de las subvenciones destinadas a Consorcios Escuela de Formación para el Empleo participados por la Junta de Andalucía, cuyas bases reguladoras se establecen en la presente Orden, se realizará mediante Resolución del Consejero de Empleo, en la que se fijará el plazo de presentación de solicitudes.

Disposición Final Primera. *Entrada en vigor.*—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Disposición Final Segunda. *Habilitación para la ejecución y el desarrollo.*

—Se faculta al titular de la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo para adoptar las medidas necesarias para el desarrollo y ejecución de lo establecido en la presente Orden.

Sevilla, 10 de mayo de 2005

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

CORRECCION de errores de la Orden de 21 de marzo de 2005, por la que se modifica la de 4 de julio de 2002, en la redacción dada por la de 19 de noviembre de 2002, por la que se desarrolla el Programa de Apoyo al Empleo en proyectos de interés social (BOJA núm. 74, de 18.4.2005) BOJA núm. 125, de 29 de junio de 2005

Publicada en el BOJA núm. 74, de 18 de abril de 2005, la Orden de 21 de marzo de 2005, por la que se modifica

la de 4 de julio de 2002, constatándose que se ha producido un error de transcripción de parte del contenido del ar-



título 4, apartado 1, párrafo 3.º, se transcribe a continuación tras la oportuna rectificación.

Donde dice: El 25% restante una vez aportados los documentos justificativos de los gastos realizados con cargo a la cantidad anticipada.

Debe decir: El 25% restante una vez aportada la documentación justificativa en la forma que se detalla a continuación:

Sevilla, 10 de junio de 2005







