

ESTUDIOS

Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas

Eduardo Rojo Torrecilla
Ferrán Camas Roda

Responsabilidad social y relaciones laborales
Fco. Javier Calvo Gallego

Causa final del despido objetivo por necesidades de la empresa. La utilización de indicadores económico-financieros para su adecuada medición e interpretación

El distintivo de "Igualdad en la Empresa". A medio camino entre la responsabilidad social empresarial y el cumplimiento de la norma legal
Emilia Castellano Burguillo

La cosa juzgada material de la sentencia que pone fin al proceso de conflicto colectivo
Marta Artacho Martín-Lagos

MERCADO DE TRABAJO

"Sirve en España el modelo alemán?" Una panorámica sobre la situación actual del mercado de trabajo en España y Andalucía

Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (cuarto trimestre de 2009)
Santos Ruesga Benito
José Luis Martín Navarro
Laura Pérez Ortíz

INFORMES Y DOCUMENTOS

La Negociación Colectiva en Andalucía en 2009
Francisco Pina Pérez

Novedades en la formación en prevención de riesgos laborales en España
Fernando Blanco Silva
Alfonso Isidro López Díaz

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Cádiz
Elecciones parciales a representantes de los trabajadores. Error en los censos
María del Junco Cachero

Universidad de Sevilla
La relación laboral de los encuestadores del Instituto Nacional de Estadística: su reconocimiento como indefinidos discontinuos tras la celebración de contrataciones temporales fraudulentas
Macarena Hernández Bejarano

Universidad de Málaga
Subrogación empresarial de un trabajador autónomo y prestación por desempleo en pago único
Juan Carlos Álvarez Cortés
Juan José Plaza Angulo

Universidad de Jaén
La impugnación del grado de dependencia y su inclusión entre las competencias de la Jurisdicción Social
José María Moreno Pérez

RECENSIÓN

El Derecho del Trabajo según Sancho Panza, de Gianni Loy
Magdalena Nogueira Guastavino

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
Rafael Gómez Gordillo

104

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
104/2010 - Segundo Trimestre

TEMAS LABORALES 2010

104

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

104

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

MANUEL RECIO MENÉNDEZ

Consejero de Empleo

VOCALES

JUSTO MAÑAS ALCÓN	Viceconsejero de Empleo
ESTHER AZORIT JIMÉNEZ	Directora General de Seguridad y Salud Laboral
DANIEL A. RIVERA GÓMEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Y BRAVO-FERRER	

COMITÉ DE REDACCIÓN

MANUEL RECIO MENÉNDEZ	Consejero de Empleo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Y BRAVO-FERRER	
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Catedrático de Organización de Empresas
	Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla

SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución:

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1.ª, Sevilla (41011). Tf.955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico– 72 euros. Número suelto: 18 euros
BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN DISPONIBLE EN [HTTP://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl](http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl)

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 104/2010
Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas. 13
EDUARDO ROJO TORRECILLA
FERRÁN CAMAS RODA
- Responsabilidad social y relaciones laborales 41
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO
- Causa final del despido objetivo por necesidades de la empresa. La utilización de indicadores económico-financieros para su adecuada medición e interpretación 85
JULIO DIÉGUEZ SOTO
- El distintivo de “Igualdad en la Empresa”. A medio camino entre la responsabilidad social empresarial y el cumplimiento de la norma legal 121
EMILIA CASTELLANO BURGUILLO
- La cosa juzgada material de la sentencia que pone fin al proceso de conflicto colectivo 149
MARTA ARTACHO MARTÍN-LAGOS

2. MERCADO DE TRABAJO

- “¿Sirve en España el modelo alemán?” Una panorámica sobre la situación actual del mercado de trabajo en España y Andalucía 175
Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (cuarto trimestre de 2009)
SANTOS RUESGA BENITO
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
LAURA PÉREZ ORTÍZ

3. INFORMES Y DOCUMENTOS

- La Negociación Colectiva en Andalucía en 2009 207
- Novedades en la formación en prevención de riesgos laborales en España 237
FERNANDO BLANCO SILVA
ALFONSO ISIDRO LÓPEZ DÍAZ

4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

Elecciones parciales a representantes de los trabajadores. Error en los censos. 253

MARÍA DEL JUNCO CACHERO

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

La relación laboral de los encuestadores del Instituto Nacional de Estadística: su reconocimiento como indefinidos discontinuos tras la celebración de contrataciones temporales fraudulentas 263

MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

Subrogación empresarial de un trabajador autónomo y prestación por desempleo en pago único 287

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO

DEECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

La impugnación del grado de dependencia y su inclusión entre las competencias de la Jurisdicción Social 303

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

5. RECENSIÓN

El Derecho del Trabajo según Sancho Panza, de Gianni Loy 315

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

6. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía . . 325

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

DECRETO 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía 330

(BOJA núm. 195 de 5 de octubre)

ORDEN de 23 de octubre de 2009, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones y ayudas y otros procedimientos 351

(BOJA núm. 214 de 3 de noviembre)

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter, está destinada fundamentalmente al conjunto de operadores que desempeñan sus tareas profesionales en campos afines a las áreas de conocimiento que conforman las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía y la Psicología Social.

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

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan el espacio web

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/> - siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 104/2010
Second Trimester**

INDEX

1. STUDIES

- Legislative reforms as regards migration matters and labour issues:
the model and policy reform. 13
EDUARDO ROJO TORRECILLA
FERRÁN CAMAS RODA
- Corporate Social Responsibility and Labour Relations 41
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO
- Dismissal for objective reasons under company circumstances. The
use of economic and finance indicators to its proper measurement 85
JULIO DIÉGUEZ SOTO
- The “Equal Treatment” Label. Half-way between Corporate Social
Responsibility and the fulfilment of the law 121
EMILIA CASTELLANO BURGUILLO
- The *res judicata* that ends the collective conflict. 149
MARTA ARTACHO MARTÍN-LAGOS

2. LABOUR MARKET

- Could we apply the German model in Spain? 175
An overview about the labour situation in Spain and in Andalusia
Report on the labour situation in Spain and Andalusia (fourth
trimester 2009)
SANTOS RUESGA BENITO
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
LAURA PÉREZ ORTIZ

3. REPORTS AND DOCUMENTS

- Collective bargaining in Andalusia during 2009 207
- News about training in health at risk at work in Spain 237
FERNANDO BLANCO SILVA
ALFONSO ISIDRO LÓPEZ DÍAZ

4. JUDICIAL COMMENTS

REPRESENTATION AND COLLECTIVE PARTICIPATION

University of Cadiz

Workers' representatives partial elections. Mistakes in electoral registers 253

MARÍA DEL JUNCO CACHERO

EMPLOYMENT CONTRACT REGIME

University of Seville

The labour relation of the employees of the National Statistics Institute: they are recognised as indefinite discontinuous workers after some frauds in temp-job hiring. 263

MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Malaga

The replacement of an autonomous worker and one-payment unemployment benefits. 287

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO

LABOUR LEGAL CASE

University of Jaen

The impugnation of the dependency grade and its inclusion in the Social Jurisdiction competences. 303

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

5. RECENSION

Labour Law by Sancho Panza, of Gianni Loy 315

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

6. LEGISLATION REMARKS

Legislative comment about the Andalusian Autonomous Community . . 325

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

LAS REFORMAS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA EN EL ÁMBITO LABORAL: CONSOLIDACIÓN DEL MODELO CON REFORMULACIÓN DE POLÍTICAS

EDUARDO ROJO TORRECILLA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

FERRÁN CAMAS RODA

*Director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía**
Universidad de Girona

EXTRACTO

**Palabras Clave: Inmigración, Derechos Fundamentales
Competencias autonómicas**

El artículo analiza las principales innovaciones derivadas de la más reciente reforma legislativa en materia de extranjería, particularmente las reflejadas en el ámbito laboral, teniendo en consideración en este campo las novedades que la nueva legislación contiene sobre competencias de las Comunidades Autónomas en materia de autorizaciones iniciales de trabajo, que ampliarían así las previstas inicialmente en los decretos de transferencias también aprobados el año pasado.

Junto a este tema, se abordan las modificaciones realizadas en el ámbito de los derechos fundamentales, la canalización de los flujos migratorios con el instrumento de la gestión colectiva de las contrataciones en origen, las vías abiertas en relación al trabajo de los extranjeros por la vía de las reagrupaciones familiares, o los márgenes de actuación que pasan a abrirse a los agentes sociales en la política migratoria.

El artículo pretende así exponer las líneas maestras del modelo asumido por la legislación en relación al acceso al trabajo en España por los extranjeros, percibiendo en la medida de lo posible aquellos aspectos que sobre esta cuestión pueden centrar los debates de futuro.

ABSTRACT

**Key Words: Immigration, Fundamental Rights, Autonomous
Communities' competences**

The present article analyses those key innovative issues derived from the legislative last reform, on the rights and liberties of migrant workers in Spain and their social integration. Mainly we highlight those legislative new features from the Autonomous Communities' competences, like the initial work permit, and therefore those competences which are now beyond the planned ones, based on the previous decree on transferences which was approved last year.

Along this issue, we focus on the changes made in the fundamental rights, control migrations flows that are to grand contracts to migrants in their country of origin as a main instrument, the possibility to have a work permit through family associaton, or flexibility for social agents as regards migraton policy. The article aims to show the key lines of the legislation adopted model in relation to migrants and their acces to work in Spain, taking into account aslo those aspects that will be the basis for a future debate in our country.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

1. LA ORDENACIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS EN ATENCIÓN A LAS NECESIDADES DEL MERCADO DE TRABAJO
 - 1.1. Autorizaciones de trabajo: atención especial a la ampliación de supuestos en los que se despeja el filtro de la situación nacional de empleo
 - 1.2. Las reformas habidas en relación al acceso al trabajo de los familiares reagrupados;
 - 1.3. La gestión colectiva de las contrataciones en origen ("el contingente")
2. LA AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
 - 2.1. El procedimiento de concesión de las autorizaciones iniciales de trabajo
 - 2.2. Cuestiones de debate en relación a la concesión de autorizaciones de trabajo a las trabajadoras víctimas de violencia de género
3. CONCLUSIONES

PRESENTACIÓN

Con la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹, se cerró un año 2009 pródigo en reformas en materia de inmigración, que aún no ha culminado por la necesidad de seguir modificando el R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre, de desarrollo de aquella legislación.

Según las últimas estimaciones publicadas, el conjunto de estas reformas estarían afectando de una u otra manera a 4.791.232 extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 31 de diciembre de 2009, un 1,60 % más que en el trimestre anterior y un 7,10 % de aumento con respecto a los últimos doce meses (75.475 y 317.733, respectivamente). 2.5556.033 son hombres (53,42 %) y 2.228.608 son mujeres (46,58 %)².

Como al efecto ha recordado la Secretaria de Estado de Inmigración³, ese incremento de nuevos residentes en el 2009, de los que aproximadamente

* Puede consultarse la página web de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universidad de Girona en la dirección: <http://web.udg.edu/cidc/>.

¹ *B.O.E.*, núm. 299, de 12.12.2009: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/12/12/pdfs/BOE-A-2009-19949.pdf>.

² OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN: Datos de los extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor y los que disponen de autorización de estancia por estudios en vigor a 31 de diciembre de 2009. <http://www.tt.mtin.es/periodico/inmigracion/201002/SIGLO%20XXI.pdf>.

³ Conferencia en el Club Siglo XXI, de 18 de febrero de 2010, titulada "La inmigración en un nuevo ciclo": <http://www.tt.mtin.es/periodico/inmigracion/201002/SIGLO%20XXI.pdf>.

100.000 son ciudadanos de otros países de la Unión Europea y el resto (sobre 200.000), lo son de terceros países, pone en todo caso de manifiesto que el crecimiento migratorio del pasado año ha sido el más reducido, en términos porcentuales, desde 1992, y que se trata del segundo año consecutivo en que la cifra de incremento de inmigrantes disminuye, diferencia que aún vendría a resultar más visible desde el momento en que, como señala la Secretaria, al inicio de la presente década se observaban incrementos del 23,8 %.

A ello se le debe sumar el hecho de que la crisis económica y de empleo que estamos experimentando desde 2008 haya impactado de forma extraordinaria en los flujos migratorios, ya sea por el número de extranjeros que abandonan España ante las dificultades derivadas de la crisis económica y de empleo, o por otros motivos, que según reconoció el Gobierno en una respuesta parlamentaria podían ascender a un total de 232.007 en el año 2008⁴, ya sea por la reducción que la contracción del mercado de trabajo ha provocado en el número de personas extranjeras contratadas en origen, de tal forma que, al decir de la autoridad laboral, “el año 2009, concluyó con la contratación en origen de aproximadamente 20.000 personas, frente a las 180.000 del año anterior y las 250.000 del 2007”.

Estos datos ya ponen de manifiesto la estrecha vinculación que mantienen inmigración y mercado de trabajo, lo que ha dado en llamarse la “laboralización de la política de inmigración”, es decir, en la determinación de la capacidad de acogida de acuerdo a las necesidades de nuestro mercado laboral canalizada por la intervención del Estado en el control de dichos flujos migratorios, que con la reforma llevada a cabo en diciembre de 2009 de la Ley Orgánica 4/2000 se ha consolidado.

Este modelo habrá de ser el que haga frente a la evolución que se espera en relación al número de inmigrantes en los próximos años, ya que pese a que muy posiblemente el momento económico y social actual no haría oportuno tratar sobre ello, la Secretaria de Estado ha puesto sobre la mesa que “en cualquier caso, lo relevante ahora es que el cambio demográfico que se está produciendo en España, y la consiguiente pérdida, año tras año, de los efectivos más jóvenes para el mercado de trabajo, nos arrojan ante una conclusión que debe resistir los mensajes más primarios: la inmigración seguirá siendo necesaria para nuestro país; su contribución continuará supliendo la falta de candidatos nacionales o residentes para un número significativo de ocupaciones que demandarán los empleadores y cuyo volumen estará determinado fundamentalmente por los

⁴ Respuesta del Gobierno a una pregunta del Diputado Sr. Carles Campuzano del Grupo Parlamentario Catalán (C.i.U.), que puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 291, de 16/11/2009.*

escenarios económicos que se vayan consolidando a lo largo de los próximos años”.

Ante esta afirmación, cabría preguntarse si el modelo adoptado por el legislador, y más en concreto, la laboralización de los flujos migratorios con destino a España, podrá hacer frente a los retos de futuro que se plantean, cuya respuesta, en caso de ser afirmativa, llevaría a otra, más centrada en las políticas sobre autorizaciones de trabajo, y más en concreto, su previsión, su delimitación para la cobertura sectorial y territorial de ocupaciones, así como su propia gestión. Políticas estas, que en virtud del Pacto europeo de inmigración y asilo de 2008, corresponden a cada Estado decidir, pero que deben estar guiadas por el objetivo de poner en práctica una política de inmigración escogida, especialmente en función de las necesidades del mercado de trabajo y en todo caso concertada, teniendo en consideración el impacto que pueda tener sobre los otros Estados miembros.

1. LA ORDENACIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS EN ATENCIÓN A LAS NECESIDADES DEL MERCADO DE TRABAJO

Los seis objetivos fundamentales que, a juicio del gobierno, ya perseguía el proyecto de ley que se mantuvieron finalmente en la Ley Orgánica 2/2009 son los siguientes: garantizar a los extranjeros el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios, atendiendo a las necesidades del mercado de trabajo; también, reforzar la eficacia en la lucha contra la inmigración irregular; a continuación, favorecer las oportunidades de integración; la apuesta por la cooperación de todas las administraciones públicas en materia de inmigración, destacándose la importancia de que las actuaciones de comunidades autónomas y ayuntamientos se realicen en coordinación con la política de inmigración del gobierno del Estado; por fin, último pero no menos importante, la intensificación del diálogo con los agentes sociales y con las asociaciones de inmigrantes para la definición y el desarrollo de la política migratoria.

Respecto del primer objetivo, el nuevo texto se adecua a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias 236 y 259 de 7 de noviembre y 19 de diciembre de 2007, respectivamente, que declararon inconstitucionales las limitaciones fijadas en la ley 4/2000 al ejercicio de los derechos de reunión, asociación, educación, libertad sindical y huelga, en razón de la situación administrativa de la persona inmigrante que deseara ejercerlos, cuestiones éstas que, junto a la regulación de mejora que se incluye en materia de asistencia sanitaria (art. 12) o prestaciones sociales (art. 14), volaron por encima de otras en los discursos críticos con la reforma, pero que cabe consi-

derar como trascendentales en el marco de una legislación que como la relativa a los derechos y deberes de los extranjeros, debe hacer del favorecimiento de la integración de los extranjeros uno de sus ejes. Por consiguiente, el derecho de reunión (art. 7.1), de asociación (art. 8), de libertad sindical y huelga (art. 11) se podrán ejercer en las mismas condiciones que los españoles y conforme a las leyes que los regulan para estos, con supresión de la mención a la necesidad de obtener autorización de estancia o residencia en España o la autorización para trabajar.

Sobre el derecho al trabajo y a la Seguridad Social (artículo 10), se establece que los extranjeros “residentes” que reúnan los requisitos previstos en la Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente, entrecorrido que hemos resaltado por cuanto predetermina, como se verá posteriormente, en la regulación que se ha llevado a cabo en supuestos de trabajo irregular. En todo caso, ante el debate existente sobre la posibilidad de que los extranjeros puedan acceder al empleo público, se ha optado finalmente por una redacción que remite a lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público. En efecto, el artículo 10.2 dispone que “los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”, y por consiguiente debemos acudir a dicho texto para conocer el alcance exacto de la regulación, en concreto al artículo 57 que regula el acceso al empleo de “nacionales de otros Estados”, que permite el acceso al régimen funcionarial, con algunas limitaciones, a los nacionales de Estados comunitarios y a los de otros Estados que sean parte de Tratados internacionales ratificados por España, mientras que lo limita al ámbito laboral para los restantes extranjeros “con residencia legal en España”. Recuérdese que el artículo 57.5 dispone que “Sólo por Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario”.

1.1. Autorizaciones de trabajo: atención especial a la ampliación de supuestos en los que se despeja el filtro de la situación nacional de empleo

Del texto reformador destaca el énfasis que la reforma pone en el carácter legal y ordenado que ha de tener la inmigración, así como su vinculación con la actividad productiva y las consiguientes medidas que deberán promover los poderes públicos para facilitar el acceso al empleo como uno de los factores (junto con el conocimiento de las lenguas oficiales y la escolarización de los

menores) que se consideran “esenciales de integración”, junto con el seguimiento y adopción de las medidas adecuadas para garantizar a quienes vivan y trabajen legalmente en España los mismos derechos y obligaciones que los españoles, y en particular por lo que respecta a las condiciones laborales y de Seguridad Social. La visión positiva de la mezcla de diferentes identidades y culturas en el seno de la sociedad española se acepta con naturalidad por la Ley 2/2009, fijando sólo como límites el respeto a la Constitución y a la ley, y con una expresa, e importante a nuestro parecer, referencia a la obligación que asumen los poderes públicos, para garantizar la integración de los inmigrantes, de poner en prácticas acciones formativas que garanticen el conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España y de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre hombres y mujeres.

1. En materia de concesión de autorizaciones de trabajo, cabe destacar la regulación de ofertas de trabajo para los que no se tendrá en cuenta el filtro previo de la situación nacional de empleo. En concreto, las modificaciones incorporadas al artículo 40, que es el que trata sobre aquellos contratos u ofertas de colocación en los que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, se concretan básicamente sobre la incorporación de los profesionales altamente cualificados, el personal directivo y los artistas de prestigio, además de dos menciones específicas que nos interesa destacar por el indudable impacto que van a tener en el mercado de trabajo.

De una parte, y de aplicación inmediata a partir de la entrada en vigor de la ley (13 de diciembre de 2009, esto es, al día siguiente de su publicación), los familiares reagrupados en edad laboral (es decir, cónyuge e hijos, y si la futura regulación también lo permite, la persona unida por análoga afectividad que la conyugal); de otra, y a expensas de desarrollo reglamentario, los trabajadores en plantilla de un empresa o grupo de empresas en otro país “que pretendan desarrollar su actividad laboral para la misma empresa o grupo en España”, precepto que hay que ponerlo en relación con la modificación incorporada en el artículo 42, regulador del régimen de los trabajadores de temporada, y en el que se prevé la misma posibilidad pero sólo con carácter temporal.

En fin, no menos importante es la reducción de los actuales 4 a los futuros 2 años para no tener en consideración la situación nacional de empleo cuando se trate de extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada y que hayan retornado después a su país, y debiendo poner en relación esta modificación con la incorporada al artículo 42, en la que se dispone que las autonomías, las corporaciones locales y los agentes sociales promoverán, en colaboración con la Administración General del Estado, “los circuitos que permitan la concatenación de los trabajadores de temporadas”, o

expresado en términos más simples, que los inmigrantes temporeros puedan trabajar el mayor número de meses posibles antes de volver a su país.

En este marco, también merece destacarse, en línea con otras propuestas de protección que se han aprobado en los últimos meses para las mujeres afectadas por violencia de género, que el nuevo art. 40.j dispone que no se tomará en consideración la situación nacional de empleo cuando se trate de personas extranjeras afectadas por violencia de género. Además, se prevé la posibilidad de conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer afectada mientras se tramita el procedimiento penal, autorización cuyos efectos concluirían “en el momento en que se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales”.

2. La reforma también se detiene en la búsqueda de soluciones, aunque sean de carácter restrictivo para el ejercicio de derechos, a problemas que se habían planteado con ocasión de la aplicación de la normativa vigente respecto a la realización de actividades lucrativas laborales por cuenta ajena cuando el trabajador no dispone de la autorización de residencia y trabajo en España. El nuevo art. 36.5 modifica el anterior art. 36.3 y limita el derecho a la obtención de las prestaciones en materia de Seguridad Social a las que sean compatibles con la situación irregular en que se encuentra el trabajador y que se encuentren recogidas “en los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderles”. Acogiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo plasmada en la sentencia de 10 de marzo de 2008, y a la que ha seguido la de 12 de noviembre, se dispone de forma clara y tajante que “en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”, que por otra parte creemos que viene a ratificar la tesis de que quien esté trabajando de forma irregular y disponga de autorización de residencia sí podría tener derecho a percibir tales prestaciones.

Recuérdese que para el TS el derecho a percibir prestaciones por desempleo para los trabajadores irregulares sin autorización de residencia tampoco puede encontrar amparo en el art. 14 de la LO 4/2000, ya que “al establecer que los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la seguridad social en las mismas condiciones que los españoles” distingue entre “extranjeros residentes” (acceso a los servicios y prestaciones generales y básicas en las mismas condiciones que los españoles) y “extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa” (derecho únicamente a los servicios y prestaciones básicas), pues este precepto que la doctrina de esta Sala ha aplicado a las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, y que, inicialmente se recogió en el artículo 42.2 del Reglamento sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, (el precepto considera incluido en el

sistema español de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena de países que hayan ratificado el Convenio 19 de la OIT, sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar “a los solos efectos de la protección frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) no es aplicable al supuesto litigioso, que versa sobre el reconocimiento de la prestación de desempleo a los emigrantes irregulares o no residentes”. Cuestión diferente para el TS es que la persona afectada pueda ejercer las acciones legales pertinentes por la responsabilidad en que haya incurrido el empleador por incumplimiento de la normativa legal. Es decir, “el hecho de que el trabajador extranjero “sin papeles” no tenga derecho a la protección de desempleo, según la interpretación antes realizada, no excluye una hipotética responsabilidad del empleador, que pudiera extenderse a las prestaciones de seguridad social, no a título de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantía, por lo tanto, a cargo de la Seguridad Social”.

1.2. Las reformas habidas en relación al acceso al trabajo de los familiares reagrupados

La norma acoge numerosas peticiones que se habían efectuado desde diferentes poderes públicos y organizaciones sociales para facilitar el acceso al trabajo del cónyuge (o pareja de hecho) e hijos mayores de 16 años, desde el reconocimiento de la autorización de residencia y sin necesidad de esperar un año para poder acceder al mundo laboral, ya que así se recoge en el artículo 19.1.

La Instrucción de la Dirección General de Inmigración número 08, de 14 de diciembre de 2009, que trata sobre la reagrupación familiar⁵ ha abordado su impacto sobre el acceso al mercado laboral, siendo sin duda la referencia legal más novedosa con respecto a la normativa vigente hasta el 12 de diciembre de 2009 la autorización directa para trabajar al cónyuge o pareja de hecho y a los hijos en edad laboral de la persona reagrupante, con la consiguiente derogación del artículo 41.6 del RD 2393/2004 en cuanto que permitía la obtención limitada de dicha autorización “cuando las condiciones fijadas en el contrato de trabajo que haya dado lugar a la autorización, por ser éste a tiempo parcial o por

⁵ Instrucción DGI/SGRJ/08/2009 sobre aplicación de la LO 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en materia de reagrupación familiar: http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2009/INSTRUCCION_DGI_8-2009.pdf .

la duración de la prestación de servicios, den lugar a una retribución inferior al salario mínimo interprofesional a tiempo completo en cómputo anual”. Además, como criterio general interpretativo, coherente con la nueva redacción de la ley, se dispone que todos los preceptos del RD 2393/2004 que traten de esta cuestión deberán interpretarse en el sentido de que la reagrupación de tales personas supondrá “tan pronto se acceda a la mayoría de edad laboral, la de una autorización de trabajo, sin necesidad de realizar ningún otro trámite administrativo”. En consecuencia, a partir del pasado 13 de diciembre, quién tenga la condición de cónyuge, pareja de hecho o hijo/a reagrupado no deberá realizar ningún trámite específico (así por ejemplo, una solicitud al efecto) para poder ser contratado laboralmente, al contrario de si se trata de otro familiar con parentesco con un extranjero residente en España, los cuales si deberían solicitar previamente la autorización (en cuyo supuesto, probablemente este familiar no habrá sido objeto de reagrupación, ya que ante la regulación prevista por la Ley Orgánica 2/2009 sobre quiénes pueden ser familiares sujetos de reagrupación, se hace muy difícil pensar que al margen de los citados, otros puedan ser objeto de reagrupación con posibilidad de acceder a un trabajo).

En cuanto al acceso de los familiares reagrupados a una autorización de residencia independiente, fijada en el apartado D de la Instrucción, si bien ésta queda a la espera del desarrollo reglamentario de los apartados 4-5 del art. 19 de la Ley Orgánica 4/2000 (particularmente, de qué debe entenderse por “medios de vida suficientes” en supuestos de solicitud de una residencia temporal de carácter no lucrativo)⁶, la Instrucción señala en aquella letra que cuando se trate de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena el cónyuge o pareja reagrupado deberá encontrarse en alta en la Seguridad Social, con contrato no inferior a un año, y remuneración mensual de 14 pagas no inferior al SMI; o bien estar de alta en la Seguridad Social y reunir “los requisitos exigibles” para acceder a la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia.

1. En este marco, una primera cuestión a debatir se está produciendo en el ámbito de la tramitación de la solicitud de cambio de la autorización de residencia por la condición de reagrupado a la de autorización de residencia y trabajo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 96.3 del Real Decreto 2393/2004, presentada con anterioridad al 13 de diciembre, fecha de entrada en

⁶ A partir del Informe de la RED ACOGE (La práctica administrativa en materia de inmigración 2008), recordemos la disparidad de criterios existentes en la práctica de las diferentes subdelegaciones del Gobierno, aunque la referencia al Salario Mínimo Interprofesional con un ligero incremento sea una práctica común: <http://www.redacoge.org/fijos/documentos/Practica%20administrativa.pdf>.

vigor de la Ley orgánica 2/2009. Dicho precepto, en la redacción dada por el Real Decreto 1162/2009 de 10 de julio, establece que “los extranjeros en situación de residencia por haber sido reagrupados, así como el cónyuge que accede a una autorización de residencia temporal independiente por la vía prevista en el artículo 41.2, podrán acceder a la autorización de residencia y trabajo sin necesidad de que se cumpla el plazo de residencia legal establecido en el apartado 1 de este artículo”.

La duda se suscita por la hipótesis de la petición a los solicitantes de la presentación de la documentación de acuerdo con las reglas de la Instrucción número 08. En este contexto, no nos parece de recibo exigir unos requisitos que no se requerían en el momento en que se presentó la petición al amparo de la normativa entonces vigente. El hecho es que no se encuentra una base jurídica adecuada para justificar una “reformulación” de su petición y, como consecuencia de ese cambio, pedirles que acrediten el cumplimiento de los requisitos recogidos en la Instrucción 8/2009 de 14 de diciembre. De hecho, si en el momento en que solicitaron la autorización de residencia independiente disponían de una autorización para trabajar al amparo de lo dispuesto en la normativa entonces vigente, no debería pedírseles que acrediten nuevos y quizás diferentes requisitos, no demandados entonces, ya que con ello resultaría afectado el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución.

De aplicar el planteamiento restrictivo para resolver esos expedientes, es posible que algunos expedientes que se podían resolver a favor del administrado por aplicación de la normativa que estaba en vigor con anterioridad, ahora no sea así porque no cumpla los requisitos fijados en el apartado D) de la Instrucción. Sería cuando menos curioso que una determinada interpretación de la LO 2/2009 en relación con el RD 2393/2004 (en su redacción del RD 1162/2009) redujera los derechos que tenía con anterioridad la persona que solicitaba la autorización de residencia independiente.

2. Otra cuestión que podría hipotéticamente suscitarse versa sobre qué efectos puede tener la solicitud de autorización de trabajo presentada antes de la entrada en vigor de la LO 2/2009, es decir hasta el día 12 de diciembre inclusive, si la misma también tiene por finalidad poder acceder a una residencia independiente del reagrupante.

Dado que en la nueva normativa la autorización inicial de trabajo se concede de forma automática, ¿podrá la Administración determinar que debe presentar una nueva solicitud referida únicamente a la autorización de residencia independiente? La respuesta afirmativa a la pregunta no iría precisamente en la línea de la interpretación más garantista de los derechos del administrado sino en otra que rizaría el rizo de lo absurdo y que haría buenas algunas de las historias de la Administración española de los dos siglos anteriores. En efecto, la pregunta que los juristas nos debemos formular es: ¿en qué ayudaría

la presentación de una nueva solicitud a resolver sobre la ya presentada?, ¿no puede resolver la administración competente con la documentación de que dispone con la primera solicitud? Si la respuesta a la segunda pregunta es positiva no alcanzamos a entender qué argumentación jurídica podría haber detrás de la hipotética respuesta afirmativa a la pregunta antes formulada.

3. Una tercera cuestión que pudiera plantearse tiene un doble contenido: ¿La habilitación para trabajar que otorga el artículo 19 de la LO 2/2009 está siempre vinculada a la condición de reagrupado de la persona que la solicita? Y planteamos, de forma añadida, un caso que los juristas calificamos de “laboratorio”: en el caso muy concreto de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que tiene transferida sólo la autorización inicial de trabajo, ¿deben intervenir las autoridades autonómicas competentes cuando sólo se solicita autorización de residencia independiente y no de trabajo?

A nuestro parecer, debe aplicarse pura y simplemente el sentido común en la aplicación de la normativa para no llegar a una interpretación que sería gravemente atentatoria y perturbadora de los derechos del administrado extranjero, que es primero administrado y después extranjero. Defendemos la tesis del mantenimiento de la autorización de trabajo aunque ahora se solicite autorización de residencia independiente, ya que la tesis contraria de tener que solicitar, si así se desea, una autorización para trabajar sólo añadiría una mayor carga de trabajo para la administración y convertiría el ejercicio de un derecho, el acceso a una reagrupación independiente, en un obstáculo para el administrado porque debería solicitar una autorización de la que ya dispone. No creemos que las normas estén para ser interpretadas de la forma más restrictiva a la ciudadanía, ya sea de una u otra nacionalidad, por lo que debe afirmarse la tesis de que no es necesaria una nueva solicitud de autorización de trabajo. El hecho de que no haya un precepto que así lo disponga expresamente no es óbice para que las normas deban interpretarse de acuerdo con las reglas fijadas en el artículo 3.1 del Código Civil, precepto que consideramos que puede reforzar la argumentación que acabamos de exponer.

Si la solicitud formulada por el administrado extranjero es de autorización de residencia independiente, nuestro criterio es que no le correspondería intervenir a la autoridad autonómica de acuerdo con lo dispuesto en la LO 2/2009, RD 1162/2009 y normativa reguladora del traspaso de competencia “en materia de autorización inicial de permisos de trabajo”. Si se solicita la autorización para residencia independiente, y ya se dispone de autorización de trabajo concedida al amparo de la normativa entonces vigente, sería contrario a derecho que se revisaran los requisitos requeridos para acceder a la autorización inicial de trabajo previstos en la instrucción, ya que tales requisitos sólo deben solicitarse para las autorizaciones que se presenten a partir del 13 de diciembre de 2009.

Además, si se pide una autorización de residencia independiente, es el administrado el que debe aportar las pruebas (requisitos previstos en la Instrucción) de que cumplen con la normativa en vigor a partir del 13 de diciembre, y la única administración competente para resolver es la Administración General del Estado, ya que no se está solicitando una autorización inicial del trabajo. Por otra parte, ¿de qué serviría la modificación de la normativa administrativa para facilitar el ejercicio de sus derechos por parte de los administrados, como la aplicación de la normativa sobre declaración responsable o comunicación previa, si después la administración, en este caso la AGE requiriera a otra administración, la autonómica, para que comprobara la veracidad de tales manifestaciones, que, repárese en la importancia, debería ser efectuada en todo caso por la administración competente en materia de concesión de la autorización de residencia independiente?

4. La cuarta y última cuestión que podría plantearse versa sobre si sigue siendo de aplicación el artículo 96 del Real Decreto 2393/2004, y por consiguiente mantiene su vigencia, para los familiares reagrupados. En la misma línea que hemos expuesto con anterioridad, nos manifestamos en sentido afirmativo, porque no tiene jurídicamente ningún sentido “penalizar” al administrado que ha cumplido con la normativa vigente y que ha obtenido el reconocimiento de unos determinados derechos, obligándole a volver a presentar una nueva solicitud y, quizás, con acreditación de requisitos que anteriormente no se preveían.

Quisiéramos concluir con unas consideraciones ante la actuación que debe guiar a la Administraciones públicas implicadas en la tramitación de estas situaciones, y la voluntad, mayor o menor, que tienen de resolver los problemas con los que se enfrenta el administrado. En ocasiones se va en la línea de restringir el ejercicio de los derechos, o dicho de otra forma de buscar recovecos legales para hacer más difícil dicho ejercicio, mientras en otras (afortunadamente) las tesis que se defienden irían justamente en dirección contraria. Quizás esté demasiado enquistada en la Administración General del Estado la tesis de que el acceso de los extranjeros a los derechos que les reconoce la normativa legal no puede ser tan sencillo como si se tratara de derechos de los autóctonos, y puede ser que algo de razón práctica tengan por los fraudes legales con que se hayan encontrado durante muchos años, pero creemos que es fundamental que arraigue y se consolide en las administraciones públicas la tesis de la igualdad en la aplicación de la normas para todos los ciudadanos, con independencia de su nacionalidad y siempre, por supuesto, dentro del respeto a las normas en vigor.

1.3. La gestión colectiva de las contrataciones en origen (“el contingente”)

La Ley Orgánica 2/2009 ha modificado el art. 39 de la Ley Orgánica 4/2000, pasando a regular la “gestión colectiva de contrataciones en origen” en

el lugar donde anteriormente se hacía referencia al “contingente de trabajadores extranjeros”, de forma que el Ministerio de Trabajo e Inmigración podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado. El influjo del proceso de reformas de los Estatutos de Autonomía se hace patente en el precepto por cuanto que en dicha gestión la Administración General del Estado deberá actuar en coordinación con las autonomías que sean “competentes para la concesión de la autorización de trabajo inicial”. En todo caso, añade el precepto que para la previsión anual de las ocupaciones que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva se “tendrá en cuenta las propuestas que, previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las Comunidades Autónomas, y será adoptada previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración”, órgano éste último en el que no se encuentran representadas las Comunidades Autónomas, sino que, partiendo de su adscripción al Ministerio de Trabajo, está compuesto por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas (art. 72).

En este sentido, podría afirmarse que, aún y la importante presencia de las Comunidades Autónomas en la proposición de la previsión anual de ocupaciones, previa consulta con los agentes sociales de su territorio, así como en la gestión coordinada de la tramitación colectiva de los contratos en origen a los efectos de conceder las autorizaciones correspondientes de residencia y trabajo de carácter inicial, la política sobre dicha previsión está marcada profundamente por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas por cuanto que, como paso previo a su aprobación, deberán ser consultadas (y además, por partida doble aunque con diferente alcance, en el ámbito de la Comunidad Autónoma correspondiente, y en el marco de la Comisión Tripartita).

En todo caso, a raíz de la Disposición adicional novena de la Ley Orgánica 2/2009 podría estar configurándose el embrión de un servicio exterior de empleo autonómico, en necesaria coordinación y cooperación con la intervención de la Administración General del Estado, ya que en aquel precepto se dispone que en el marco de los procedimientos de contratación colectiva en origen, las CC.AA. con competencias ejecutivas en materia de autorizaciones de trabajo “podrán establecer servicios que faciliten la tramitación de los correspondientes visados ante los consulados españoles, así como promover el desarrollo de programas de acogida para los trabajadores extranjeros y sus familias.”

El B.O.E. del 29 de diciembre de 2009 publicó la Orden TIN/3498/2009 de 23 de diciembre⁷, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en

⁷ B.O.E., núm. 313, de 29 de diciembre de 2010: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/12/29/pdfs/BOE-A-2009-21053.pdf>.

origen para 2.010, utilizando por consiguiente la terminología procedimental derivada de la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre.

El texto regula ciertamente con carácter muy restrictivo, en términos cuantitativos, el número de trabajadores extranjeros no comunitarios que podrán acceder a España por esta vía, e incorpora todas las modificaciones introducidas en la LO 2/2009 y en el Real Decreto 1162/2009 de 10 de julio⁸ por lo que respecta a las competencias asumidas, o que puedan asumirse, por las Comunidades Autónomas para la tramitación de las autorizaciones iniciales de trabajo. Por consiguiente las modificaciones introducidas en la Orden que entro en vigor el 1 de enero de 2010 con respecto a la que ha estado en vigor durante el 2009 (Resolución de 26 de diciembre de 2008 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2009⁹), se centran en su introducción y en la incorporación de los preceptos que contemplan y regulan las competencias autonómicas.

Antes de proceder a la explicación de algunos de los puntos más relevantes de la norma nos parece conveniente referir, de forma sucinta, cuál ha sido la regulación de la figura del contingente en los dos años anteriores, es decir a partir ya del inicio de la crisis económica, en el bien entendido que será en la norma de 2009 cuando podremos ver ya con toda claridad el impacto de dicha crisis.

La Resolución de 26 de diciembre de 2007¹⁰ dispuso la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 21 de diciembre de por el que se regulaba el contingente para el año 2008. La cifra provisional era de 15.731 puestos de trabajo de carácter estable, que al igual que en el año anterior podía ser objeto de modificaciones durante el año, de acuerdo con la evolución de las necesidades del mercado de trabajo. Se hacía un reconocimiento expreso de que el mayor volumen de contrataciones de extranjeros en sus países de origen se realizaría a través del Régimen General o bien a través de la contratación de temporada, pero que el contingente “permite la contratación programada de trabajadores, que no se hallen ni residan en nuestro país, para desempeñar empleos con vocación de estabilidad y que serán seleccionados en sus países de

⁸ B.O.E. núm. 177, de 23 de julio de 2009: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/07/23/pdfs/BOE-A-2009-12208.pdf>.

⁹ B.O.E. núm. 6, de 7 de enero de 2009: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/01/07/pdfs/BOE-A-2009-293.pdf>.

¹⁰ B.O.E. núm. 11, de 12 de enero de 2008: http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/RegimenGeneral/documentos/ACUERDO_CONTINGENTE_2008.pdf.

origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios”, si bien también se permitían las ofertas nominativas. El Acuerdo también incluyó una cifra inicial de 500 visados de búsqueda de empleo para hijos y nietos de los españoles de origen, de posible modificación a lo largo del año, según las necesidades que fueran surgiendo.

El contingente para el año 2009 se fijó en un número sensiblemente más reducido que en años anteriores, como lógica consecuencia de las dificultades económicas y de empleo que ya estaba atravesando España desde mediados del año 2008. El número total de trabajadores que podían acceder por esta vía era de 901. Destacaban los 364 encuadrados en la industria del metal, los 252 del sector servicios y los 100 de la pesca. Por el contrario, sólo se preveía la entrada de 6 trabajadores en la construcción, 12 en la hostelería y 24 en la agricultura. Al igual que en años anteriores, la asignación tenía carácter provisional y se podían efectuar reasignaciones y modificaciones a escala nacional dentro de cada contingente, y también se preveía que las ofertas se cursaran preferentemente a los países con los que España “tiene suscritos acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios o, subsidiariamente, instrumentos de colaboración en esta materia”. La concesión de un visado para un empleo de carácter estable autorizaba al extranjero no comunitario para residir y trabajar por cuenta ajena en España, en un ámbito geográfico y sector de actividad determinado durante un año a contar desde que se efectuara o declarara la entrada en España.

La novedad más importante con respecto a la normativa de años anteriores era la referencia a la posible intervención de las Comunidades Autónomas que asuman, en virtud de lo dispuesto en sus Estatutos de Autonomía y de los consiguientes acuerdos de traspasos, la tramitación de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta ajena o propia en su ámbito territorial. En tal caso, y con un lenguaje ciertamente restrictivo, se disponía que las adaptaciones de la normativa “se referirán y limitarán, exclusivamente a lo previsto en el correspondiente Acuerdo de traspaso, debidamente aprobado y en vigor, y se llevarán a cabo, en todo caso, de conformidad con la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración”. La norma no llegó a ser aplicada en este punto, ya que el traspaso de competencias a la Comunidad Autónoma de Cataluña, acordado por la Comisión Bilateral Estado–Generalidad en su reunión de 12 de febrero¹¹, no entro en vigor hasta el 1 de octubre de 2009 en virtud de lo

¹¹ Nota de prensa de la Vicepresidencia Tercera del Gobierno de 12 de febrero de 2009: http://www.mpt.es/prensa/notas_de_prensa/notas/2009/02/20090212_02.html.

dispuesto en el Real Decreto 1463/2009, de 18 de septiembre¹² sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en este territorio autonómico.

Respecto de la Orden TIN/3498/2009, y como al efecto se ha comentado ya, se dicta al amparo de lo previsto en el artículo 39 de la LO, por consiguiente, ha sido el MTIN el que ha procedido a dictar la Orden de referencia a partir de las propuestas previas efectuadas por las Comunidades Autónomas que son las que tienen las competencias de gestión de las políticas activas de empleo, y previa autorización, de acuerdo con la normativa vigente, de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia.

En la introducción se expone que la reducción de las contrataciones en origen, para garantizar la cobertura de ofertas de empleo no cubiertas por el mercado laboral, se ha hecho “entorno a una cuarta parte” de los puestos de trabajo ofertados el año anterior como consecuencia justamente de la difícil situación del mercado de trabajo español y el importante número de personas desempleadas que permite, salvo los supuestos contemplados en la norma, que los puestos de trabajo que se oferten sean cubiertos por personal autóctono o extranjero inscritos como demandantes de empleo en las oficinas de los correspondientes servicios públicos autonómicos de empleo.

En efecto, la reducción ha sido drástica, ya que para el próximo año sólo se ofertan 168 contrataciones en origen para trabajadores, altamente cualificados, añadido ahora, que no se hallen ni residan en España, ya que son básicamente médicos e ingenieros los dos colectivos demandados. Este dato como el del conjunto del Estado nos provocan muchas dudas sobre la necesidad de que este año se dictara una norma como la que estamos comentando, ya que consideramos que esas contrataciones pueden cubrirse por la vía de la contratación del régimen general, pero no hay duda de que pueda tratarse de una opción gubernamental para poder ampliar, en su caso, el número de personas contratadas en origen si la situación del empleo mejorara en España durante el próximo año y así lo hiciera necesario.

Un aspecto a destacar también de la norma es que, en el plano de la terminología utilizada, las referencias contenidas en resoluciones anteriores al “sector de actividad” han sido sustituidas por las de “ocupación”, de acuerdo con la terminología de la LO 2/2009, algo que puede plantear más problemas en cuanto a la solicitud, y concesión, de una prórroga de autorizaciones de

¹² B.O.E. núm. 229, de 22 de septiembre de 2009: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/09/22/pdfs/BOE-A-2009-14963.pdf>.

trabajo de carácter temporal para actividades de temporada o campaña si se efectúa una interpretación muy estricta de la misma. Igualmente, la norma contempla en su articulado una nueva previsión sobre el abono de las tasas, en virtud de los cambios acaecidos en la LO 2/2009 al respecto (artículos 44.2 y 45, disponiendo el número 1 del segundo precepto citado que “Las tasas se devengarán cuando se solicite la autorización, la prórroga, la modificación, la renovación, o el visado. En el caso de las Comunidades Autónomas que tengan traspasadas las competencias en materia de autorización de trabajo, les corresponderá el devengo del rendimiento de las tasas”).

Las modificaciones incorporadas en la norma para su adecuación al nuevo marco competencial en materia de tramitación de autorizaciones iniciales de trabajo por las Comunidades Autónomas se encuentran recogidas en los artículos 8.4, 9.2, 9.4, 11.5, 11.6, 11.7 c), 14.3, 15.3, 16.4, 16.5 y 16.6. En todos los preceptos se dispone que cuando la relación laboral de carácter estable se vaya a desarrollar sólo en una CCAA, y esta haya asumido la competencia en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, la solicitud, genérica o nominativa, deberá presentarse “ante el órgano competente de dicha Comunidad Autónoma”, cabiendo obviamente la posibilidad de presentar la solicitud en cualquiera de los registros y oficinas habilitados al efecto de acuerdo con lo previsto 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 Común¹³.

Por consiguiente, también será la propia autoridad autonómica la que recabe los informes correspondientes para comprobar que el empleador se encuentra al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

Recuérdese además que la resolución por la que se autorice o deniegue la autorización inicial de residencia y trabajo deberá dictarse de manera conjunta por los titulares competentes de ambas administraciones y ser notificada con posterioridad a los sujetos interesados por el órgano competente autonómico. Finalmente, convendría tratar una cuestión prevista por la norma que podría exceder, a nuestro parecer, de las competencias asumidas por las autoridades estatales en materia de coordinación y seguimiento de la gestión de las contrataciones en origen a partir de los cambios operados por el traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas en la materia. En el artículo 18 se ha introducido una breve modificación con respecto al mismo texto de la norma vigente para el año 2009; mientras que en el texto vigente hasta final de este

¹³ B.O.E. núm. 285, de 27 de noviembre de 1992: <http://www.boe.es/boe/dias/1992/11/27/pdfs/A40300-40319.pdf>.

año se dice que “La Dirección General de Inmigración establecerá los sistemas de seguimiento y el contenido y periodicidad de los informes que corresponda elaborar a las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno para el seguimiento y evaluación de la gestión objeto de este Acuerdo”, en el que entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2.010 se dispone que “3. La Dirección General de Inmigración establecerá los sistemas de seguimiento y el contenido y periodicidad de los informes que corresponda elaborar a las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, así como a los órganos competentes de las comunidades autónomas que hubieran asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, para el seguimiento y evaluación de la gestión objeto de esta Orden” (el subrayado es nuestro). Sin negar la importancia de velar por un adecuado mecanismo de coordinación y seguimiento de la política de gestión de las contrataciones en origen, parece que nos encontramos en presencia de una actuación propia de la organización administrativa autonómica, y de ahí que deba ser ésta la que establezca los mecanismos adecuados para garantizar el objetivo perseguido por la norma, o bien que, en el marco del proceso de diálogo en el seno de la Comisión Bilateral en materia de inmigración, se llegue a un acuerdo al respecto.

2. LA AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La Ley Orgánica 2/2009 contiene diversos artículos que afectan, de forma directa o indirecta, a las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de autorizaciones iniciales de trabajo en virtud de lo dispuesto en el acuerdo de traspaso de competencias de 12 de febrero, publicado en el Real Decreto 1463/2009 de 18 de septiembre, pero que también afectarán en su momento a otras Comunidades que hayan asumido en sus Estatutos de Autonomía la competencia en dicha materia. De hecho, y centrándonos en lo acontecido con respecto a Cataluña, la Generalidad ha pasado a asumir más ámbitos de gestión de los inicialmente previstos cuando se pactó la transferencia.

El marco de las políticas autonómicas, y también el papel de las administraciones locales, también en el marco de las acciones de promoción de la inserción laboral de los inmigrantes, deben complementar así la política estatal en materia de inmigración.

La ordenación y articulación de las competencias asumidas por las diferentes administraciones públicas es objeto de especial atención en el título IV, dedicado a la coordinación de los poderes públicos y en que se recoge una modificación del art. 68 para manifestar que las autonomías con competencias

en materia de tramitación de autorizaciones iniciales de trabajo deberán desarrollarlas en necesaria coordinación con las autoridades estatales (por cierto, aunque no se dijera, la tarea de coordinación entre todas las Administraciones Públicas es un requisito obligado de su actuación, y muy especialmente tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992), ya que el objetivo final a conseguir, siempre según el texto aprobado, es garantizar “la igualdad en la aplicación de la normativa de extranjería e inmigración en todo el territorio, la celeridad y uniformidad de los procedimientos y el intercambio de información entre las Administraciones para el ejercicio de sus respectivas competencias”.

En la misma línea de actuación coordinada, el nuevo número 3 de la Disposición adicional quinta dispone la puesta en marcha de una aplicación informática común para la tramitación de los procedimientos regulados en la norma, y dispone que cuando las autonomías participen en algunos de dichos procedimientos (es decir, el de tramitación de la autorización inicial de trabajo) se garantizará que dicha participación “responda a estándares comunes que garanticen la necesaria coordinación de la actuación de todos los órganos administrativos intervinientes”.

1. Hay que destacar, por su importancia, que el artículo 68 incorpora una importante competencia autonómica, de tal forma que la integración social del extranjero por motivos de arraigo requerirá de informe autonómico o local, a concretar por vía reglamentarias pero que en cualquier caso tendrá en cuenta, entre otros aspectos, los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales.

2. En la regulación de los menores no acompañados se refuerza aún más el cambio provocado por la incorporación de mayores competencias autonómicas. De tal forma, las CC AA deberán ser informadas de los acuerdos que suscriba el gobierno español con los países de origen de tales menores, y podrán formalizar directamente acuerdos con tales países “dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia”, en los que deberán establecerse mecanismos adecuados de seguimiento por parte de la autonomía suscriptora del texto. Nuevamente las CC AA podrán determinar con sus informes el grado de integración de esos menores cuando alcancen la mayoría de edad a los efectos de concederles por las autoridades competentes las autorizaciones de residencia y trabajo, con una mención expresa de política activa de empleo autonómica, ya que no puede entenderse de otra forma la mención de que las autonomías “desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad”.

3. El artículo 37 regula las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia. A efectos de que quede clara la competencia autonómica en la tramitación inicial de las autorizaciones de trabajo por parte de aquellas CC AA que

las hayan asumido en sus Estatutos de Autonomía, el nuevo texto dispone que “la concesión de la autorización inicial de trabajo, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos”. El mismo precepto se recoge en el siguiente artículo, regulador de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, en el que se incorporan varias modificaciones para adaptar la futura normativa española a la reciente directiva comunitaria sobre acceso al mercado de trabajo de trabajadores altamente cualificados.

Además, se incorpora una modificación al artículo 37.2 sobre autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, de tal forma que la autorización inicial queda limitada a un ámbito geográfico no superior al autonómico (en coherencia con el traspaso de competencias en esta materia a la Comunidad Autónoma de Cataluña, y probablemente a otras Comunidades más adelante) y a un sector de actividad, remitiendo a la normativa reglamentaria sobre su duración. En el mismo ámbito de relación entre la normativa estatal y la autonómica, se consolidan legalmente las competencias de las autonomías en materia de autorizaciones inicial de trabajo, siendo importante destacar el idéntico texto de los artículos 37.3 (trabajo por cuenta propia) y 38.8 (trabajo por cuenta ajena), en los que se dispone que la concesión de dicha autorización inicial de trabajo, que deberá llevarse a cabo “en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia”, corresponderá a las Comunidades Autónomas “de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos”.

2.1. El procedimiento de concesión de las autorizaciones iniciales de trabajo

Está regulado en el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

La norma, que abre el camino a los que puedan producirse con otras autonomías que tengan atribuido el mismo título competencial en sus Estatutos, dispone que el traspaso de competencias determinará la intervención de dos autoridades administrativas en la resolución del expediente administrativo cuando se pida autorización de trabajo, y modifica varios artículos del RD 2393/2004 para establecer una adecuada coordinación de las dos administraciones públicas. Es decir, la autonómica, que resolverá sobre la concesión de la posibilidad de trabajar, y la estatal, que resolverá sobre la posibilidad de que el extranjero resida en España. O lo que es lo mismo, tiene que haber un único

procedimiento administrativo, y el sujeto interesado deberá tramitar toda la documentación ante una sola administración, que será la más próxima a la ciudadanía, con un documento de respuesta en el que se contendrá el pronunciamiento concreto de cada una de las administraciones competentes.

Se iniciará el procedimiento por el órgano correspondiente de la CCAA, coordinado con el de la Administración General del Estado. Se dictará una resolución conjunta de autorización o denegación, expedida por el órgano competente de la CCAA “y firmada por los titulares de cada uno de los órganos competentes de cada una de las Administraciones”, notificada a la parte interesada por la CCAA, y con posible impugnación ante los órganos que la firmen (en razón de cuál sea el competente para resolver) si bien la resolución se volverá a firmar por ambas administraciones y se comunicará por la CCAA.

Para que el nuevo sistema derivado de la asunción de competencias por las CCAA funcione de manera efectiva y eficaz, es necesario que haya coordinación e información mutua entre ambas administraciones, ya que la Administración General del Estado necesita de la información sobre los flujos migratorios en todo el Estado, y las CCAA deben disponer “de la información relativa a las renovaciones de las autorizaciones que se concedan a partir de las autorizaciones iniciales de trabajo que hubieran concedido”. Además, se hace especial hincapié en la efectiva y rápida utilización de las aplicaciones informáticas para que la tramitación sea lo más ágil posible.

Para concretar en el texto articulado la nueva articulación competencial, se recogen numerosas modificaciones en los artículos referidos a la tramitación inicial de autorizaciones de trabajo y en los que se hacía referencia a la Administración General del Estado, ya que a partir de ahora habrá que incorporar referencias a las CCAA cuando se trate de autorizaciones iniciales de trabajo.

Se modifican los arts. 49.2; 50; 51.1 (presentación de la solicitud ante la CCAA, cuando se vaya a desarrollar en este territorio la relación laboral y dicha CCAA “hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena”; 51.3 (el informe de la AGE será vinculante cuando la causa de inadmisión afecte al ámbito de la residencia); 51.4 (será la CCAA con competencias la que recabará los informes de la Administración tributaria y el de la Seguridad Social); 51.5 (resolución conjunta, coordinada y concordante, de ambas administraciones sobre la petición formulada); hay una nueva redacción de la mayor parte del art. 53, con la adición de dos importantes nuevos apartados; se da nueva redacción al art. 58; al art. 59.4; al art. 59.5 (importante: será la CCAA la que verificará el cumplimiento de los requisitos correspondientes al ámbito laboral y simultáneamente, a la competencia de la AGE para lo relativos al ámbito de residencia.); números 6 y 7 del art. 59; art. 60.2; art. 61, art. 62.1, con un añadido importante sobre la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia.

Por una vía indirecta, la modificación del art. 79, al que se adiciona un nuevo número 5, se reconocen competencias autonómicas en materia de contingente (que vendría a ser la actual gestión colectiva de contrataciones en origen), ya que el acuerdo que se apruebe por el gobierno deberá establecer la intervención autonómica competente “en los trámites de carácter laboral, así como en la recepción de solicitudes, admisión a trámite, comprobación de los requisitos laborales, emisión de informe sobre los mismos y su remisión a la Dirección General de Inmigración para continuación de los trámites”. En la misma línea se sitúan el nuevo párrafo 3 del art. 81 y el apartado 2 modificado del art. 84.

Los art. 90 y siguientes regulan las competencias autonómicas en el caso de estudiantes que prestan una actividad laboral a tiempo parcial. Se produce una importante modificación en la nueva redacción del art. 99, en concreto el segundo párrafo de la letra b), relativo a las modificaciones de la autorización inicial de residencia temporal y de trabajo. También tendrá competencias la CCAA sobre la autorización para trabajar por cuenta ajena de los familiares previamente reagrupados. Por último, queda la duda de qué hay detrás de la disposición adicional segunda, 1, cuando se afirma que las autorizaciones iniciales de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena “no podrán exceder, salvo en los casos legalmente previstos, de su ámbito geográfico”.

Ahora bien, más allá de las modificaciones incorporadas por la norma reglamentaria para adecuar la normativa estatal a los nuevos títulos competenciales autonómicos, se han producido otras modificaciones importantes que afectan en gran medida a los requisitos requeridos para la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo, a partir de los acuerdos alcanzados previamente en la mesa del diálogo social sobre inmigración el 19 de mayo de 2009. En concreto, los acuerdos que proponían reforma de la normativa reglamentaria de extranjería fueron los siguientes:

a) Inclusión “de la posibilidad de, en caso de necesidad por circunstancias sobrevenidas para garantizar la subsistencia del extranjero, permitir la modificación de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena para acceder a otra de trabajo por cuenta propia, o viceversa, sin necesidad de que haya transcurrido un año desde la concesión de la autorización inicial”.

b) Inclusión de un nuevo supuesto de renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del extranjero “cuyo cónyuge sea residente en España y cuente con recursos”.

c) Inclusión de otro supuesto de la citada renovación “del extranjero que acredite la realización de una actividad laboral durante al menos 9 meses por año (18 meses en un período de 24), siempre que su última relación laboral se hubiese interrumpido por causas ajenas a su voluntad, y haya buscado activamente empleo”.

Subrayamos de entrada que las modificaciones son de bastante importancia, y mucho más por su aplicación no sólo a las solicitudes que se formulen a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1162/2009, ya que la disposición transitoria única dispone en su segundo párrafo que los preceptos que introducen nuevos criterios para la renovación de autorizaciones de residencia y trabajo, o la modificación de las mismas, en concreto los arts. 54, 62 y 99, serán de aplicación a los extranjeros que cumplan los requisitos allí establecidos y que “hubieran iniciado el procedimiento para la autorización de residencia y trabajo con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto, siempre y cuando su solicitud esté pendiente de resolución o ésta no fuera firme”.

Con respecto al ámbito geográfico de la autorización inicial de residencia y trabajo, el párrafo segundo del art. 49 permite a la CCAA que tenga reconocida competencias en materia de autorización inicial de trabajo “fijar el ámbito geográfico de la autorización inicial dentro de su territorio”; o dicho de otra forma, que la Comunidad Autónoma de Cataluña podría permitir que el trabajo se desarrollara en un ámbito supraprovincial.

Esta posibilidad fue incluso valorada de forma positiva por el Dictamen del Consejo de Estado¹⁴, en el que se afirma que “aún cuando el ámbito territorial de referencia pueda ser la provincia, ningún reparo puede realizarse a la posibilidad de que la Comunidad Autónoma titular de la competencia sobre autorización inicial de trabajo decida fijar el ámbito geográfico correspondiente al que aquella extenderá su eficacia, dentro de su respectivo territorio. Este mecanismo, incluso, puede producir criterios más afinados a la hora de proceder a la correcta selección de los trabajadores”.

El mismo criterio de posible ampliación del ámbito geográfico de actividad se aplica a las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo por cuenta propia, según dispone el nuevo número 2 del art. 60.

Los dos nuevos apartados incorporados al artículo 54, con numeración 5 bis) y 5 ter), incorporan casi en su literalidad los acuerdos alcanzados en la mesa del diálogo social sobre inmigración, para poder facilitar la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena. Por lo que hace al

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO: *Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.* http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2009-322.

primero, se prevé la renovación de la autorización de residencia y trabajo cuando el trabajador acredite que se ha encontrado trabajando y en alta en Seguridad Social durante un mínimo de nueve meses en un periodo de doce, o de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro, siempre que su última relación laboral se hubiese interrumpido por causas ajenas a su voluntad, y haya buscado activamente empleo; respecto del apartado 5.ter, se prevé que “también procederá la renovación cuando el cónyuge cumpliera con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador”. Con estos preceptos, consideramos que se buscaría evitar que se produzca un incremento del número de personas trabajadoras extranjeras que pasen a la situación de irregularidad administrativa, y a la economía irregular, ante la imposibilidad de renovar la autorización por encontrarse en situación de desempleo.

Por lo que respecta a la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, se introduce un nuevo párrafo en el número 1 del artículo 62, de forma que también podrá procederse a la citada renovación “cuando el cónyuge cumpliera con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador”.

Se incorpora un nuevo párrafo tras el art. 99. 2 b), que recoge sustancialmente el acuerdo alcanzado en la mesa del diálogo social de inmigración, al objeto de facilitar que el trabajador pueda modificar la autorización inicial de que disponga cuando se hubiera extinguido su actividad por causas no imputables a su voluntad. Más exactamente, la redacción del texto es la siguiente: “Excepcionalmente, podrá acceder a la modificación de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo, sin necesidad de que haya llegado el momento de renovación de la misma, el extranjero que acredite una necesidad por circunstancias sobrevenidas para garantizar su subsistencia, como el hecho de que, por causas ajenas a su voluntad, hubiera cesado la actividad por cuenta propia o se hubiera interrumpido la relación laboral por cuenta ajena”.

2.2. Cuestiones de debate en relación a la concesión de autorizaciones de trabajo a las trabajadoras víctimas de violencia de género

Conforme al art. 31 bis (residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género) de la Ley Orgánica 4/2000, añadido por su reforma de 2009, prevé en líneas generales que de ponerse de manifiesto una situación irregular de la mujer en el marco de una denuncia por ésta de aquella situación, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. En desarrollo de esta normativa, se adoptó el 18 de diciembre de 2009 una Instrucción Conjunta de

la Dirección General de la Política y de Inmigración¹⁵, en la que se dispone que la autorización provisional de residencia y trabajo que puede concedérsele al amparo del nuevo artículo 31.bis.3 habilitará a trabajar “en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial”. Dicha habilitación también puede concederse en caso de sentencia condenatoria por violencia de género y en los mismos términos.

En función de ello, la cuestión a debate versa sobre qué administración sería la competente para otorgar la autorización inicial de trabajo, dado el ámbito supraautonómico de la misma, y de momento sólo afecta a la Comunidad Autónoma de Cataluña, pero es de prever que vayan afectando gradualmente a otras autonomías con semejantes competencias en materia de inmigración.

A favor de la tesis “centralista” pueden encontrarse los siguientes argumentos:

a) En el Real Decreto 1463/2009 de 18 de septiembre, se dispone el traspaso a la Generalitat de Cataluña de “las funciones que viene desempeñando la Administración General del Estado y los servicios relativos a la iniciación, instrucción y resolución de procedimientos y notificación de resoluciones, así como los procedimientos de recurso administrativo, en su caso, sobre los tipos de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña, conforme a la legislación estatal vigente en el momento de la efectividad de este traspaso, y que figuran en el anexo de este acuerdo”.

b) En el texto de la Instrucción no hay referencia alguna ni a las competencias ni a las autoridades autonómicas, a excepción justamente de la persona (Director General del *Servei d'Ocupació de Catalunya*) a la que también se dirige la misma. Con respecto a la autorización provisional de residencia y trabajo sólo se hace referencia a la obligación de “la Oficina de Extranjeros (en su defecto área o dependencia de trabajo e inmigración)” de informar a la mujer extranjera de la posibilidad que tiene de solicitarlas.

c) La autorización provisional que se conceda, cuando se den las condiciones legales requeridas para ello, habilitará a la mujer extranjera, según puede leerse en el penúltimo párrafo de la letra B), “a trabajar, por cuenta propia o ajena, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial”.

d) En el mismo sentido que lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se conceda la autorización inicial de residencia y trabajo por dictarse sentencia

¹⁵ Véase la página web del SINDICATO PROFESIONAL DE POLICÍA: <http://www.spp.es/index.php/actualidad/756-orden-general-numero-1803-de-28-de-diciembre.html>.

favorable a la mujer extranjera afectada por violencia de género, el cuarto párrafo de C) dispone con toda claridad que la concesión de la autorización de trabajo “supondrá la posibilidad de trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial” (la negrita subrayada es mía).

Por el contrario, a favor de las competencias de las autoridades autonómicas militaría la tesis de que no se trata en puridad de un nuevo supuesto de autorización de residencia y trabajo, sino que ya existía con anterioridad a la fecha de efectividad del traspaso de competencias a la Generalitat. Se trataría de una interpretación amplia e integradora de los artículos 45.4 a) y 47 del RD 2393/2004, en relación con la normativa reguladora del traspaso de competencias a la autonomía, y quizás por ahí pueda, efectivamente, incluirse la nueva figura de la autorización provisional de residencia y trabajo para las mujeres afectadas por violencia de género, aunque no es menos cierto que se trata de un nuevo supuesto que no estaba recogido en la normativa vigente en el momento de los traspasos. También es cierto que la LO 2/2009 no contempla la atribución de la autorización sin limitación de ámbito territorial.

En cualquier caso, la cuestión más importante es la que se plantea sobre la necesidad de que se resuelva jurídicamente si la administración autonómica catalana puede tramitar la autorización inicial para trabajar en supuestos en los que no se prevé la limitación territorial.

Si prospera la tesis más restrictiva, en interpretación literal del Real Decreto de traspaso de competencias y de la Ley orgánica 2/2009, la Generalitat no tendría competencias para dicha tramitación. Si avanza la tesis más integradora, cual es que se entienda que se han traspasado todas las autorizaciones referenciadas en el anexo del Real Decreto y al margen de que en algún caso el ámbito territorial de la autorización para trabajar desborde el marco autonómico, y no porque la Generalitat se exceda en sus competencias sino porque así lo dispone la normativa legal estatal, será la autoridad autonómica quien tramite las autorizaciones iniciales de trabajo en los supuestos hasta ahora dudosos. Es una interesante cuestión jurídica, y de indudable trascendencia práctica, que dejo aquí planteada.

En cualquier caso, y para concluir, pensamos que en caso de discrepancia deberá acudirse a la previsión de la normativa reguladora del traspaso para dar una respuesta rápida a las posibles divergencias que puedan surgir en este terreno, en la que se dispone que “la inclusión de cualquier otro supuesto de autorización inicial de trabajo que pueda contemplar la normativa vigente en cada momento en materia de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros, será analizado caso a caso por la Comisión Bilateral Generalitat-Estado a los efectos de determinar si se encuadra en el ámbito del artículo 138.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña”.

3. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha hecho hincapié en la consolidación por el conjunto de reformas emprendidas en el año 2009 del modelo de laboralización de la política de inmigración en España, que habrá de hacer frente en el futuro a la evolución de los flujos migratorios hacia nuestro país, derivados de factores como la evolución demográfica en España y las propias necesidades del mercado de trabajo.

En todo caso, ese modelo ha sido objeto de una fórmula descentralizadora por la importante ampliación de competencias autonómicas que se han empezado a traspasar en el ámbito de la concesión de las autorizaciones iniciales de trabajo, y también, en el marco de la gestión colectiva de las contrataciones en origen, si bien con una presencia fundamental de las organizaciones sindicales y patronales más representativas.

En todo caso, el marco de las políticas autonómicas, y también el papel de las administraciones locales, también en el marco de las acciones de promoción de la inserción laboral de los inmigrantes, deben complementar así la política estatal en materia de inmigración.

Por otra parte, la opción de la Ley Orgánica 2/2009 por una entrada en vigor inmediata, puede haber ocasionado una cierta inflación de instrucciones y circulares, que orientan la actuación de las Administraciones públicas implicadas en la tramitación de estas situaciones, de cuyo estudio, se ha detectado en algunas ocasiones interpretaciones restrictivas en el ejercicio de los derechos, o dicho de otra forma de buscar recovecos legales para hacer más difícil dicho ejercicio, si bien en otros casos (afortunadamente) las tesis que se defienden irían justamente en dirección contraria. Quizás esté demasiado enquistada en la Administración General del Estado la tesis de que el acceso de los extranjeros a los derechos que les reconoce la normativa legal no puede ser tan sencillo como si se tratara de derechos de los autóctonos, y puede ser que algo de razón práctica tengan por los fraudes legales con que se hayan encontrado durante muchos años, pero creemos que es fundamental que arraigue y se consolide en las administraciones públicas la tesis de la igualdad en la aplicación de las normas para todos los ciudadanos, con independencia de su nacionalidad y siempre, por supuesto, dentro del respeto a las normas en vigor.

Debemos poner de manifiesto, aunque sea en el apartado de Conclusiones, la implicación de la normativa española de derechos y deberes de los extranjeros en España con el Pacto europeo de inmigración y asilo de 2008, en el que se llama por el Consejo a todos los Estados miembros a poner en práctica una política de inmigración escogida, especialmente en función de las necesidades del mercado de trabajo y concertada, teniendo en consideración el impacto que pueda tener sobre los otros Estados miembros, pero política, al fin y al cabo,

decidida por cada Estado y que debe respetar, en cualquier caso, el principio de la preferencia comunitaria para el empleo.

Finalmente, se cierra este apartado recordando la necesidad de desarrollo reglamentario de un buen número de preceptos de la legislación orgánica aprobada en 2009, por lo cual conviene esperar a cual sea su resultado para conocer el verdadero, y definitivo, alcance del proceso de reformas emprendidas en materia de inmigración.

RESPONSABILIDAD SOCIAL Y RELACIONES LABORALES

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO*

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

EXTRACTO

Palabras Clave: Responsabilidad Social, políticas públicas, relaciones laborales

Aunque la Responsabilidad Social de las Empresas es, por su esencia, una cuestión global, en su desarrollo cronológico, en su evolución material, en la actitud de los agentes económicos y sociales, e incluso en las políticas desarrolladas por parte de cada uno de los distintos poderes públicos implicados es posible apreciar notables matices y singularidades propias de cada ámbito geográfico o político. En este trabajo se pretende resumir los principales hitos en el desarrollo en nuestro país de esta nueva forma de entender la empresa y su gestión. Y para ello se parte del contexto comunitario y el momento en el que surge este debate, para analizar posteriormente el papel de los poderes públicos tanto estatales como autonómicos en su promoción, y concluir abordando, aunque sea brevemente, la posición de los interlocutores sociales y la relación entre la RSE y la negociación colectiva en España.

ABSTRACT

Key Words: Social Responsibility, Public Policies, Labour Relations

Even if the Corporate Social Responsibility is essentially a global issue, it is possible to notice some differences and singularities from each geographical place or even from a political point of view such as: the CSR's chronological development and its material evolution; or if we consider the social and economic agents' behaviour, or even in the public bodies policies. In the present work we pretend to summarise the main milestones achieved under new ways of understanding entrepreneurship and management. To achieve this, we contextualise the CSR at European level and right at the moment in which the debate begun, and then we analyse both the State and Autonomous public powers. Finally, we conclude briefly, making an analysis on social actors' position and the relation between CSR and collective bargaining in Spain.

* El presente trabajo se enmarca en el ámbito de los Proyectos: "La gestión socialmente responsable de la crisis" (DER 2009-08766) y "Los mercados de trabajo transicionales" (SEJ-4856).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PUNTO DE PARTIDA Y EL CONTEXTO DE LA CUESTIÓN. EL MARCO EUROPEO Y SU IMPACTO EN LA DISCUSIÓN ESPAÑOLA SOBRE RSE
 - 2.1. La tardía aparición de la RSE en España: algunos factores que la justifican
 - 2.2. El papel de la Unión Europea en el fomento de la RSE: algunas notas
3. LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS ESPAÑOLES
 - 3.1. La actuación de los Poderes Públicos a nivel estatal
 - 3.1.1. La Proposición de Ley del Grupo Socialista de 2002
 - 3.1.2. La Subcomisión del Congreso: el denominado Libro Blanco
 - 3.1.3. La labor del Grupo de Expertos del Ministerio de Trabajo
 - 3.1.4. La promoción legal de la RSE: en especial la Ley de Contratos del Sector Público y la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres.
 - 3.1.5. El Consejo Estatal de RSE
 - 3.2. La actuación de los poderes autonómicos
4. LA OPINIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES
 - 4.1. La RSE en el Diálogo Social
 - 4.2. La RSE en los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva
 - 4.3. La RSE y la negociación colectiva
5. LAS PERSPECTIVAS DE FUTURO. EL PROYECTO DE LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

1. INTRODUCCIÓN

Aunque es cierto que la Responsabilidad Social de las Organizaciones es, por su misma esencial y origen, un tema global —como globales son también las preocupaciones y los retos con los que se enfrenta en este principio siglo la humanidad— no es menos cierto que en su desarrollo cronológico, en su evolución material, en la actitud de los agentes económicos y sociales, e incluso en las políticas desarrolladas por parte de cada uno de los distintos poderes públicos implicados es posible apreciar notables matices y singularidades propias de cada región geográfica o política.

Normalmente estas diferencias “geográficas” suelen escenificarse recordando las distintas perspectivas —básicamente filantrópicas frente a estratégica y de gestión— con las que se han aproximado tradicionalmente a este concepto los Estados Unidos y la Unión Europea¹. Pero no debemos olvidar como, al

¹ En este sentido suele ser común recordar como mientras en EEUU esta Responsabilidad Social parece haber estado ligada tradicionalmente a la idea o a la vertiente filantrópica, de donación en el ámbito local, en el denominado modelo europeo, fuertemente inspirado por la acción de la Comisión Europea, esta lógica se habría centrado en una forma concreta de actuar social y medioambientalmente sobre el núcleo del negocio, complementada por una clara inversión en la comunidad local y un diálogo estable y sincero con los grupos de interesados. Sobre esta distinción, por lo demás bastante común, véase por todos, “Corporate Social Responsibility. What

menos a nuestro juicio, estas diferencias son igualmente perceptibles entre los mismos países de la Unión. Y es que basta observar las distintas prácticas empresariales desarrolladas bajo este concepto², las diversas políticas e instrumentos de apoyo público frente a la misma³ o, por poner un último ejemplo, su dispar desarrollo cronológico o la heterogénea relación entre el marco normativo y la RSE —sobre todo por lo que se refiere a la obligatoriedad o no de información en materia social o medioambiental— para comprobar como estas realidades nacionales distan mucho de ser absolutamente uniformes y homogéneas.

Desde esta perspectiva, las páginas que siguen no pretenden analizar las múltiples cuestiones que la RSE plantea a nivel global, y en especial en el campo laboral⁴, sino de manera bastante más modesta y limitada, dar una breve noticia de la evolución y de las características de este debate en la realidad económica y social española, prestando una especial atención a los aspectos laborales dentro de la misma y a la opinión y actitudes de los interlocutores sociales.

does it mean?", disponible en <http://www.mallenbaker.net/csr/csrfiles/definition.html>. Y todo ello sin olvidar que como recuerda M. Gjølberg —“¿Cuanticando lo incuanticable? Creación de un índice de prácticas de RSE y rendimiento de la RSE en 20 países”, en *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, n. 2, disponible en <http://www.fundacionluisvives.org/rse/digital/2/articulos/39078/index.html>— hay signos de que este “concepto europeo de la RSE”, “ya estaría ganando en Estados Unidos”.

² Véase, por ejemplo, J.P. Segal, A. Sobczak, C.E. Triomphe; *Corporate social responsibility and working conditions*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.

³ Sobre los distintos modelos de actuación gubernamental en este campo, que irían desde el modelo de partenariado propio de los países nórdicos, hasta el modelo ágora propio de los mediterráneos, pasando por los de empresa en la comunidad —típico de los anglosajones— o sostenibilidad y ciudadanía característicos de los países centroeuropeos, véase, por todos, J.M. Lozano, L. Albareda. T. YSA, “¿Qué pueden hacer los gobiernos para promover la Responsabilidad Social de la Empresa (RSE)? En *CIRIEC-España. Revista de Economía Pública, Social y Corporativa*, 2005, n. 53. Un elenco de estas políticas en los distintos países de la Unión puede analizarse en el documento de la EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES, UNIT D. 2, *Corporate Social Responsibility National public policies in the European Union*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2007.

⁴ De ente la amplísima doctrina española nos limitaremos a citar por su actualidad el libro AAVV. *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, (coords. J.A. Fernández Amor, C. Gala Durán), Marcial Pons, 2009 —a cuya amplia bibliografía nos remitimos—; R. Tascón López, *Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*, Madrid, CEF, 2008; M. Rodríguez-Piñero Royo, *Responsabilidad Social Corporativa y Relaciones Laborales en Andalucía*, Sevilla, 2008: AAVV, *La Responsabilidad Social empresarial en Europa y las corporaciones transnacionales*, número monográfico de *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2009, vol. 27. n. 1.

Para ello analizaremos, en primer lugar, el contexto y el momento en el que surge este debate, para analizar posteriormente el papel de los poderes públicos tanto estatales como autonómicos en su promoción, y concluir abordando, aunque sea brevemente, la posición de los interlocutores sociales y la relación entre la RSE y la negociación colectiva en España.

2. EL PUNTO DE PARTIDA Y EL CONTEXTO DE LA CUESTIÓN. EL MARCO EUROPEO Y SU IMPACTO EN LA DISCUSIÓN ESPAÑOLA SOBRE RSE

En este sentido, y al menos a nuestro juicio, los dos primeros rasgos que podrían identificar la evolución de esta idea en España son, de un lado, su carácter temporalmente tardío, sobre todo si lo comparamos con otros países de nuestro entorno cultural, y del otro, su íntima conexión, la notable influencia que, especialmente en un primer momento, tuvo la actitud de la hoy Unión Europea en esta materia.

2.1. La tardía aparición de la RSE en España: algunos factores que la justifican

Por lo que se refiere al primero de estos datos, es evidente que en España esta discusión sólo comienza con propiedad, o al menos alcanza una cierta relevancia social, en los últimos años la década de los noventa y, sobre todo, en los primeros años del presente siglo. A diferencia de lo que aconteció en otros muchos países en donde la discusión sobre la RSE se inició a mediados de los sesenta y setenta del siglo pasado⁵. en España el inicio de esta discusión es

⁵ Aunque la cuestión, obviamente, dista de ser clara, suele situarse como fecha inicial de todo este proceso la publicación en 1953 de la obra H. BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman*, Harper, New York. Es cierto que existen estudios anteriores como los de C. Barnard *The Functions of the Executive*, de 1938 o el de T. Krep, *Measurement of the Social Performance of Business*, publicado en 1940 que suelen mencionarse igualmente en este ámbito, del mismo modo que también se suele hacer referencia a las obras de M. Heald *Management's Responsibility to Society: The Growth of an Idea de 1957* –disponible en <http://www.jstor.org/pss/3111413>—, o de J.W. Mcguire *Business and Society* de 1963. Pero existe un cierto consenso doctrinal en atribuir al primero de los antes mencionados el inicio formal del concepto de Responsabilidad Social. Y de hecho, incluso en algunos países como el Japón suele asociarse el inicio de este proceso con el impacto de la mencionada obra. En este sentido, véase Kee Beom Kim, *Finding an entry point for the promotion of corporate social responsibility in small and medium-sized enterprises in Japan*, Japan Institute for Labour Policy and Training, 2005.

mucho más tardío y viene a coincidir con el impulso que desde la Unión Europea se da a estas cuestiones⁶. De hecho, y como veremos, las primeras actuaciones públicas, las iniciativas parlamentarias, o los acuerdos de los interlocutores sociales que de alguna manera abordan esta cuestión se suceden, a un ritmo, eso sí, bastante acelerado, en esta última década⁷.

Son varias, seguramente, las razones que justifican este retraso. La primera de ellas, al menos a nuestro juicio, la singular situación en la que se encontraba nuestro sistema de relaciones laborales en la década de los cincuenta o sesenta, esto es, en el momento en el que los primeros atisbos de esta forma de gestión empresarial aparecían ya en otros países europeos como Bélgica e Italia. Aunque formalmente corporativista, la concepción de la empresa imperante bajo la dictadura franquista era netamente autoritaria. Y si a ello sumamos la situación política de aquel momento, que reprimía cualquier forma de organización social de carácter reivindicativo — que pudiera, por tanto, organizar a los grupos de interesados para favorecer un inexistente debate—, la escasa preocupación medioambiental de un país en buena parte aún en vías de desarrollo, y la escasa internacionalización derivada de una política de aislamiento y autarquía que acaba prácticamente de terminar en la década de los cincuenta, tendremos, al menos a nuestro juicio, las razones que justificaron la ausencia de un debate que, por otra parte, en ningún caso pudo pretenderse sustituido por unas fórmulas de “acción social” —o ayudas diversas muy desarrolladas, eso sí, en aquel modelo de empresa— básicamente paternalistas y destinadas a acallar en lo posible la creciente contestación social.

El paso progresivo a un sistema de democrático de relaciones laborales sirvió en buena parte para permitir la aparición de estos interlocutores, tanto sociales como sindicales, que pudieran organizar y articular a los distintos grupos de interés. Pero el carácter progresivo de este tránsito, la escasa aunque creciente preocupación ambiental, la reducida internacionalización de nuestras empresas y, por tanto, de nuestros propios sistemas de gestión —en este sentido no deja de ser llamativo que la RSE esté especialmente extendida en aquellas Comunidades en donde mayor presencia de multinacionales existe—, el redu-

⁶ En este sentido, por todos, el interesante trabajo de J. Aragón, F. Roca, “Los actores de la responsabilidad social empresarial: el caso español”, en *La responsabilidad social empresarial en Europa...*, op. cit., p. 149.

⁷ Como recordaba el Documento aprobado en la V Sesión del Foro de Expertos del Ministerio de Trabajo, “El desarrollo de la Responsabilidad Social de las Empresas en España” —disponible en http://www.mtin.es/es/empleo/economia-soc/RespoSocEmpresas/docs/INFORME_FOROEXPERTOS_RSE.pdf, p. 24, “en España hasta el año 2003 el desarrollo de la RSE era todavía muy incipiente y embrionario... el debate público sobre la RSE llegó a España algunos años más tarde que a otros países europeos”.

cido tamaño de la mayor parte de nuestro tejido productivo, el escaso peso de la inversión socialmente responsable, la escasa cultura empresarial existente, al menos en esta materia, y la escasa preocupación tanto de las Administraciones Públicas como de unos agentes sociales preocupados en aquellos años sobre todo por la grave situación del empleo y por la actualización de un modelo legal y convencional de relaciones laborales en parte heredado del franquismo hicieron, como decimos, que este debate estuviera casi totalmente ausente de la realidad social y empresarial española en la década de los ochenta y en la mayor parte de los noventa.⁸

Y que además, cuando finalmente surja, lo haga con un gran déficit conceptual e instrumental; esto es, lo haga sin conocer claramente qué era y qué es la responsabilidad social y, sobre todo, cómo podía y puede aplicarse a la empresa y qué instrumentos pueden utilizarse para incorporarlos al modelo de gestión o a la propia concepción de empresa que supone la RSE⁹. Y ello porque, como decimos, a las tradicionales dificultades de un concepto reactivo a cualquier definición legal, a las tradicionales dificultades de un concepto articulado con una terminología ciertamente anfibológica, y a las tradicionales dificultades derivadas de un concepto de geometría variables —que como en la célebre novela de Lawrence Durrell, puede ser vista desde innumerables perspectivas sociales, empresariales, ideológicas o incluso de ramas del conocimiento, siendo todas ellas ciertas, pero al mismo tiempo incompletas y limitadas—, se unía ahora, un retraso de casi cincuenta años.

De ahí que, en gran parte, el impulso y los referentes iniciales de todo este debate se encuentren más allá de nuestras fronteras, en lo que hoy es la Unión Europea y en el conocido Libro Verde de la Comisión Europea, cuya influencia sobre todo conceptual, ha sido enorme, no sólo desde una perspectiva académica, sino también ente los interlocutores sociales y entre los agentes políticos de nuestro país.

Con todo, no quisiéramos dejar de señalar como, junto a este impulso conceptual, también se produjo otro, a veces ciertamente minusvalorado, pero a nuestro juicio igualmente trascendente: nuestra incorporación, paulatina y casi generacional —como casi todas las cuestiones realmente de calado— a un modelo social europeo en el que cuestiones como la ecología, la sostenibilidad social, económica y medioambiental o la importancia de los consumidores y de sus elecciones de consumo en una sociedad libre de dominio y asentada cada vez más sobre las TIC iban incorporándose poco a poco, pero cada vez más intensamente, a nuestro propio tejido y conciencia social.

⁸ Por todos, J. Aragón, F. Roca, “Los actores de la responsabilidad social...”, cit., p. 149 y las obras por ellos mencionadas.

2.2. El papel de la Unión Europea en el fomento de la RSE: algunas notas

En este contexto se comprenderá fácilmente la necesidad de encuadrar la evolución de la RSE en España dentro de ese apoyo conceptual e instrumental que proporcionó la hoy Unión Europea.

En este sentido suele ser habitual situar el punto de partido de todo este proceso en el tantas veces citado Libro Verde. Pero no está de más recordar como, dejando a un lado antecedentes incluso más remotos¹⁰, el punto inicial de este proceso comunitario es algo anterior, y puede situarse en la Cumbre Europea de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000¹¹. En esta cumbre, que lanzaría la denominada Estrategia de Lisboa, llamada a convertir a Europa en la “economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de un crecimiento económico duradero, acompañado por una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y una mayor cohesión social”, el Consejo Europeo hacía “un llamamiento especial al sentido de responsabilidad social de las empresas con respecto a las prácticas idóneas en relación con la formación continua, la organización del trabajo, la igualdad de oportunidades, la integración social y el desarrollo sostenible”¹². Obsérvese, por tanto, la íntima conexión de este concepto con los aspectos sociales, y específicamente laborales, a los que se unía la inevitable conexión con la Estrategia de Desarrollo Sostenible que poco después daría sus primeros pasos¹³.

⁹ De ahí, al menos a nuestro juicio, el éxito de fórmulas “estandarizadas” como el Pacto Mundial o la progresiva pujanza de normas técnicas como la SGE 21:2008 o la SA 8000 en España. Con respecto al primero, la Asociación Española del Pacto Mundial (ASEPAM) se creó el 15 de noviembre de 2004 —como se ve, una fecha ciertamente tardía—, pero de acuerdo con sus propios datos, en diciembre de 2009 habría un total de 897 firmantes, de los que, eso sí, sólo 223 estarían asociados. En relación con la SGE 21:2008 y Forética —que en el 2010 celebrará su décimo aniversario— puede consultarse su interesante página Web — <http://www.foretica.es/es>—.

¹⁰ Sobre estos antecedentes —básicamente el llamamiento de J. Delors a una participación activa de las empresas en la lucha contra la exclusión social— y con una amplia referencia a la evolución de estas cuestiones en el ámbito de la Unión puede consultarse <http://www.csreu-rope.org/pages/en/history.html>. Véase igualmente lo señalado infra en la nota al pie n. 16.

¹¹ En general, sobre los antecedentes y el papel de la UE hasta 2003 es ciertamente destacable por completo el trabajo de F. Alonso Soto “Estrategia europea de la responsabilidad social de las empresas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 2006, n. 62, p. 79 y siguientes.

¹² http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm.

¹³ Tras algunos antecedentes como el Club de Roma de 1968, la primera Conferencia sobre el Medio Humano de Estocolmo de 1972, o el Informe “Brundtland”, Our Common Future”, publicado en 1987 —y que, a su vez, era fruto de los trabajos de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas, creada en Asamblea de las Naciones Unidas en 1983—, el Tratado de Amsterdam convirtió ya en 1997 el desarrollo sostenible en uno de los

Esta conexión con lo social es la que explica como, poco después, el Consejo Europeo celebrado del 7 al 9 de diciembre del 2000 en Niza —y con el antecedente de la Comunicación de la Comisión de 28 de junio de 2000¹⁴— aprobara la *Agenda Social Europea* de Niza, dentro de cuyo apartado II “Anticiparse a los cambios del entorno de trabajo y sacar partido de los mismos, desarrollando un nuevo equilibrio entre flexibilidad y seguridad” se abordaba nuevamente el tema. En este caso, la Agenda partía de “las profundas transformaciones de la economía y del trabajo, relacionadas en particular con el nacimiento de la economía basada en el conocimiento y con la globalización” para, entre las “medidas que se adopten para hacer frente a estas transformaciones” —y que debían “dejar un gran margen de iniciativa a los interlocutores sociales”— mencionar la necesidad de “apoyar las iniciativas relativas a la responsabilidad social de las empresas y a la gestión del cambio por medio de una Comunicación de la Comisión”¹⁵ Además, esta Responsabilidad Social era igualmente traída a colación —en este caso, con el claro antecedente del Libro

objetivos de la Unión Europea. De esta forma se conectaba con la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en 1992, celebrada al amparo de la ONU y que adoptó la Agenda 21 y la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y desarrollo. En cualquier caso —y dejando a un lado otros eventos fundamentales como los Objetivos del milenio, o la Cumbre mundial sobre desarrollo sostenible en Johannesburgo 2002— la Estrategia Europea para el Desarrollo Sostenible se inició realmente en 2001 en Goteborg, cuando el Consejo Europeo discute “A Sustainable Europe for a better world: A European Strategy for Sustainable Development”. Tras el lanzamiento de la Estrategia de Lisboa, el apartado medioambiental se sitúa como una tercera línea o estrategia transversal junto con la económica y la de empleo. Las dos estrategias actúan, o debían actuar complementariamente. Finalmente tan sólo nos gustaría resaltar como en julio 2006, tras una importante Comunicación de la Comisión (2005) se rediseñó la Estrategia Europea para el Desarrollo Sostenible (EDS). El Consejo de Bruselas señaló así que “Un desarrollo sostenible significa que las necesidades de la actual generación deberían satisfacerse sin comprometer la posibilidad de que las futuras generaciones satisfagan sus propias necesidades. Constituye un objetivo general de la Unión Europea que figura en el Tratado, y que rige todas las políticas y actividades de la Unión. Se trata de preservar la capacidad de la Tierra para sustentar la vida en todas sus formas. Se basa en los principios de democracia, igualdad de género, solidaridad, Estado de derecho y respeto de los derechos fundamentales, incluidas la libertad y la igualdad de oportunidades para todos. Su objetivo es la mejora continua de la calidad de vida y el bienestar de los habitantes del planeta y de las futuras generaciones. Para ello, fomenta una economía dinámica con un alto nivel de empleo y educación, de protección de la salud, de cohesión social y territorial y de protección del medio ambiente en un mundo seguro y en paz, respetando la diversidad cultural”. Y se recuerda que “el reto principal es cambiar de modo gradual nuestros actuales modelos de consumo y producción no sostenibles, así como el enfoque no integrado para elaborar políticas”.

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones Agenda de política social, Bruselas, 28.6.2000 COM (2000) 379 final.

¹⁵ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 30 de mayo del 2001, (2001/C 157/02).

Blanco Crecimiento, competitividad y empleo de 1993¹⁶ al señalar la necesidad de involucrar a las empresas en la lucha contra la pobreza y la exclusión social mediante el fortalecimiento de su responsabilidad social.

Pues bien, con estos antecedentes –y con los que le proporcionaban el Consejo Europeo de Estocolmo (23 y 24 de marzo de 2001)¹⁷ y la Comunicación de la Comisión sobre desarrollo sostenible aprobada en el Consejo Europeo de Gotemburgo¹⁸– la Comisión procedió a publicar –original en francés–, el tan mencionado Libro Verde «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas»¹⁹ que recibió más de 250 respuestas y supuso todo un hito en el desarrollo y delimitación a nivel europeo de este concepto.

Aunque el Libro Verde contemplaba la relación entre la RSE y otros aspectos como la “elevación de los niveles de desarrollo social, la protección medioambiental y respeto de los derechos humanos” así como “un modo de gobernanza abierto que reconcilia intereses de diversos agentes en un enfoque global de calidad y viabilidad”, lo cierto es que, como el mismo documento recordaba, su atención “se centra, principalmente, en las responsabilidades de las empresas en el ámbito social”; algo por lo demás lógico si recordamos su conexión con la Estrategia de Lisboa, la Agenda Social y otras experiencias internacionales.

De su amplio contenido –treinta y cinco páginas en su versión española– nos interesa destacar algunos aspectos, sobre todo por su influencia en la prác-

¹⁶ Como se recordará en este Libro Blanco de Delors se presentaba una estrategia para desarrollar el empleo y la creación de empresas en Europa, la misma que fue aprobada por el Consejo Europeo celebrado, en diciembre de ese año, en Bruselas y en el cual se convoca a las empresas europeas a participar en la lucha contra la exclusión social.

¹⁷ En cuyo epígrafe V: «Modernización del modelo social europeo», en su Conclusión 31, se hacía expresa referencia al concepto, a la práctica y a las perspectivas de futuro, al señalar que: «El Consejo Europeo acoge favorablemente las iniciativas tomadas por el sector empresarial para fomentar la responsabilidad social de las empresas. La Comisión ha anunciado que se propone presentar, en junio de 2001, un Libro Verde sobre dicha cuestión y fomentar un amplio cambio de impresiones con vistas a apoyar otras iniciativas en dicho ámbito».

¹⁸ Comunicación de la Comisión, de 15 de mayo de 2001, «Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo)» [COM (2001) 264 final - no publicada en el Diario Oficial]. En ella se señalaba como «La actuación pública también desempeña un papel fundamental a la hora de crear una mayor sensación de responsabilidad social colectiva y de establecer un marco por el que las empresas deban integrar consideraciones ambientales y sociales en sus actividades. [...] Debería animarse a las empresas a adoptar un enfoque proactivo en materia de desarrollo sostenible en sus operaciones, tanto dentro como fuera de la Unión Europea”.

¹⁹ COM (2001)366 final, de 18.7.2001.

tica posterior española. En primer lugar, su definición asentada sobre dos rasgos fundamentales: la voluntariedad o unilateralidad, e, íntimamente conectada con lo anterior, la adicionalidad o el hecho de concretarse en actuaciones que vayan más allá (*beyond*) del marco legal u obligatorio en el que se mueve la empresa. Desde esta perspectiva la Comisión identificaría esta RSE como la “integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”; una actitud esta que –frente a algunas posturas neoconservadoras norteamericanas– “no se debe considerar sustitutiva de la reglamentación o legislación”, pero que se conecta en reiteradas ocasiones con la mayor productividad, competitividad y adaptación al cambio de las propias empresas. Esto es, como un instrumento de soft-law, o incluso mejor, como un compendio de instrumentos de soft-law que pueden y deberían ser utilizados como mecanismos para lograr los fines diseñados en la Estrategia de Lisboa.

El segundo elemento que nos interesa destacar es la articulación de esta RSE en dos grandes vertientes o dimensiones. La dimensión interna a la empresa englobaría las prácticas más cercanas a los aspectos laborales al abarcar las inversiones en capital humano, salud y seguridad y gestión del cambio²⁰. Por el contrario, en su dimensión externa la Comisión destacaba la necesidad de que las empresas colaborasen con la comunidad local, proporcionando, fundamentalmente, puestos de trabajo, salarios, servicios e ingresos fiscales ya que, en definitiva, las empresas dependen de la buena salud, de la estabilidad y de la prosperidad de las comunidades donde operan²¹.

Desde este punto de partida, y sin poder detenernos mucho en la actividad posterior de la Unión en este campo –que aún provocando un notable interés entre estudiosos e interlocutores, tuvo sin embargo, al menos a nuestro juicio, un menor impacto en la realidad y discusión española–, tan sólo destacaremos como en julio de 2002 se publicó una segunda Comunicación de la Comisión denominada “Responsabilidad social de las empresas: una contribución empre-

²⁰ En concreto, se mencionaban áreas como “el aprendizaje permanente, la responsabilización de los trabajadores, la mejora de la información en la empresa, un mayor equilibrio entre trabajo, familia y ocio, una mayor diversidad de recursos humanos, la igualdad de retribución y de perspectivas profesionales para las mujeres, la participación en los beneficios o en el accionariado de la empresa y la consideración de la capacidad de inserción profesional y la seguridad en el lugar de trabajo”; aspectos éstos a los que se unía igualmente una adecuada gestión del cambio y reestructuraciones socialmente responsables. Finalmente la Comisión también incluía en esta “dimensión” las prácticas respetuosas con el medio ambiente relacionadas con la gestión de los recursos naturales empleados en la producción.

²¹ En ese sentido, la responsabilidad social de las empresas se extendería a una amplia variedad de partes interesadas que incluirían a socios comerciales y proveedores, consumidores, autoridades públicas y ONG defensoras de la comunidad local y del medio ambiente.

sarial al desarrollo sostenible”²². En ella, y tras analizar las más de 250 respuestas al Libro Verde, los retos a los que se enfrentaba la RSE —y que por cierto, podían trasladarse casi punto por punto a la realidad española²³—, e incluir en la definición, además de la adicionalidad y voluntariedad, su conexión con el desarrollo sostenible y su íntima conexión con la gestión empresarial, propuso una estrategia apoyada en seis grandes ideas y focalizada en siete grandes áreas²⁴. De esos seis principios seguramente interesa la reiteración de la naturaleza voluntaria de la RSE; la exigencia de prácticas de responsabilidad social creíbles y transparentes; la potenciación de un enfoque equilibrado y global de la RSE que incluyese los aspectos económicos, sociales y ecológicos, así como los intereses de los consumidores —obsérvese ya que la primitiva prioridad de los aspectos sociales se va diluyendo dentro de una más amplia orientación de los grupos de interesados, lo que no deja de ser ajeno a la progresiva preocupación por este tema por otras Direcciones Generales distintas a la de Empleo—, y la atención a las necesidades y características de las PYME, unida, finalmente, al apoyo y coherencia con los acuerdos internacionales existentes (en especial, las normas fundamentales del trabajo adoptadas por la OIT y las directrices de la OCDE para las empresas multinacionales).

Con posterioridad, en octubre de 2002, y como cumplimiento de la anterior Comunicación, se organizó finalmente un “Foro de grupos interesados”²⁵, cuyo informe final²⁶ se dio a conocer en julio de 2004. En él, además de interesantes

²² COM (2002)347 final, de 2.7.2002.

²³ La Comunicación mencionaba “la falta de información sobre la relación que existe entre la responsabilidad social y los resultados económicos de las empresas («el argumento comercial»); la ausencia de consenso entre las distintas partes interesadas en torno a una definición adecuada de responsabilidad social, que tenga en cuenta su dimensión global, en particular la diversidad de los marcos políticos nacionales; la escasa educación y formación sobre el papel de la RSE, en particular en las escuelas de comercio y de gestión empresarial; la insuficiente sensibilización de las PYME y sus recursos limitados; la falta de transparencia, que se deriva de la inexistencia de instrumentos ampliamente reconocidos para diseñar, administrar y divulgar las políticas en materia de responsabilidad social; el escaso reconocimiento y apoyo de los consumidores e inversores con respecto a los comportamientos socialmente responsables de las empresas”, y, finalmente, “la falta de coherencia de las políticas públicas”.

²⁴ Incrementar el conocimiento sobre el impacto positivo de la RSE en las empresas y la sociedad, tanto en Europa como en el extranjero, en especial en los países en desarrollo continuando con el enfoque promocional y voluntario antes señalado; fomentar el intercambio de experiencias y de buenas prácticas sobre RSE entre las empresas; promocionar la formación y cualificaciones en RSE entre los directivos; incentivar la RSE entre las PYMES; facilitar la convergencia y la transparencia de las prácticas y herramientas de RSE; lanzar un Foro “Multi-Stakeholder” de ámbito europeo, e integrar la RSE entre las políticas comunitarias

²⁵ Más información disponible en http://circa.europa.eu/irc/empl/csr_eu_multi_stakeholder_forum/info/data/en/csr%20ems%20forum.htm

²⁶ Disponible en http://circa.europa.eu/irc/empl/csr_eu_multi_stakeholder_forum/info/data/en/CSR%20Forum%20final%20report.pdf

puntualizaciones sobre el propio concepto de RSE²⁷, se reafirmó la importancia de diversos instrumentos y standards internacionales²⁸, se analizaron los obstáculos y elementos críticos que promocionarían su desarrollo y se realizaron recomendaciones que destacaban, por ejemplo, la necesidad de aumentar la preocupación y el conocimiento sobre la RSE; la importancia de recabar y disseminar información sobre la misma; la trascendencia del desarrollo de las capacidades y competencias sobre RSE —por ejemplo, incluyendo la RSE en la educación y los currículums—, al mismo tiempo que se aseguraba un ambiente favorecedor de la RSE y se promocionaba el diálogo con los grupos de interés.

Sin entrar aquí en otras actuaciones como las diversas jornadas y reuniones internacionales sobre este tema²⁹, la actividad del Grupo de Alto Nivel sobre RSC³⁰, o las Resoluciones del Consejo sobre esta materia³¹, baste, para concluir

²⁷ Se insistió, por ejemplo, en su carácter voluntario, adicional y no sustitutivo de la regulación; el carácter esencial de la gestión en el núcleo de las actividades empresariales, como instrumento que contribuyese a la sostenibilidad futura de la empresa; el valor añadido que supone el diálogo con los grupos de interés; su carácter complementario a otras aproximaciones para asegurar un adecuado comportamiento social y medioambiental; su carácter de procesos continuo de aprendizaje para la empresa y los grupos de interés; la importancia de la comunicación y transparencia, así como de su desarrollo en la cadena de suministros de la empresa

²⁸ Básicamente la tantas veces mencionada Declaración Tripartita de la OIT sobre empresas multinacionales, las Directrices para estas mismas multinacionales de la OCDE y el Global Compact, a los que se unen ahora otras Declaraciones de Derechos —Declaración de Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Carta Social Europea...— y varias declaraciones sobre sostenibilidad, medio ambiente o derechos de los consumidores como muestra de su progresiva importancia —Río, Johannesburgo...—.

²⁹ Por mencionar sólo algunas recuérdese la audiencia sobre “Responsabilidad social de las empresas - ¿existe un planteamiento europeo?” organizada por su Comisión de Empleo y Asuntos Sociales el 5 de octubre de 2006 o la más reciente “CSR Multistakeholder Forum” desarrollada en Bruselas el 10 de febrero de 2009.

³⁰ El HLG-CSR de la Comisión Europea (Grupo de Alto Nivel en RSE) se reúne periódicamente en Bruselas para poner en común las políticas de fomento de RSE en la UE. Sobre la última de las reuniones de la que tenemos noticias —Bruselas 22 de abril de 2009— véase http://www.mtas.es/es/empleo/economia-soc/RespoSocEmpresas/docs/NOTA_REUNION_GRUPO_ALTO_NIVEL.pdf

³¹ En este sentido no puede obviarse la importante Resolución del Consejo de 6 de febrero de 2003 relativa a la responsabilidad social de las empresas – DOCE 18.2.2003, (2003/C 39/02)— precedida, entre otras, por la Resolución del Consejo sobre CSR de 2 y 3 de diciembre de 2003. También resultan de interés las Conclusiones de la Presidencia, del Consejo de Bruselas, 20 y 21 de marzo de 2003 —disponible en http://www.consilium.europa.eu/ue/Docs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/75142.pdf —, de acuerdo con las cuales se instaba a “fomentar la responsabilidad social y medioambiental de las empresas tanto a nivel de la UE como a nivel internacional, así como los medios para promover el comercio justo y sostenible, especialmente mediante el desarrollo de incentivos al comercio de bienes producidos de forma sostenible y fomentando créditos a la exportación coherentes con el desarrollo sostenible”, o las Conclusiones de la Cumbre Europea de Bruselas de los días 22 y 23 de marzo de 2005, dentro de cuyo epígrafe titulado: “un espacio atractivo para invertir y trabajar”, en la Conclusión 20, se hace

este apartado, con indicar, en primer lugar, que en el año 2006 la Comisión volvió a publicar una tercera Comunicación bajo el título “Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer Europa un polo de excelencia de la Responsabilidad social de las empresas”³². Esta Comunicación lanzaba una Alianza Europea, abierta a todas las empresas, para promocionar la RSE, destacándose como no se trataría de un contrato o instrumento legal, sino, sobre todo, de un medio de movilizar los recursos y las capacidades de las empresas europeas entorno a estas políticas y prácticas.

Además, y en segundo lugar, parece necesario resaltar que este interés por la RSE no ha quedado limitado a la Comisión y al Consejo, aunque seguramente han sido estas dos las instituciones cuyos actos han tenido mayor impacto en nuestro país. Otros órganos como el Parlamento³³ o el Consejo Económico y Social³⁴ también han participado activamente en este debate.

Y todo ello sin olvidar, en tercer lugar, que la apuesta clara por la RSE como factor de competitividad parece mantenerse en los más recientes documentos, como demuestra la Agenda Social 2006-2010³⁵ o el Informe de Competitividad de Europa de 2008³⁶

una referencia a que las empresas: “deben desarrollar su responsabilidad social”. En un sentido similar véase Comunicación al Consejo Europeo de Primavera - Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la estrategia de Lisboa, COM(2005) 24— de acuerdo con la cual la RSE «puede[...] desempeñar una función clave a la hora de contribuir al desarrollo sostenible y reforzar al mismo tiempo el potencial innovador y la competitividad de Europa”.

³² COM (2006) 136 final

³³ En especial, quizás cupiera destacar la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2007, P6_TA(2007)0062.

³⁴ Por mencionar sólo un acto con un amplio impacto en nuestro país, véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo “Instrumentos de información y evaluación de la responsabilidad social de las empresas en una economía globalizada” (2005/C 286/04) de 8 de junio de 2005.

³⁵ Comunicación de la Comisión. Agenda de política social [COM (2005) 33 final - no publicada en el Diario Oficial]. De acuerdo con este documento, “La Comisión proseguirá fomentando la responsabilidad social de las empresas. Para potenciar la eficacia y la credibilidad de estas prácticas, la Comisión, en cooperación con los Estados miembros y los protagonistas, presentará iniciativas a fin de mejorar más aún el desarrollo y la transparencia de la responsabilidad social de las empresas”.

³⁶ Bruselas, 28.11.2008 COM(2008) 774 final. De acuerdo con esta Comunicación, “el impacto positivo de la RSE en la competitividad se pone especialmente de manifiesto en el caso de los recursos humanos, la gestión del riesgo y la reputación, y la innovación... Parece haber una relación positiva importante entre la RSE y la competitividad a través de la gestión de los recursos humanos, aun cuando en el caso de algunas empresas los costes adicionales que implica la RSE puedan ser, al principio, superiores a los beneficios que reporta. La RSE es un componente esencial para la gestión del riesgo y la reputación de muchas empresas cuya importancia está en aumento por el escrutinio público cada vez mayor al que están expuestas las empresas. Tratar asuntos de la RSE como la transparencia, los derechos humanos y los requisitos de la cadena de

3. LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS ESPAÑOLES

3.1. La actuación de los Poderes Públicos a nivel estatal

En este contexto, y frente a otros países como Dinamarca –que ya en 1994 realizaba campañas públicas sobre esta materia³⁷– o el Reino Unido –que ya en marzo de 2000 creó un órgano administrativo específico competente en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas (Minister for Corporate Social Responsibility)³⁸– en España la actuación de los poderes públicos resultó ser bastante más tardía.

3.1.1. La Proposición de Ley del Grupo Socialista de 2002

Y ello porque dejando a un lado la preocupación por el buen gobierno corporativo de las empresas³⁹ –tema este cuya inclusión o no en el ámbito de la responsabilidad social ha sido siempre objeto de discusión en nuestro país–, lo

suministro desde una perspectiva de gestión del riesgo ha llevado algunas empresas a descubrir otras repercusiones positivas de la RSE. Algunos aspectos de la RSE, como la creación de puestos de trabajo con condiciones favorables para los trabajadores, puede mejorar la capacidad innovadora de las empresas. La relación positiva entre la RSE y la innovación se refuerza por el hecho de que la innovación reviste progresivamente un carácter de colaboración, y por la tendencia hacia la creación de nuevos valores empresariales a partir de innovaciones dirigidas a abordar los problemas de las sociedades...”

³⁷ Como es bien sabido, en este país el Ministerio de Asuntos Sociales lanzó ya en 1994 la campaña “Nuestra preocupación común: la responsabilidad social del sector empresarial” y fundó en 1998 el Copenhagen Centre, un auténtico referente en estos aspectos.

³⁸ Además de un grupo interministerial para mejorar la coordinación de las actividades de promoción de la responsabilidad social de las empresas

³⁹ Se trata básicamente del denominado Informe Olivencia – o Documento de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades: el gobierno de las sociedades cotizadas. (Madrid, 26 de febrero de 1998), surgido del acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de febrero de 1997, por el que se creó una Comisión Especial para el Estudio de un Código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, sobre el que puede consultarse http://www.ciudadessostenibles.es/modules/rsc/face/pdf/informe_olivencia.pdf?PHPSESSID=7dfd13bf499c84a8e50e8f70d2358892 – y el Informe Aldama o Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, de 8 de enero de 2003 –cuyo texto puede encontrarse en http://www.nebrija.com/nebrija-santander-responsabilidad-social/documentos/Informe_Aldama.pdf –. Finalmente debe hacerse mención al denominado Código Conthe, o Código Unificado de Buen Gobierno corporativo para las sociedades cotizadas españolas, cuyo texto definitivo vio la luz el 19 de mayo de 2006 tras ser sometido a un periodo de información pública que se inició el 18 de enero de 2006, y tras las 19 reuniones del grupo especial de trabajo constituido el 16 de septiembre de 2005 para asesorar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la armonización y actualización de las recomendaciones de los Informes Olivencia y Aldama.

cierto es que la primera actuación de cierto calado a nivel estatal –si bien precedida de alguna Proposición no de Ley⁴⁰– se produjo a principios de esta década, con la presentación en el Congreso de los Diputados de una Proposición de Ley sobre Responsabilidad social de las empresas por parte del Grupo Parlamentario Socialista⁴¹.

La mencionada Proposición, fuertemente influida por el Libro Verde y la actuación comunitaria en esta materia, pretendía establecer un completo marco normativo sobre el que estructurar la RSE; un marco en el que primaban, salvo ciertas obligaciones de transparencias para determinadas grandes empresas, la voluntariedad –art. 1– y en el que también eran básicos –al menos en aquel momento– los aspectos laborales, aunque se incrementase ya el peso de los aspectos medioambientales.

Baste en este sentido señalar como la Proposición, tras definir la RSE como la “asunción voluntaria de buenas practicas de gestión integrada de la empresa en todas sus relaciones, respecto de los valores éticos no exclusivamente financieros o económicos⁴², definía los “elementos determinantes de la responsabilidad social de las empresas”, mediante la evaluación “de conformidad a las buenas prácticas” previstas en el o los códigos de conducta⁴³ u, obsérvese, en el convenio colectivo, de treinta y cinco indicadores divididos en cinco apartados. Pues bien, de estos treinta y cinco indicadores, al menos trece hacían

⁴⁰ Por ejemplo la Proposición no de Ley sobre medidas de impulso de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC), para su debate en la Comisión de Economía y Hacienda. Presentada por el diputado del Grupo Parlamentario Socialista D. Juan Manuel Eguiagaray Ucelay. 14 de febrero de 2002. Esta Proposición no de ley planteaba una llamada “a que los poderes públicos, con sus acciones, promuevan la generalización de estas prácticas, incentiven su adopción por las empresas y contribuyan a la valoración por el público de los comportamientos socialmente responsables debidamente acreditados.” Para ello, se proponía la elaboración de informes de situación, y la creación de incentivos económicos y de reconocimiento social que favorecieran la adopción de políticas de responsabilidad social por parte de las empresas. Sobre este tema véase FUNDACIÓN ECOLOGÍA Y DESARROLLO, Responsabilidad Social Corporativa y Administraciones Públicas. Iniciativas en España, Zaragoza, abril de 2003

⁴¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, de 10 de mayo de 2002 Núm. 235-1

⁴² La influencia del libro Verde se hacía aún más clara cuando, con posterioridad, se señala que la misma comprendía “los aspectos relacionados con la mejora de las condiciones de trabajo, formación y empleabilidad de los trabajadores, igualdad de oportunidades, el desarrollo sostenible por la aplicación de criterios ecológicos a la adquisición de materias primas, productos intermedios, a las inversiones, a los sistemas de producción y a los productos propios, así como respecto del respeto de los derechos humanos de sus proveedores, contratistas y concesionarios”.

⁴³ Definido a su vez como “la declaración formal de una empresa de someterse a una autorregulación vinculante y vinculada al repertorio de las buenas prácticas de responsabilidad social. La exigencia de esas buenas prácticas a proveedores, contratistas y concesionarios para favorecer el desarrollo sostenible y la erradicación de las formas de explotación de la mano de obra infantil y el trabajo forzado”.

referencia a los apartados específicos relativos a recursos humanos y seguridad y salud laboral, mientras que los aspectos medioambientales se articulaban en siete indicadores y sólo se mencionaban cuatro en relación con la vinculación con el entorno local y los proveedores y uno en relación con el codesarrollo. Si a ello unimos el importante papel otorgado a la consulta con la representación de los trabajadores tendremos las razones por las que, como hemos comentado, este proyecto, que también abordaba el balance social, la auditoria, la certificación o la acreditación de las entidades de normalización, certificación y auditoria o las inversiones socialmente responsables en fondos de pensiones, mostraba, como decíamos, una clara impronta o sesgo laboral, ligado seguramente a la importancia dada a este tema en el Libro Verde.

En cualquier caso, y a pesar de lo meritorio del proyecto, lo cierto es que seguramente fue un texto en exceso adelantado a su tiempo y que, quizás por ello, no pudo prosperar⁴⁴. Y de ahí también que los siguientes pasos a nivel estatal fueran mucho más cautos y estuvieran centrados en una labor, quizás previa y necesaria, de análisis e investigación del concepto e instrumentos de la RSE.

3.1.2. La Subcomisión del Congreso: el denominado Libro Blanco

La necesidad de constituir un Subcomisión para el estudio de la Responsabilidad Social ya fue planteada en la VII legislatura por el Grupo Mixto⁴⁵, si bien no fue hasta 2005, esto es, en la siguiente legislatura, en la que se constituyó, en el seno de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, una Subcomisión específica para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas a solicitud del Grupo Parlamentario Socialista⁴⁶.

Tras una ardua labor, en la que comparecieron en poco más de un año más de 50 personas, representantes de múltiples organizaciones públicas y privadas, estatales y autonómicas, la Subcomisión concluyó con un auténtico *Libro Blanco*⁴⁷ sobre la Responsabilidad Social, dividida en tres partes, de las cuales, sin duda la más interesantes es la de conclusiones⁴⁸. Y dentro de estas,

⁴⁴ Las razones de la oposición de los entonces mayoritarios grupos parlamentario Popular y Catalán, Convergencia i Unió pueden encontrarse en el Diario de Sesiones Congreso de los Diputados Núm. 298 de 25/11/2003.

⁴⁵ Solicitud de creación de una Subcomisión para el estudio de la responsabilidad social de la empresa. (158/000057), presentada el 17/12/2002 y calificada el 14/01/2003. El resultado de su tramitación fue su decaimiento.

⁴⁶ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-24 de 28/05/2004; DS. Congreso de los Diputados Núm. 58 de 14/12/2004, pág. 2750.

⁴⁷ Así lo calificaba expresamente el diputado R. Jauregui, auténtico inspirador de la propuesta en su intervención final durante el Debate y aprobación del informe de conclusiones en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales —DS. Congreso de los Diputados Núm. 624 de 27/06/2006—.

⁴⁸ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-424 de 04/08/2006.

la parte dedicada a recomendaciones dividida, a su vez, en cuatro grandes apartados en función del sujeto al que se destinan. De esta forma el Libro Blanco recoge diecinueve propuestas dirigidas a las empresas y a las asociaciones empresariales, a las que se unen las casi treinta recomendaciones dirigidas a todas las administraciones públicas estatales, autonómicas y locales⁴⁹, dos recomendaciones a consumidores e inversores y, por último, siete que se dirigen a otros actores, entre los que se incluyen a las ONG, los medios de comunicación y otros agentes.

Como fácilmente se comprenderá resulta imposible intentar siquiera resumir aquí las ciento dieciocho páginas de las que se compone el mencionado Informe. Baste pues señalar que, tras asumir la definición del Grupo de Expertos del Ministerio de Trabajo —sobre la que volveremos inmediatamente— y que complementaría la recogida en el Libro Verde, la Subcomisión resaltaba que la “RSE constituye fundamentalmente un proceso, no un estadio final concreto y predeterminado. Es un proceso de escucha activa de las demandas explícitas e implícitas de los diversos grupos de interés, en una interacción continua entre ellos”; un proceso este en el que se destaca la voluntariedad, sin que pueda concebirse como un nuevo plus de exigencias legales, y sin que pueda considerarse una moda o una cuestión de gestión empresarial más o menos coyuntural.

En relación con las recomendaciones a las empresas⁵⁰ quizás cabría destacar la petición de que éstas adoptasen medidas de autorregulación empresarial sectorial, al mismo tiempo que se destacaba la importancia de promover acciones de concienciación, de sensibilización, de formación y de intercambio de buenas prácticas entre las empresas. Se proponía igualmente la elaboración y difusión de memorias de sostenibilidad, preferentemente de acuerdo con los estándares, intensificando la transparencia y el buen gobierno de las empresas e impulsando la elaboración de una triple memoria para las empresas cotizadas. Además, y en relación con la RSE interna, se propugnaba una tendencia a la excelencia en las relaciones laborales y a la calidad en el empleo⁵¹. Y final-

⁴⁹ Véase no obstante el voto particular del Grupo Nacionalista Vasco en relación con estos aspectos, BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-423 de 31/07/2006.

⁵⁰ Seguimos aquí básicamente el resumen de la mismas expuesto por R. Jauregui en su intervención citada en la nota anterior.

⁵¹ De hecho, la Subcomisión destacó la importancia de determinados aspectos para configurar la calidad laboral de las empresas, fundamentalmente en lo que se refiere a la integración de la discapacidad, la protección de la salud y la reducción de la siniestralidad, la formación de los empleados, el fomento de la contratación indefinida, la negociación colectiva en general, y la igualdad hombre mujer, así como la promoción de la conciliación de la vida laboral y personal.

mente la Subcomisión propuso también, entre las recomendaciones a las empresas, la incorporación a los estatutos de sus compromisos con sus grupos de interés, así como la promoción de las actividades de acción social y la progresiva incorporación de la cultura de la RSE a la larga cadena de proveedores⁵², retomando los compromisos internacionales en materia de RSE, especialmente en relación con América Latina.

En el capítulo de las recomendaciones a las Administraciones Públicas quizás destaque la llamada al impulso de la inversión socialmente responsable –sobre todo por la escasa experiencia española en esta materia– con posibles reducciones fiscales para dichas inversiones, así como la petición de un mejor tratamiento del empleo de las personas con discapacidad o la posibilidad de incluir en los pliegos públicos de compras y contrataciones aspectos que primasen la RSE –tema este sobre el que volveremos algo más tarde—. También se postulaba, entre otras cuestiones, el fortalecimiento del punto nacional de contacto de la OCDE en nuestro país⁵³, la creación de una estructura gubernamental de coordinación de todas las acciones relacionadas con la RSE, o –como ocurrió finalmente–, la creación de un Consejo que facilitase el diálogo multistakeholders por parte del Gobierno. Y todo ello sin olvidar que, en relación con las propias Administraciones Públicas, el informe recomendaba promover la responsabilidad social también en su gestión, al mismo tiempo que planteaba toda una serie de instrumentos para la expansión de la RSE⁵⁴, concluyendo este apartado con una serie de recomendaciones en el capítulo del fortalecimiento a los movimientos de la sociedad civil, así llamados, relacionados con la RSE, fundamentalmente ONG, asociaciones de consumidores, etcétera.

⁵² La Subcomisión partía, en realidad, de la idea de que la implantación de la RSE en las pequeñas y medianas empresa, sería en buena parte consecuencia de que las grandes lo incorporasen como exigencia a sus proveedores.

⁵³ En España es la Secretaría General de Comercio Exterior el Organismo público designado para la promoción, divulgación y efectivo cumplimiento de la puesta en práctica de la Líneas Directrices de la OCDE para el buen gobierno de las empresas multinacionales. Ha sido tradicional destacar su escasa actividad y peso en todo este debate. Más información en <http://www.comercio.mityc.es/comercio/bienvenido/Inversiones+Exteriores/Punto+Nacional+de+Contacto+de+las+Lineas+Directrices/pagEspnc.htm>

⁵⁴ Como son las herramientas de gestión, los premios y los reconocimientos a las empresas más destacadas en esta materia, la difusión de las buenas prácticas empresariales y en general la concreción de las ayudas públicas, sobre todo en la política exterior, créditos FAD, intervenciones Cesce, ICEX, Cofides, etcétera, a las empresas internacionales relacionadas con sus políticas de RSE. Además, claro está, de impulsar también la creación de normas internacionales en materia de RSE o la elaboración de guías que sirviesen en todo el mundo para favorecer el establecimiento de estas políticas.

3.1.3. *La labor del Grupo de Expertos del Ministerio de Trabajo*

Por otra parte, y al igual que ocurrió con la labor en el Congreso, la necesidad de crear un Grupo de Trabajo en el seno del Ministerio de Trabajo ya fue resaltada en la VII Legislatura cuando el Grupo Popular, entonces en el Gobierno, planteó una Proposición no de Ley por la que se instaba al Gobierno a crear una Comisión Técnica de Expertos, con el fin de elaborar un informe sobre la responsabilidad social de la empresa⁵⁵.

Tras el cambio de gobierno, esta Comisión se mantuvo, si bien alterando su composición⁵⁶. Y, finalmente, el denominado Foro de Expertos sobre RSE fue “constituido” en marzo de 2005 con la participación de representantes de varios Ministerios y de expertos provenientes de grupos empresariales, organizaciones de la sociedad civil y de la Universidad⁵⁷. Tras varias sesiones, su labor concluyó el 12 de julio de 2007 con la elaboración del último documento —“Las políticas públicas de fomento y desarrollo de la RSE en España”— que unido a los tres anteriores dio como resultado un Informe—conclusiones de enorme calidad e impacto.

Con la aprobación de ambos documentos —el Informe de la Subcomisión y el del Foro de Expertos, al que podríamos sumar el surgido del diálogo social y sobre el que más tarde volveremos— podríamos decir que la RSE en España asumió ya su mayoría de edad, dotándose de un bagaje conceptual y científico propio, aunque sin poder olvidar nunca su origen, inevitablemente ligado al Libro Verde de la Comisión y a una experiencia europea en la que ya se integraría sin problemas ni complejos.

Nuevamente resulta imposible intentar siquiera resumir el contenido de estos “Informes”. Por ello, y como simple noticia nos limitaremos a destacar como, en primer lugar, y tras destacar la conexión entre RSE y sostenibilidad,

⁵⁵ Proposición no de Ley aprobada el día 17/02/2003, sobre responsabilidad social corporativa . BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-455 de 13/12/2002. Se pretendía entonces la creación de “una Comisión Técnica de Expertos” cuya finalidad fuese “elaborar un informe sobre la responsabilidad social de la empresa, que permita evaluar y garantizar la eficacia y oportunidad de los elementos que la integran” En particular el informe debía “versar sobre los instrumentos adecuados para favorecer la adopción de las mejores prácticas, en particular, a través de la difusión voluntaria de información, posibilidad de crear un organismo certificador o evaluador de la calidad social, implementación de una futura etiqueta social, realización de auditorias e informes sociales, cualesquiera otros aspectos que puedan integrar el concepto de responsabilidad social de la empresa, siempre que no pertenezca al ámbito de la política económica general”.

⁵⁶ Véase la contestación del Gobierno a la pregunta del Diputado Campuzano i Canadés, en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-42 de 24/06/2004 Pág. 55.

⁵⁷ La composición del mencionado Foro puede consultarse en <http://www.mtin.es/es/empleo/economia-soc/RespoSocEmpresas/docs/ComposicionForoExpertos.htm>

así como los principales instrumentos internacionales en la materia, el Foro optará por una definición clara y precisa, asumida —como ya hemos visto— incluso por la Subcomisión del Congreso. Y así, de acuerdo con el Primer Documento del Foro la RSE sería “además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, medio ambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que se derivan de sus acciones... es decir, a una gestión de la empresa que respeta a todos sus grupos de interés y supone un planteamiento de tipo estratégico que debe formar parte de la gestión cotidiana de la toma de decisiones y de las operaciones de toda la organización”. De ahí que, con la clara influencia del Libro Verde, distinga también entre ámbito interno⁵⁸ y externo, al mismo tiempo que resalta su extensión a todas las operaciones internas y externas, y a toda la cadena de subcontratación de cualquier entidad pública o privada, con o sin ánimo de lucro.

En el segundo documento, fruto de la IV Sesión, se abordó en profundidad el Informe de RSE como motor de la Responsabilidad Social, entendiendo por este Informe “la parte más visible y sistematizada de un sistema de información en RSE... un documento que se hace público y que, a través de indicadores cualitativos y cuantitativos, muestra el resultado e impacto económico, social y medioambiental de la actividad de la organización que lo realiza en un período de tiempo determinado”. Este Informe, se continua, “debe contener datos cuantificables, contrastables y verificables, y se deben expresar de forma objetiva e imparcial para facilitar de esta manera a las diversas partes interesadas una opinión más fundamentada sobre los contenidos de la información publicada”. Desde esta perspectiva el Foro instó a los poderes públicos a poner “en marcha una política pública de promoción del Informe de RSE que tenga en considera-

⁵⁸ De acuerdo con este documento, “en su ámbito interno (la RSE) se refiere por un lado al respeto al medio ambiente en la actividad de la empresa, en la medida en que la calidad y la conservación de éste, como marco en el que se desarrolla la vida y como fuente de recursos, preocupa a los grupos de interés. Y se refiere por otro lado a los derechos de sus trabajadores a la libre negociación colectiva, a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, a la no discriminación por razón de edad, origen racial o étnico, religión o discapacidad, a la salud y seguridad laboral, y a la conciliación de la vida personal o familiar y laboral. En el ámbito externo se refiere al respeto riguroso a los derechos de los clientes y consumidores que compran sus productos y servicios o de sus proveedores, al respeto a los Derechos Humanos y a la no connivencia con la corrupción o con el soborno, y la acción cultural, medioambiental o social de las empresas, entendida ésta última como la asignación de recursos empresariales a proyectos relacionados con personas desfavorecidas en las comunidades donde opera la empresa”.

ción los siguientes aspectos: apoyo técnico a las empresas; catálogo de herramientas de información; buenas prácticas de información; perfil de empresas e instituciones incluidas en la política de promoción; temas e indicadores de medida susceptibles de ser incluidos en el Informe de RSE; verificadores y el rol de su labor de verificación; publicidad y transparencia del Informe de RSE". Y todo ello tras considerar que los instrumentos internacionales más utilizados pueden considerarse guías adecuadas para establecer el marco general del contenido de los informes de RSE⁵⁹, utilizándose, en última instancia, como marco de referencia para la elaboración de estos informes el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo "Instrumentos de información y evaluación de la responsabilidad social de las empresas en una economía globalizada"⁶⁰.

Finalmente, el último de los documentos de este Foro abordaba el papel de las políticas públicas de fomento y desarrollo de la Responsabilidad Social de las Empresas en España, profundizando así en ideas ya elaboradas en su primer documento⁶¹. Así, se apostaba, en primer lugar, por una mayor información y sensibilización de los actores y de los ciudadanos sobre la RSE, bien a través de campañas informativas o a través del uso de las nuevas Tecnologías de la Información, del mismo modo que, en segundo lugar, se postulaba el consumo

⁵⁹ Expresamente se mencionan los más conocidos; esto es, y en palabras del propio Foro, entre otras, "las normas y acuerdos internacionales por su carácter universal y representatividad", tales como el "Pacto Mundial de Naciones Unidas sobre derechos humanos, relaciones laborales, medioambiente y lucha contra la corrupción; la declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); las líneas directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para las empresas multinacionales; y las directrices de Global Reporting Initiative (GRI)".

⁶⁰ Véase *supra* la nota al pie n. 34.

⁶¹ En aquel primer documento se señalaba que "Los poderes públicos pueden y deben establecer políticas públicas como las siguientes: 1) Unas políticas de promoción e incentivos de la RSE, aplicables no sólo a las grandes empresas, sino también a las PYMES. 2) Se deben regular y universalizar los aspectos cruciales que dan credibilidad y rigor a la RSE: el reporte de las empresas a las partes interesadas y a la sociedad en general y la verificación de dicho reporte. 3) Una tarea de fomento, es decir, de educación y formación, información y apoyo técnico para el desarrollo de la RSE entre los diversos agentes de la sociedad civil, en toda la sociedad en general, y entre las empresas y sus directivos en particular. 4) Una consolidación de la voz de las partes interesadas, es decir, de los consumidores, los trabajadores, las organizaciones de la sociedad civil interesadas en la empresa, sean medioambientales, de Derechos Humanos, de desarrollo etc.. 5) Una mediación entre éstas y las empresas, mediante la creación de instrumentos de deliberación y concertación. 6) Los poderes públicos tienen también que impulsar dentro del mismo Estado, en todas sus actividades económicas, empresas públicas y organismos públicos las mismas pautas de conducta responsable que intenta promover en la sociedad. 7) Finalmente, los poderes públicos tienen que utilizar los criterios de la Responsabilidad Social como guía para toda la normativa administrativa, con el fin de proteger, entre otros, los derechos de los consumidores, no permitir las agresiones a los derechos humanos, alcanzar la máxima observancia de estándares laborales dignos y no discriminatorios..."

responsable promoviendo –entre otras medidas– la utilización del etiquetado como herramienta distintiva.

En tercer lugar, se apoyaba la participación, conocimiento, implicación y corresponsabilidad mediante, entre otras medidas, el fomento de la investigación sobre RSE y el desarrollo sostenible, su inclusión en la educación universitaria y no universitaria, el fomento de estas capacidades en la sociedad civil y en los directivos de las empresas, así como mediante el apoyo al conocimiento e intercambio de buenas prácticas.

En cuarto lugar se instaba igualmente a que las Administraciones Públicas integrasen “los principios de responsabilidad en sus propios sistemas de gestión y en las relaciones con terceros”, así como el impulso “dentro del Estado, en todas sus actividades económicas, empresas públicas y organismos públicos”, de “las mismas pautas de conducta responsable”. En este sentido, en el caso de aprovisionamientos públicos, implicaría la exigencia de determinados requisitos en términos de RSE en la ejecución de los contratos con la Administración. Y todo ello sin olvidar las menciones a la aprobación de códigos de conducta para los empleados públicos, el fomento de la Inversión Socialmente Responsable (ISR), la inclusión de la RSE “como criterio informativo en la ejecución de las ayudas públicas concedidas a los distintos sectores empresariales” y el “dotar de recursos suficientes (financieros y técnicos) al Punto Nacional de Contacto (PNC)”.

Finalmente, este mismo documento destacaba –en conexión con lo ya visto– la necesidad de estimular a las empresas para elaborar informes de prácticas de RSE mediante, entre otras medidas, el apoyo técnico, catálogos de herramientas, buenas prácticas de información, etc.; la conveniencia de prestar una especial atención a las PYMES con herramientas y medidas específicamente pensadas para ellas y el interés de fomentar la participación de todos los agentes interesados mediante redes y, en especial, mediante el Consejo Estatal de RSE, como órgano colegiado asesor y consultivo del gobierno. Pero sobre este Consejo, su composición y funciones volveremos algo más tarde.

En definitiva, y como puede observarse una amplia batería de medidas que presentaban evidentes concordancias con las recogidas en el Informe de la Subcomisión del Congreso y que constituyen y deben constituir el referente de las políticas de fomento de la RSE en nuestro país.

3.1.4. La promoción legal de la RSE: en especial la Ley de Contratos del Sector Público y la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres

En este contexto, y llegada ya esta “mayoría” de edad conceptual de la RSE en España, no resulta extraño que la misma haya comenzado a incorporarse de forma más o menos matizada a algunos textos legales.

Dejando a un lado otras normas que podrían conectarse —básicamente por la cercanía de sus fines— con el desarrollo de la RSE, lo cierto es que seguramente han sido dos los campos que mayor atención doctrinal han suscitado en estos últimos años. En primer lugar la posibilidad de utilizar la contratación pública como mecanismo de fomento de la Responsabilidad Social, mediante la inclusión en la misma de lo que se han dado en llamar cláusulas sociales y, más recientemente, medioambientales. Y en segundo lugar, la expresa atención que ha merecido la Responsabilidad Social como mecanismo de fomento de una actuación socialmente responsable en la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres. Pero vayamos por partes.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, de todos es sabido como la contratación pública ha sido tradicionalmente uno de los mecanismos para lograr la implantación de ciertas condiciones dignas de trabajo⁶². Sin embargo, la incorporación de España a la Unión Europea y la normativa sobre contratación pública de ésta suscitó, en no pocas ocasiones, dudas sobre la viabilidad o no de la inclusión de cláusulas sociales entre las condiciones de ejecución o como criterio de adjudicación en la contratación pública⁶³, un tema éste en donde la labor del Tribunal de Justicia de la Unión —antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— ha sido necesariamente determinante⁶⁴, al igual que segura-

⁶² Véase, obviamente, el Convenio n. 94 de la OIT, relativo a las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas de 1949 y ratificado por España el 05/05/1971.

⁶³ Por mencionar sólo un ejemplo E. Román Vaca, “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario”, en *Revista de Derecho Social*, 2006, n. 36.

⁶⁴ En este sentido podríamos resumir la doctrina más importante sobre esta materia —siguiendo a AAVV. *Libro Blanco sobre la calidad en el empleo en Andalucía. Estabilidad y seguridad laboral*, CARL, Sevilla, 2005, p. 232, y el Dictamen del Consejo de Estado 1638/2005 de 13/10/2005— señalando como la “jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha permitido una cierta apertura a los criterios sociales en fase de adjudicación, aunque con matices. En su Sentencia de 21 de septiembre de 1988, en el asunto 31/87: Gebroeders Beentjes, el Tribunal estimó que el criterio de contratar a desempleados de larga duración -que no guardaba relación ni con la comprobación de la solvencia ni con los criterios de adjudicación enumerados en la Directiva- era no obstante compatible con las Directivas de contratación pública si se atenía a todos los criterios pertinentes de Derecho comunitario. En la Sentencia de 26 de septiembre de 2000, en el asunto C-225/98: Comisión contra República Francesa, Construcción de edificios escolares en la región Nord-Pas-de-Calais, se afirmó que los poderes adjudicadores pueden basarse en una condición vinculada a la lucha contra el desempleo, siempre que ésta se atenga a todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y que los poderes adjudicadores tengan ante sí dos o más ofertas económicamente equivalentes. En fin, en la Sentencia de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99: Concordia Bus Finland, el Tribunal ha

mente lo será la nueva regulación contemplada en la Directiva 2004/18/CE⁶⁵.

Simplificando enormemente la cuestión podríamos señalar que esta Directiva parece permitir la inclusión de exigencias medioambientales y/o sociales en las especificaciones técnicas y en la verificación de la aptitud y selección de los participantes⁶⁶, en el momento de la ejecución del contrato⁶⁷ o en los crite-

afirmado que cuando una entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios relativos a la conservación del medio ambiente [por analogía podría aplicarse a criterios sociales] siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación”. Aunque algo antigua sigue siendo de interés la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, Bruselas, 4.7.2001 COM(2001) 274 final, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0274:FIN:ES:PDF>

⁶⁵ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Téngase también en cuenta la Directiva 2004/17/CE, relativa a los «sectores especiales» del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Obsérvese que ya desde su Preámbulo la propia Directiva señala que “la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales (del Derecho Comunitario).

⁶⁶ “Los poderes adjudicadores que deseen introducir necesidades medioambientales en las especificaciones técnicas de un contrato determinado podrán prescribir las características medioambientales, tales como un método de producción dado, y/o los efectos medioambientales específicos de grupos de productos o servicios. Podrán utilizar, aunque no están obligados a hacerlo, las especificaciones adecuadas definidas por las etiquetas ecológicas, como la etiqueta ecológica europea, la etiqueta ecológica (pluri)nacional o cualquier otra etiqueta ecológica, si las exigencias de la etiqueta se desarrollan y adoptan basándose en una información científica mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas, como son los organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y si la etiqueta es accesible y está a disposición de todas las partes interesadas. En la medida de lo posible, los poderes adjudicadores deben establecer especificaciones técnicas con el fin de tener en cuenta los criterios de accesibilidad para personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios. Dichas especificaciones técnicas deben indicarse claramente, de modo que todos los licitadores sepan qué abarcan los requisitos establecidos por el poder adjudicador”. Véase en concreto el art. 23.3.b, 23.6 de la mencionada Directiva. En relación con la presencia de elementos sociales entre los indicadores de capacidad técnica y profesional véanse el art. 44.2 en relación con el 48 y 50 de la Directiva.

⁶⁷ Artículo 26 Condiciones de ejecución del contrato. “Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean

rios de adjudicación, siempre que estuvieran “vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales” del Derecho Comunitario⁶⁸.

Pues bien, en este contexto, la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público⁶⁹ ha pretendido abordar esta cuestión previendo, en primer lugar, la posibilidad –art. 102– de que “los órganos de contratación puedan establecer condiciones especiales de ejecución en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas

compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental”. De forma más clara el Considerando 33 específica que “las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones -aplicables a la ejecución del contrato- de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.” Igualmente el preámbulo autoriza “en los casos oportunos en que la naturaleza de las obras y/o de los servicios justifique la aplicación de medidas o sistemas de gestión medioambiental en el momento de la ejecución del contrato público, podrá exigirse la aplicación de este tipo de medidas o sistemas....”.

⁶⁸ “A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, como los que se refieren al cumplimiento de las exigencias medioambientales, podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades -definidas en las especificaciones del contrato- propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato”. Véase en este sentido, el artículo 53 Criterios de adjudicación del contrato “1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán: a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución”;

⁶⁹ BOE núm. 261 de 31 octubre 2007.

condiciones de ejecución podrían referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo o a garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo⁷⁰.

En segundo lugar, el art. 134 de la Ley 20/2007, referido ya a los criterios de valoración de las ofertas, y ampliando lo ya establecido en la normativa comunitaria, meramente ejemplificativa, establece que, “para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes”⁷¹.

⁷⁰ El mismo precepto continua señalando que “los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 206.g. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e”. Un excelente análisis de esta norma en C. Gala Durán, “Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública”, de próxima publicación en *Relaciones Laborales*. En la doctrina, por todos, S. Rodríguez Escanciano, *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, p. 170 y ss.

⁷¹ Sobre el cambio que esta norma supone sobre la situación anterior puede consultarse, por todos, S. Rodríguez Escanciano, *Cláusulas sociales...*, cit., p. 157, quien, no obstante, destaca también sus importantes limitaciones. No obstante la posibilidad de incluir este tipo de cláusulas sociales ya había sido admitida por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) en su Sentencia de 27 junio 2006 (RJ 2006\6108) (Rec. 337/2004), en relación con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 606/2003 de 30 mayo (JUR 2004\156948). En esta misma línea de aceptación se movía además el Consejo de Estado en su Dictamen 3.495/98, de 19 de noviembre de 1998 en el que se señalaba que estos criterios sociales

Y finalmente, la Disposición Adicional Sexta establece la posibilidad, en primer lugar, de incorporar un criterio de preferencia —a igualdad de proposiciones— para las empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 %, siendo preferente, en caso de que hubiera varias, el licitador que dispusiera del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla. Una preferencia similar —esto es, siempre que exista igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas— se establece, en segundo lugar, para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 % de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a colectivos con riesgo de exclusión social⁷², cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes.

En tercer lugar, y de forma más específica, la misma norma establece que para “los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial” puede establecerse una prioridad con la misma forma y condiciones “para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial”.

Y ya por último, la DA 6 Ley 30/2007 concluye señalando que “los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan

“no dejan de ser objetivos ni de estar referidos a la oferta más ventajosa para los intereses públicos, porque una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados, pudiendo ser un criterio objetivo para la adjudicación, incluso más fiable que otros señalados en el artículo 87, para seleccionar —siempre haciendo uso de una ponderación razonable del criterio— al contratista que corresponda, precisamente para proteger los intereses públicos presentes en la selección de la oferta más ventajosa, dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa, y la cualificación de sus recursos humanos, es uno de los factores objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado”.

⁷² La norma se refiere expresamente a perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma; a personas que no puedan acceder a las prestaciones antes citadas por falta del periodo exigido de residencia o empadronamiento o por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido; a jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de instituciones de protección de menores; a personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social; a internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos. Finalmente también se mencionan a las personas con discapacidad.

como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación⁷³.

Sea como fuere, y dejando a un lado el impacto que sobre estas cuestiones puede tener la reciente Sentencia del TJUE Ruffert⁷⁴, de lo que no cabe duda es que la llamada más clara en este punto de la normativa legal a la RSE se produce en la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres⁷⁵. Esta Ley, que nace con la clara y expresa vocación “de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres” adoptando un claro enfoque transversal, utiliza, como una más de las herramientas destinadas a lograr la plena igualdad entre mujeres y hombres, la responsabilidad social⁷⁶.

Y para ello, no sólo ha establecido –de forma similar a lo que antes hemos visto– la posibilidad de incorporar condiciones específicas de ejecución de los contratos públicos, con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo⁷⁷, o –nuevamente de forma similar a lo que ya hemos visto– la posibilidad de establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices antes señaladas, siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación⁷⁸.

⁷³ Sobre esta Disposición Adicional, por todos, S. Rodríguez Escanciano, *Cláusulas sociales...*, cit., p. 36 y ss.

⁷⁴ STJCE de 3 April 2008, Case C-346/06, Dirk Ruffert, v. Land Niedersachsen, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0346:EN:HTML>. Sobre este tema véanse nuevamente las interesantes observaciones de C. GALA DURÁN, “Responsabilidad social empresarial..”, cit., p. 20 y ss del original impreso.

⁷⁵ BOE número 71 de 23/3/2007.

⁷⁶ Por todos, véase AAVV., *Comentarios a la Ley de igualdad: Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (director, J.I. García Ninet, coordinadora, A. Garrigues Giménez) Valencia, CISS, 2007; AAVV., *Comentarios a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Coord. T. Sala y otros), La Ley, 2008.

⁷⁷ Véanse los art. 33 y 34.1 LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁷⁸ Véase el art. 34.2 LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En la doctrina, por todos, C. Gala Durán, “Responsabilidad social empresarial..”, cit., p. 13 del original impreso.

Yendo un paso más allá, esta norma incorpora expresamente un Título específico, el VII, dedicado monográficamente a la “Igualdad en la responsabilidad social de las empresas”⁷⁹. Este Título está compuesto, a su vez, por tres artículos. El primero, el art. 73, establece que “las empresas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social, consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social”. La realización de estas acciones –continúa el precepto– “podrá ser concertada con la representación de los trabajadores y las trabajadoras, las organizaciones de consumidores y consumidoras y usuarios y usuarias, las asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres y los Organismos de Igualdad”. Un elenco éste ciertamente amplio de sujetos “negociadores” –sobre todo si lo comparamos con la Proposición de 2002–, y que sólo puede comprenderse, al menos a nuestro juicio, si atribuimos esta posibilidad a cada grupo de interés en relación con su concreta área de interés. En cualquier caso, este posible diálogo con otros grupos de interés no impediría que, como mínimo, se informe “a los representantes de los trabajadores de las acciones que no se concierten con los mismos”⁸⁰.

Finalmente, esta norma concluye con una aparentemente superflua referencia a que “las decisiones empresariales y acuerdos colectivos relativos a medidas laborales les será de aplicación la normativa laboral”; una referencia ésta que, al menos a mi juicio, sólo viene a abordar una cuestión por lo demás discutida: la posibilidad de incorporar medidas de Responsabilidad Social en acuerdos o convenios firmados con los representantes de los trabajadores. Y ello porque, al menos a mi juicio, considerar, como muchos sostienen, que lo contenido en un convenio o acuerdo de empresa nunca puede considerarse muestra de la responsabilidad social del empresario –al ser sólo, se dice, cumplimiento de lo pactado y, por tanto, faltar los rasgos de unilateralidad y adicionalidad⁸¹– olvida, al menos a mi juicio, las peculiaridades propias del

⁷⁹ Sobre éste, y por todos, R.M. Pérez Yáñez, “Responsabilidad Social de la Empresa e igualdad de género”, en AAVV., *Anuario de Conferencias CARL*, I Semestre, 2008, ISBN 978-84-691-0951-9; J.A. Baz Tejedor “Responsabilidad Social Empresarial Laboral: especial referencia a la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, disponible en <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/responsabilidad/admin/downloads/descargar.php?id=341>

⁸⁰ Obsérvese, sea cual sea el objeto o el grupo de interés afectado por la medida.

⁸¹ Sobre el tema véase R.M. Pérez Yáñez, “Responsabilidad Social...”, p. 530-531. Desde una perspectiva más matizada M. Sepúlveda Gómez “Negociación Colectiva y Responsabilidad Social de las Empresas”, en AAVV., *Anuario de Conferencias CARL*, I Semestre, 2008, p. 129 y ss.

ámbito laboral; un ámbito donde el diálogo con el *stakeholder* concreto –los sindicatos y los representantes de los trabajadores en sentido amplio– está legalmente regulado, y en donde, además, y al menos en el caso español, los posibles acuerdos alcanzados con los mismos están dotados de fuerza vinculante por expreso mandato constitucional –art. 37 de la Constitución Española–⁸².

Negar en este contexto la posibilidad de que ciertas medidas de Responsabilidad Social se incorporen a acuerdos y convenios de empresa, siempre que, claro está, se sitúen por encima de lo establecido legal y sectorialmente, no sólo olvida estas singularidades –de hecho, nadie discutiría que medidas medioambientales pactadas con grupos de interés fueran formas de responsabilidad social– sino que además, en primer lugar, puede llevarnos a auténticas paradojas –como, por ejemplo, que un empresario que no acuerda, sino que simplemente informa a los representantes de estas medidas impuestas unilateralmente pueda ser considerado como socialmente responsable, mientras que otro que no sólo informa sino que negocia y acuerda, dotándolas de mayor fuerza de obligar no lo sea– o, en segundo lugar, que se plantee igualmente el contrasentido de que un concepto nacido para incorporar las demandas de grupos de interés a los objetivos de la empresa, a través de un diálogo claro y profundo, fomentaría precisamente lo contrario: esto es, la reducción del papel del diálogo y, en este caso concreto, del acuerdo, con los grupos de interés en este proceso. Por ello, al menos a mi juicio, la concreta formalización en, por ejemplo, un acuerdo de empresa de un Plan de igualdad allí donde no es exigible legalmente, no debe ser un criterio determinante para rechazar la posible Responsabilidad Social del empleador. Lo importante, vuelvo repetir, al menos a juicio de quién esto suscribe, sería la calidad del diálogo, la mayor y más incisiva participación del concreto grupo de interés y, por supuesto, el hecho de que tal acuerdo suponga por parte del empresario un ir más allá de sus anteriores obligaciones legales y convencionales-sectoriales.

⁸² Véase S. Del Rey Guanter; “Responsabilidad social empresarial y orden social: algunas reflexiones sobre sus conexiones semánticas (o terminológicas) y sustanciales”, en AA.VV.: *La responsabilidad social empresarial...*, op. cit., p49: “en este sentido hay que partir de la base de la idoneidad de la negociación colectiva para acometer, como fuente de regulación, contenidos propios de la RSE...”.

⁸³ Sobre estos distintivos, si bien previo a la aprobación de la mencionada norma I. Ballester Pastor “El distintivo de calidad empresarial como manifestación de la responsabilidad social corporativa y su repercusión en las prácticas empresariales defensoras de la igualdad de oportunidades. Estudio de Derecho internacional y comunitario”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 67, p. 175 y ss.

Finalmente, y dejando a un lado el art. 75 relativo la participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles —una cuestión, por tanto, bastante lejana a la que ahora nos ocupa— baste señalar que el artículo 74 LO 3/2007 reconoce la posibilidad de que las empresas puedan hacer un uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad, disponiendo, no obstante, que “el Instituto de la Mujer, u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, estarán legitimados para ejercer la acción de cesación cuando consideren que pudiera haberse incurrido en supuestos de publicidad engañosa”.

En este sentido el reciente Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la Empresa”⁸³, del mismo modo que tampoco cabe olvidar la aparición de sucesivas Ordenes destinada a establecer las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las actividades de promoción de —entre otras cuestiones— la responsabilidad social de las empresas⁸⁴

3.1.5. El Consejo Estatal de RSE

El último paso en este proceso de progresiva integración de la RSE en nuestro país se centraría, al menos por el momento⁸⁵, en la creación del Consejo Estatal de RSE mediante el Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero.

De hecho, la creación de este Consejo había sido postulada por múltiples instancias. Así, el Pleno del Senado, con fecha de 29 de mayo de 2007, ya había aprobado una moción por la que se instaba al gobierno a crear un Consejo de RSE⁸⁶. Y esta misma idea, algo más desarrollada, aparecía igualmente tanto en el Informe de Expertos del Ministerio de Trabajo antes mencionado, como en la Declaración de los Interlocutores Sociales en el marco del Diálogo Social, de diciembre de 2007, sobre la que volveremos inmediatamente.

⁸⁴ Véase, por mencionar sólo el último ejemplo, la Orden TIN/3440/2009, de 16 de diciembre, BOE de 21 de diciembre de 2009.

⁸⁵ Dejando a un lado algunas recientes Proposiciones no de Ley como la Proposición no de Ley sobre la Responsabilidad Social de las Empresas (RSE) (162/000322) presentada por el Grupo Socialista — BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-151 de 20/02/2009— y la Proposición no de Ley relativa a adopción de medidas para promover la responsabilidad social de las empresas — BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-95 de 31/10/2008—. La aprobación del texto transaccional de la primera —incorporando en gran medida la segunda— en DS. Congreso de los Diputados Núm. 93 de 23/06/2009.

⁸⁶ Como foro de encuentro de todas las partes interesadas que mantenga un diálogo multilateral permanente sobre la Responsabilidad Social de las Empresas y propusiera al Gobierno acciones de fomento de la RSE.

Dejando a un lado las reglas de funcionamiento de un órgano que puede actuar en Pleno, Comisiones o Grupos de Trabajo nos limitaremos a señalar que éste Consejo se configura como un órgano colegiado interministerial, de carácter asesor y consultivo del Gobierno, de composición cuatripartita y paritaria⁸⁷, que se adscribe al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría General de Empleo —y, más en concreto, a la actual Dirección General de la Economía Social del Trabajo Autónomo y de la Responsabilidad Social de las Empresas⁸⁸— y que estará encargado del impulso y fomento de las políticas de Responsabilidad Social de las Empresas.

En concreto, su norma de creación le atribuye —art. 4— cinco amplios objetivos. El primero, constituir un foro de debate sobre RSE entre las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas, Administraciones públicas y otras organizaciones e instituciones de reconocida representatividad

⁸⁷ De acuerdo con la actual redacción del art. 5 del mencionado Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, modificado por el Real Decreto 1469/2008, de 5 de septiembre la composición del mencionado órgano será la siguiente: La presidencia corresponderá al Ministro de Trabajo e Inmigración. Además se integrará por catorce vocales en representación de las organizaciones empresariales más representativas; catorce vocales en representación de las organizaciones sindicales más representativas; catorce vocales en representación de otras organizaciones e instituciones de reconocida representatividad e interés en el ámbito de la Responsabilidad Social de las Empresas. A estos efectos se tendrán en cuenta los representantes de organizaciones no gubernamentales que reúnan, entre otros, los siguientes criterios: experiencia y actuación en distintos aspectos de la responsabilidad social, dimensión geográfica de sus actividades, volumen de recursos destinados a las mismas. También se tendrá en cuenta, entre otros, a los representantes de las asociaciones, Consejos u organizaciones de los campos de los consumidores, el medio ambiente, la discapacidad y la economía social. Asimismo, se considerarán los representantes de instituciones académicas reconocidas por su actividad docente, de investigación y de asesoramiento en este ámbito, y las fundaciones o asociaciones dedicadas específicamente a cuestiones de Responsabilidad Social de las Empresas. Finalmente también estarán presentes catorce vocales en representación de las Administraciones públicas, de los cuales, diez serán de la Administración General del Estado, uno por cada uno de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Economía y Hacienda, de Educación, Política Social y Deporte, de Trabajo e Inmigración, de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, de Industria, Turismo y Comercio, de Sanidad y Consumo, de Administraciones Públicas, de Igualdad y de la Oficina Económica del Presidente del Gobierno, con rango de Director General salvo en el caso del Ministerio de Trabajo e Inmigración que será el titular de la Secretaría General de Empleo; tres serán en representación de las comunidades autónomas, y de las ciudades de Ceuta y Melilla, designados por la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y uno será en representación de la asociación de entidades locales más representativa de ámbito estatal.

⁸⁸ Véase el Real Decreto 1469/2008, de 5 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas. Igualmente debe consultarse el Real Decreto 1129/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo e Inmigración y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

en este ámbito, que sirva como marco de referencia para el desarrollo de esta forma de gestión empresarial. En segundo lugar, realizar una actividad de fomento de las iniciativas sobre RSE, proponiendo al Gobierno posibles medidas en este sentido, y prestando una atención especial a la singularidad de las PYMES. En tercer lugar, y como es típico dada su naturaleza, informar, en su caso, sobre las iniciativas y regulaciones públicas que afecten a las actuaciones de empresas, organizaciones e instituciones públicas y privadas en este ámbito. En cuarto lugar analizar el desarrollo de la RSE en España, la Unión Europea y países terceros, e informar sobre actuaciones en esta materia. Y por último, y lo que es más llamativo, “promocionar estándares y/o características de las memorias y/o informes de Responsabilidad Social de las Empresas y de sostenibilidad, así como herramientas más adecuadas para su elaboración y seguimiento”. Y para ello se constituye –art. 5– como Observatorio de la Responsabilidad Social de las Empresas en España.

De esta forma el Consejo se configura como el órgano central de participación en materia de RSE, al que se unen otros foros –que parece necesario al menos mencionar– como la red de RSE de ámbito local RETOS, auspiciada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, y que cuenta con distintos representantes de Administraciones Públicas de ámbito local y regional con el objetivo del aprendizaje mutuo y acción conjunta en el impulso de los territorios socialmente responsables⁸⁹.

En cualquier caso, y volviendo al Consejo, tras su creación y constitución –no exenta de cierta polémica⁹⁰– quizás deba destacarse la reciente constitución en su seno de cinco Grupos de Trabajo centrados en el papel de la RSE ante la crisis económica, su contribución al nuevo modelo productivo, la competitividad y el desarrollo sostenible; la transparencia, comunicación y standards de los informes y memorias de sostenibilidad; el consumo y la Inversión Socialmente Responsable; la RSE y la Educación y la gestión de la Diversidad, Cohesión Social y Cooperación al Desarrollo⁹¹.

⁸⁹ Esta red fue presentada formalmente el 5 de noviembre de 2008 en Gijón.

⁹⁰ Por medio de la Orden TIN 4/2009, de 13 de enero fueron designados todos los nombres de los vocales y suplentes de los cuatro grupos del Consejo, salvo los pendientes de CCOO que en aquel momento se encontraba en actividad precongresual. Sobre estos temas es de interés el Informe de actuaciones que puede consultarse en http://www.mtas.es/es/empleo/economia-soc/RespoSocEmpresas/090128_INFOERME_RSE_Subsecretario_2.pdf

⁹¹ Para más información véase <http://www.mtas.es/es/empleo/economia-soc/RespoSocEmpresas/observatorio.htm>

3.2. La actuación de los poderes autonómicos

Por otra parte, y a lo largo de estos últimos años han sido muchas las Comunidades Autónomas que, en el marco de las competencias atribuidas por la Constitución Española y los distintos Estatutos de Autonomía, han apostado claramente por apoyar la Responsabilidad Social de sus Empresas.

Intentando dar sólo algunas pinceladas de un tema extraordinariamente amplio podríamos decir que en algunos casos este apoyo se ha producido a través de la incentivación del diálogo social a su más alto nivel o a través de medidas de apoyo a actuaciones concretas de estas empresas. Ejemplos de estas vías de fomento serían, por mencionar algún caso, el de Galicia, en donde, en el seno del Consejo Gallego de Relaciones Laborales, se ha firmado recientemente un Acuerdo sobre esta materia⁹² del mismo modo que también se han subvencionado actuaciones concretas en materia de RSE.

Otro ejemplo notable sería el de Aragón. Su ya lejana Orden de 17 de octubre de 2002, del Departamento e Industria, Comercio y Desarrollo, convocaba la concesión de ayudas a empresas industriales aragonesas e incorporaba el concepto de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), defendiendo que las “metodologías de RSC encierran una concepción de la actitud general de la actividad empresarial moderna y comprometida con su entorno”. Las ayudas apostaban por el apoyo a la puesta en marcha de políticas formales de acuerdo a iniciativas nacionales e internacionales; también la integración de la información económica, social y medioambiental en las memorias anuales de las empresas, siguiendo el modelo propuesto por Global Reporting Initiative; y la obtención de certificación en normas como SA8000 o AA1000. Posteriormente otras iniciativas han seguido a aquella destacando, por ejemplo el Premio Aragonés a la Responsabilidad Social Corporativa que en el año 2006 ya se encontraba en su tercera convocatoria⁹³ o las ayudas incorporadas a la Orden de 5 de diciembre de 2007, del Departamento de Industria, Comercio y Turismo, por la que se convocaban, para el ejercicio 2008⁹⁴, ayudas destinadas a la incorporación del concepto de la Responsabilidad Social Corporativa en la gestión empresarial⁹⁵.

⁹² “Acordo a Prol da Responsabilidade Social Empresarial en Galicia” El texto de este Acuerdo puede obtenerse en <http://www.xunta.es/periodico/dialogo/pacto8.pdf>

⁹³ Véase el Decreto 12/2004, de 27 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se instituyó el «Premio Aragonés a la Responsabilidad Social Corporativa».

⁹⁴ BOA de 14 de diciembre de 2007 n. 147.

⁹⁵ En ella se subvencionaban una o varias de las acciones siguientes: La realización de estudios previos de viabilidad de la incorporación o realización de cualquiera de los tres apartados siguientes: la puesta en marcha, de códigos de conducta de acuerdo a iniciativas nacionales e

En esta misma línea se situaría la Comunidad Autónoma de la Rioja que, de acuerdo con la información suministrada por su página web⁹⁶, ha desarrollado un Plan Estratégico para el impulso de la Responsabilidad Social de sus Empresas junto con otras medidas como la creación del Foro Riojano para la Responsabilidad Social⁹⁷, la puesta en marcha de líneas de crédito a interés cero para la ejecución de proyectos en colaboración con Caja Rioja o la edición de manuales sobre RSE.

Finalmente no quisiéramos dejar de señalar como algunas Comunidades Autónomas han optado por la creación de una Dirección General específica sobre esta materia, como ocurre en el caso de las Islas Baleares⁹⁸, mientras que otras como la Generalitat de Cataluña han optado por una actuación que une actuaciones destinadas a la difusión de la responsabilidad social entre la sociedad catalana, con otras relativas al impulso de políticas de RSE en empresas y organizaciones, la promoción de la transparencia de las prácticas empresariales entre todos los grupos de interés, la difusión de buenas prácticas de RSE mediante publicaciones, concursos, campañas de comunicación, jornadas... y, por último, la concienciación de los consumidores respecto a la incorporación de criterios sociales y ambientales en la selección de sus proveedores y el impulso del modelo cooperativo como paradigma de empresa socialmente responsable.

En cualquier caso, una de las actuaciones más llamativas ha sido la reciente Ley 11/2009, de 20 de noviembre, de ciudadanía corporativa de la Comunidad Autónoma de Valencia⁹⁹. Sin poder detenernos aquí, nuevamente, a analizar su singular marco competencial y su variado contenido, nos limitaremos a señalar, en primer lugar, que en la misma se define esta ciudadanía como “el cumplimiento estricto por parte de las empresas y personas profesionales autónomas

internacionales que promuevan la responsabilidad social corporativa. Se consideran válidos los códigos que se hallen de acuerdo con las directrices de la OCDE para empresas multinacionales, principios del Global Compact de Naciones Unidas, o compromisos equivalentes; la elaboración de la memoria anual de la sociedad de modo que en ella quede integrada la información económica, social y medioambiental siguiendo para ello la pauta de lo que ha dado en llamarse «memorias de sostenibilidad», Global Report Initiative o equivalente; la obtención de certificación en normas de reconocido prestigio nacional o internacional en materia de responsabilidad social (SA 8000, AA 1000, SGE 21 o equivalentes).

⁹⁶ <http://www.larioja.org/npRioja/default/defaultpage.jsp?idtab=431801>

⁹⁷ Decreto 26/2006, de 28 de abril, por el que se crea el Foro Riojano para la Responsabilidad Social (BOR nº 58 de 2 de mayo de 2006).

⁹⁸ Sobre la situación de la RSE en las Islas Baleares puede consultarse el estudio *La responsabilidad social empresarial en las Islas Baleares*. El resumen ejecutivo del mismo puede consultarse en <http://www.caib.es/govern/archivo.do?id=235505>

⁹⁹ BOE de 15 de diciembre de 2009, n. 301.

de las obligaciones legales vigentes y la integración voluntaria en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, medio ambientales y de respeto a los derechos humanos, que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés”; esto es, un concepto nuevamente deudor del que en su momento fue aportado por el Libro Verde y que adopta como principios rectores el fomento del compromiso voluntario y el absoluto respeto a la iniciativa privada.

En segundo lugar, la misma Ley destaca como “ámbitos de actuación” “aquellas acciones sociales que redunden en beneficio directo de la sociedad y de sus ciudadanos y ciudadanas, en especial, en el ámbito asistencial, de participación ciudadana, de cooperación al desarrollo, de integración social, cultural, deportivo y medioambiental”, siendo colectivos preferentes las “personas mayores, dependientes, con discapacidad, inmigrantes o en riesgo de exclusión social”.

En tercer lugar, se establece expresamente un deber de estas empresas de consultar “con los y las trabajadoras y la comunidad a la que se dirija la acción social que vaya a realizar, estableciendo a tal efecto los adecuados cauces de participación”, mientras que, en cambio, la misma Ley sólo prevé que este mismo tipo de empresas “podrá consultar” con “las y los proveedores, clientes y otros grupos de interés estas mismas acciones”.

Finalmente, y dejando a un lado las menciones al Plan Valenciano de Ciudadanía Corporativa y la creación del Consejo de Ciudadanía Corporativa de la Comunidad Valenciana –Títulos III y IV– nos interesa destacar cómo el Título II de la mencionada Ley establece –aunque con frecuentes remisiones al desarrollo reglamentario– los requisitos y el procedimiento para la denominada “certificación de la excelencia en la ciudadanía corporativa”; una certificación esta que, llamativamente, “no otorga por sí misma ninguna ventaja fiscal, subvención u otro beneficio económico o administrativo”. Entre los requisitos establecidos se encuentran los de cumplir la legislación nacional e internacional en el ámbito social, fiscal, laboral, medioambiental y de derechos humanos; realizar un proyecto de acción social continuada y estable, de al menos 2 años de duración; presentar una memoria “en los términos que reglamentariamente se establezcan”, y, en el caso de las “grandes empresas”, disponer de “documentos que establezcan el compromiso ético de la empresa” de manera clara, pública, concreta, actualizada y dotado de mecanismos de resolución de conflictos

Ya por último, tan sólo nos resta por señalar como en la Comunidad Autónoma de Andalucía, además de la labor desarrollada en el marco de las iniciativas EQUAL y del Grupo de Trabajo del Parlamento de Andalucía sobre RSE cabe destacar, de un lado, la expresa mención a estos temas en la normativa sobre igualdad autonómica –algo por lo demás común a este tipo de normas en

otras muchas comunidades¹⁰⁰—, y, del otro, la atención prestada a estos temas en los últimos acuerdos de concertación social.

Así, en el VI Acuerdo de Concertación Social se señalaba como “la promoción de la cultura de la responsabilidad social corporativa, en la actual sociedad, es un instrumento que junto a otros, permite avanzar en el logro de un mayor nivel de empleo en nuestra Comunidad Autónoma”. Y en consecuencia, las partes firmantes acordaron apoyar todas aquellas “actuaciones precisas para un mayor desarrollo del binomio empleo-responsabilidad social corporativa”. Y en el reciente VII Acuerdo de Concertación Social las partes firmantes acordaron continuar con el desarrollo de la Responsabilidad Social de la Empresa (RSE) como elemento estratégico de un “nuevo modelo de empresa”, que promoviese un cambio en el modelo productivo actual incorporando elementos sociales y medioambientales a las actividades y funciones tradicionales de las empresas andaluzas. El objeto de las nuevas medidas, acordadas en los órganos correspondientes, debería ser el impulso de la RSE de las empresas andaluzas como valor añadido de los productos y servicios y fomentar las prácticas de ética social y medioambiental, dentro del marco del desarrollo sostenible definido por las instituciones de la Unión Europea¹⁰¹.

¹⁰⁰ En el caso concreto de Andalucía véase el art. 34 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. Por mencionar sólo otra Comunidad Autónoma véanse los art. 13 a 15 de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia. Un amplio e interesante estudio de las mismas en C. Gala Durán, “Responsabilidad social empresarial...”, cit., p. 15 y ss. del original impreso.

¹⁰¹ En este sentido, el VII Acuerdo de Concertación Social resalta que se activarán y reforzarán los valores de la RSE entre los emprendedores y emprendedoras, potenciando la estabilidad, la calidad y la igualdad en el empleo y, finalmente, se potenciarán las acciones informativas y formativas para dar a conocer y extender el modelo en las empresas públicas y privadas. Y para ello se establecen los siguientes objetivos: * Activar y reforzar los valores de RSE entre las personas emprendedoras y las empresas, especialmente los relativos a la estabilidad, la calidad y la igualdad en el empleo así como la cultura preventiva y la fluidez en el marco de las relaciones laborales con los trabajadores y trabajadoras; * Avanzar, dentro de las administraciones públicas, en el modelo de RSE. Además, y en el marco de estos objetivos, el VII Acuerdo de Concertación Social prevé las siguientes medidas: * la creación, en el ámbito de la Junta de Andalucía, de un órgano en el que participen los agentes firmantes del acuerdo; * Implantación de códigos de buenas prácticas en RSE, y creación de los premios andaluces que reconozcan las buenas prácticas en materia de RSE; * Programa de impulso de la RSE en Andalucía, como valor añadido de los productos y servicios y de aquellas actuaciones de formación e información que faciliten una adecuada divulgación de la RSE en la sociedad andaluza; * Impulsar acciones de sensibilización sobre la responsabilidad social en materia de igualdad de género.

4. LA OPINIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES

Por otra parte, el papel y la función de la RSE en el sistema de relaciones laborales no ha dejado indiferente a los interlocutores sociales españoles¹⁰². Y de hecho, esta cuestión ha sido objeto de atención, tanto en el diálogo social, como en algunos de los últimos Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva.

4.1. La RSE en el Diálogo Social

En este sentido, y por lo que se refiere al primer ámbito, la Comisión de Seguimiento y Evaluación del Diálogo Social, en su reunión del 2 de marzo de 2005, ya había considerado que, dentro de la orientación que debería tener la economía española hacia un modelo de crecimiento estable y sostenido, la Responsabilidad Social de las Empresas debería ser considerada dentro del marco de la “Declaración para el Diálogo Social de 2004”.

Desde esta premisa, la Comisión de Seguimiento y Evaluación del Diálogo Social, formada por representantes del Gobierno, CEOE, CEPYME, CC.OO y UGT, aprobó finalmente en diciembre de 2007 un documento denominado “La Responsabilidad Social de las Empresas (RSE). Diálogo Social”¹⁰³. Este documento contempla dos grandes capítulos relativos, por una parte al concepto y al ámbito de la RSE, y, por otra, a las políticas públicas sobre este tema. Y así, tras considerar a la RSE “como una contribución y una oportunidad para el desarrollo sostenible, el crecimiento económico y la cohesión social”, la define como “un conjunto de compromisos de diverso orden económico, social y medioambiental adoptados por las empresas, las organizaciones e instituciones públicas y privadas y que constituyen un valor añadido al cumplimiento de sus obligaciones legales, contribuyendo a la vez, al progreso social y económico en el marco de un desarrollo sostenible”; una idea esta cuyos principios generales serían la voluntariedad, el valor añadido mensurable en relación con la atención prestada a los grupos de interés en función de la actividad desarrollada y su entorno; la integración y eficiencia; la adaptabilidad y flexibilidad; la credibilidad, transparencia, globalidad y sus dimensiones y naturaleza social y medioambiental.

¹⁰² Sobre todas estas cuestiones, pero en especial, la posición de las principales organizaciones sindicales y empresariales españolas véase J. Aragón Medina, F. Rocha Sánchez, “Los actores de la responsabilidad social...”, cit., p. 156 y ss.

¹⁰³ Disponible en http://www.mtas.es/es/empleo/economia-soc/RespoSocEmpresas/docs/07_12_05_RSE_DS.pdf

Asimismo, en relación a las políticas públicas se recogen diez propuestas que contemplan la mejora del conocimiento de la RSE y que parten de su vinculación a los factores de competitividad, a la creación de empleo, a la cohesión social y el medio ambiente y se centran en el análisis y la difusión de buenas prácticas; el consumo responsable; la promoción de las capacidades y competencias de los interlocutores sociales, fomentando, entre otras opciones, la creación de foros y redes de cooperación; la modernización y adaptación de las relaciones laborales; el fomento del desarrollo sostenible; el estímulo a las empresas para el informe de RSE y su fomento en el ámbito de las PYMES. Y todo ello tras promover, como ya hemos visto, la creación del Consejo Estatal de RSE.

4.2. La RSE en los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva

Tampoco los sucesivos Acuerdos Interconfederales, que desde 2002 orientan la negociación colectiva española, han sido inmunes al interés sobre la RSE.

El Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva para el año 2005¹⁰⁴ -prorrogado para el año 2006- abordaba esta cuestión en su Capítulo I, manifestando como “en los últimos años se ha venido produciendo un amplio debate en el ámbito internacional sobre la llamada responsabilidad social”. De ahí que las organizaciones firmantes decidieran su inclusión para “contribuir a despejar algunas confusiones que se vienen observando alrededor de este concepto y sobre el carácter voluntario de su ejercicio”. Y todo ello sin olvidar su voluntad de “formular algunas aportaciones, que tendrán su continuidad en el diálogo tripartito con el Gobierno”, sobre una materia en la que se reclamaba “un protagonismo más intenso de las empresas, los trabajadores y sus organizaciones representativas”.

Posteriormente, se dedicaba a esta cuestión todo el Capítulo VIII. En él tras definir la RSE como “aquellos comportamientos de las organizaciones que de forma voluntaria, y adicional al cumplimiento de la legalidad, reflejan un compromiso por asumir determinados valores que existen en el ámbito social, económico o medioambiental”, se señalaba la necesidad de profundizar en esta forma de gestión en el marco del Dialogo Social.

Y finalmente, el AINC del año 2007¹⁰⁵, recogía en su Capítulo VIII, un contenido similar, resaltando por un lado, necesidad de un mayor grado de

¹⁰⁴ (BOE n. 64 de 16 marzo 2005), Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2005/03/16/pdfs/A09354-09363.pdf>

¹⁰⁵ BOE de 24 febrero 2007 núm. 48, disponible en http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_533_0.pdf

implicación y consenso de las organizaciones firmantes con “el objetivo común de alcanzar unos mayores niveles de desarrollo económico, de calidad en el empleo, de bienestar social, de cohesión territorial y de sostenibilidad ambiental, en línea con el Libro Verde de la Comisión Europea” y del otro, se instaba a continuar su actividad en el marco del diálogo social que, como vimos, dio finalmente sus frutos en diciembre de 2007.

4.3. La RSE y la negociación colectiva

Ya por último tan sólo quisiéramos resaltar como también de forma progresiva la temática sobre la Responsabilidad Social va incorporándose poco a poco a la negociación colectiva española.

Sin podernos detenernos aquí nuevamente en un tema que desborda el escaso espacio que nos resta, nos limitaremos a señalar como el tratamiento y el contenido de estos convenios es muy dispar y se aborda desde múltiples puntos de vista¹⁰⁶.

Así, y sin ánimo alguno de exhaustividad, baste mencionar como en algunas ocasiones los convenios abordan esta cuestión como una de las posibles materias a las que se extendería la actividad de los observatorios sectoriales¹⁰⁷, mientras que, en otros casos, se vincula expresamente a la consecución de determinadas mejoras contenidas en el convenio, en cuestiones relativas a la calidad del empleo o a la conciliación de la vida laboral y familiar¹⁰⁸.

Un tercer grupo de convenios podría estar integrado por aquellos que, de forma más completa, aportan una auténtica definición del concepto de RSE¹⁰⁹,

¹⁰⁶ Más ampliamente A.M. Molina Martín “La responsabilidad social empresarial en la negociación colectiva”, en AAVV., *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, (coord. R. Escudero), Cinca, CCOO, 2008, p. 508 y ss.

¹⁰⁷ Art. 90 del Convenio colectivo de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo —BOE 10 diciembre 2008, núm. 297—; Art. 112 del Convenio Colectivo General de Trabajo de la Industria Textil y de la Confección —BOE 9 octubre 2008, núm. 244—.

¹⁰⁸ Preámbulo del Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros para los años 2003-2006 —BOE 15 marzo 2004, núm. 64—: “y en una manifestación, de nuevo, de responsabilidad social en el desarrollo empresarial y laboral, se establecen compromisos de creación de empleo y de estabilidad en el mismo, adecuando determinados contenidos de este convenio a fin de posibilitar el cumplimiento de los mismos”; Acuerdo de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias —BO. Canarias 30 junio 1997, núm. 84—.

¹⁰⁹ Como ocurre con el art. 80 —al que se dedica todo el Capítulo XIV— del I Convenio colectivo nacional de los Servicios de Prevención Ajenos —BOE 11 septiembre 2008, núm. 220—. De acuerdo con este precepto la responsabilidad social de las empresas sería “esencialmente, un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio. Esta responsabilidad se expresa frente a los trabajadores y, en general, frente a todos los interlocutores de la empresa, que pueden a su

a los que se unirían, en cuarto lugar, los que reconocen ciertos derechos de información a los representantes de los trabajadores sobre las memorias de sostenibilidad o sociales¹¹⁰, o de negociación, al exigir que los códigos de conducta se negocien previamente por los representantes de los propios trabajadores¹¹¹.

Una quinta perspectiva sería la que abordaría la RSE como instrumento de control de la calidad en el empleo de las empresas subcontratadas o, específicamente, de servicios¹¹², sin olvidar que, en ocasiones, se encuentran expresas referencias a estas medidas de Responsabilidad Social en planes de viabilidad¹¹³.

Y finalmente es necesario señalar la existencia de algunos acuerdos de empresa, concretos y específicos sobre esta materia, como el Acuerdo de Responsabilidad Social Corporativa en RSI¹¹⁴ o las recientes menciones al

vez influir en su éxito. Las empresas han de dar cuenta sobre la forma en que se asumen sus responsabilidades hacia el conjunto de los individuos y grupos involucrados y/o afectados por sus actividades y decisiones a través de la participación de los trabajadores o sus representantes legales, y además, sobre el cómo participan los trabajadores, sus representantes, los consumidores y los inversores; con especial hincapié en la aplicación de buenas prácticas laborales, no colaboración con sociedades o entidades que conculquen derechos humanos y el fomento de la aplicación extensiva de la prevención de riesgos laborales”.

¹¹¹ En este sentido, DA 2ª del Convenio Colectivo de la Industria del Calzado -- BOE 23 agosto 2007, núm. 202--. Para comprender las razones de este temor sindical ante los códigos de conducta véase, por todos, F.J. Calvo Gallego, *Códigos éticos y derechos de los trabajadores*, Bomarzo, 2009.

¹¹² Artículo 16. Subcontratación de Actividades del XV Convenio colectivo de la industria química -- BOE 29 agosto 2007, núm. 207-- “Las empresas del sector químico velarán especialmente por la responsabilidad social de las empresas de servicios, comprobando, entre otras cuestiones, no sólo que estén al corriente de sus cotizaciones sociales y que cumplen todos los derechos y obligaciones de la relación laboral (salarios, seguridad y salud, etc.), sino también la pertenencia a su plantilla de un número importante de trabajadores fijos”. En un sentido similar puede consultarse la DT 7 del III Convenio colectivo de prensa diaria BOE 18 diciembre 2008, núm. 304. Un contenido similar presentaba ya la DT 4 del II Convenio Colectivo Estatal del Sector de Prensa Diaria. De acuerdo con el primero de los preceptos antes mencionados “las organizaciones firmantes recomiendan a las empresas del sector de prensa que velen especialmente por la responsabilidad social de las empresas de servicios comprobando, entre otras cuestiones, no sólo que estén al corriente de sus cotizaciones sociales y que cumplen todos los derechos y obligaciones de la relación laboral (salarios, seguridad y salud, etc.), sino también la pertenencia a su plantilla de un número importante de trabajadores fijos. Ello no excluirá la utilización por dichas empresas proveedoras de servicios del contrato de condición resolutoria o de obra y servicio vinculados a la prestación laboral propiamente dicha”.

¹¹³ Véase, por ejemplo, el Acuerdo de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de las Medianas Superficies de Distribución de Alimentación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León que aprueba el descuelgue de las Tablas Salariales de la empresa Pascual Hermanos., S.L. —BO. Castilla y León 16 octubre 2009, núm. 199—

¹¹⁴ Disponible en <http://www.comfia.net/madrid/html/9249.html>

mismo del Acuerdo de 20 de mayo de 2008, de la Mesa general de negociación de la Administración General del Estado para la ordenación de la negociación colectiva en la misma¹¹⁵.

5. LAS PERSPECTIVAS DE FUTURO. EL PROYECTO DE LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

Ahora ya sí, para concluir, querríamos simplemente resaltar la presencia de dos menciones, a mi juicio ciertamente importantes, en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible recientemente aprobado en el Consejo de Ministros del pasado 19 de marzo de 2010

El primero, en nuestra opinión de menor importancia, se encuentra en el art. 33 y obliga a incorporar a los planes estratégicos tanto de las sociedades mercantiles estatales como de las entidades públicas empresariales adscritas a la Administración General del Estado de una serie de medidas de RSE.

¹¹⁵ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-60-1 de 09/04/2010.

¹¹⁶ En concreto se prevé que "En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, adaptarán sus planes estratégicos para: a) Presentar anualmente informes de gobierno corporativo, así como memorias de sostenibilidad de acuerdo con estándares comúnmente aceptados, con especial atención a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y a la plena integración de las personas con discapacidad; b) Revisar sus procesos de producción de bienes y servicios aplicando criterios de gestión medioambiental orientados al cumplimiento de las normas del sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental; c) Favorecer la adopción de principios y prácticas de responsabilidad social empresarial por sus proveedores, en particular relativas a la promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y de la plena integración de las personas con discapacidad; d) Incluir en sus procesos de contratación, cuando la naturaleza de los contratos lo permita, y siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y el pliego o en el contrato, condiciones de ejecución referentes al nivel de emisión de gases de efecto invernadero y de mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que pueden verse afectados por la ejecución del contrato. Asimismo en los criterios de adjudicación de los contratos, cuando su objeto lo permita, y estas condiciones estén directamente vinculadas al mismo, se valorará el ahorro y el uso eficiente del agua y de la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de la vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados y reutilizados o de materiales ecológicos; e) Optimizar el consumo energético de sus sedes e instalaciones celebrando contratos de servicios energéticos que permitan reducir el consumo de energía, retribuyendo a la empresa contratista con ahorros obtenidos en la factura energética. f) Identificar líneas de actuación asociadas a procesos de investigación, desarrollo e innovación relacionadas con las actividades del objeto social o estatutario de la entidad, orientadas a obtener tecnología no existente en el mercado susceptible de contribuir a mejorar sus procesos productivos; g) Proponer y, en su caso, establecer, en el marco de la negociación colectiva, mecanismos que faciliten la movilidad de los trabajadores en el ámbito del sector público empresarial del Estado, así como establecer un sistema de formación orientado a la cualificación y adaptación de los trabajadores a las nuevas tecnologías y a la cultura de la sostenibilidad".

El segundo, mucho más importante, engloba el Capítulo VI y en especial, el art. 37. Y ello porque de acuerdo con este Proyecto “con el objetivo de incentivar a las empresas, especialmente a las pequeñas y medianas empresas, a incorporar o desarrollar políticas de responsabilidad social, el Gobierno pondrá a su disposición un conjunto de características e indicadores para su autoevaluación en materia de responsabilidad social.... así como modelos o referencias de reporte, todo ello de acuerdo con los estándares internacionales en la materia”. Este conjunto de características, indicadores y modelos de referencia –continúa el mencionado texto– “deberá atender, especialmente a los objetivos de transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con lo local y el medioambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad , todo ello de acuerdo con las recomendaciones que, en este sentido, haga el Consejo Estatal de la Responsabilidad Social Empresarial”.

Y finalmente, concluye este apartado del Anteproyecto señalando que las empresas que cumplan un nivel mínimo en los anteriores indicadores podrán solicitar voluntariamente ser reconocidas como empresas socialmente responsables de acuerdo con las condiciones que determine el propio Consejo”.

CAUSA FINAL DEL DESPIDO OBJETIVO POR NECESIDADES DE LA EMPRESA

LA UTILIZACIÓN DE INDICADORES ECONÓMICO-FINANCIEROS PARA SU ADECUADA MEDICIÓN E INTERPRETACIÓN

JULIO DIÉGUEZ SOTO

Profesor Titular de Universidad de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad de Málaga

EXTRACTO

Palabras Clave: Despido Objetivo, Causas

Este trabajo corrobora que en la declaración de procedencia o improcedencia del despido objetivo por necesidades de la empresa, los indicadores apuntados por la jurisprudencia para concretar la situación económica negativa –dada la indeterminación en este asunto del Estatuto de los Trabajadores–, no son los apropiados desde el punto de vista de la economía financiera y la contabilidad. Igualmente, constata la inexistente utilización de variables cuantitativas que concreten las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Por tanto, dado lo anterior, difícilmente se puede acreditar adecuadamente la conexión funcional entre la medida extintiva y la finalidad que ésta debe perseguir según la ley.

El presente estudio propone unos indicadores que, apoyándose en una teoría económica racional, son de utilidad tanto en la identificación de la causa final del despido objetivo, como en la medición de si el despido contribuye o no a la superación de la situación económica negativa o de las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa.

ABSTRACT

Key Words: Objective dismissal, Causes

The present work deals with the dismissal for objective reasons either appropriate or inappropriate given under employer's circumstances. Also, we point out that indicators under the judicial regime are not appropriate from finance and accounting point of view, and even more because this is an open question in the Work Statute. Likely, we highlight the lack of quantitative variables that measure any problem affecting the company's usual operation. That is, given this situation, it is hard to define the connexion between the objective dismissals compared to what has been defined by the law.

The present study proposes some indicators from a rational economic theory and that are useful in both cases, to indentify why the objective dismissal occurs and to measure if the dismissal is caused by a negative economic situation or as a result of other internal problems running the company.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ELEMENTO CAUSAL DEL DESPIDO OBJETIVO POR NECESIDADES DE LA EMPRESA
3. LAS CAUSAS MOTIVADORAS: ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN
4. RAZÓN JUSTIFICATIVA DEL DESPIDO O CAUSA FINAL
 - 4.1. Situación económica negativa
 - 4.2. Dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa
 - 4.3. Superación de situaciones económicas negativas y de dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa
5. EVALUACIÓN DE LA VIABILIDAD TÉCNICA EMPRESARIAL
 - 5.1. Evaluación del equilibrio económico
 - 5.2. Evaluación del equilibrio financiero
 - 5.2.1. Desarrollo del modelo económico-financiero de solvencia empresarial
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La declaración de procedencia o improcedencia del despido objetivo por necesidades de la empresa se funda, de una parte, en comprobar si la medida extintiva permite la superación de la situación negativa ó las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, y de otra, en acreditar la conexión funcional entre la medida extintiva y la finalidad que ésta debe perseguir según la ley¹.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, el legislador ha querido diferenciar dos grupos de de esferas de afectación en los que pueden incidir la causa o factor desencadenante que produce o genera la decisión extintiva del contrato de trabajo: El primer grupo, es el desencadenante de la situación económica negativa –causas económicas en sentido estricto–, mientras el segundo grupo, es el que genera las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa –causas técnicas, de producción y organizativas–.² En definitiva, el legislador no explica el por qué de tal diferenciación, aun cuando ambos tipos de causas tienen en común su repercusión económica en la empresa.

La jurisprudencia utiliza, como concreción de la situación económica negativa, una diversidad de conceptos de naturaleza económica como sinónimos, cuando realmente no lo son, que además, en nuestra opinión, no son variables óptimas en la definición de la situación económica negativa, y, asimismo, no llega a concretizar a través de magnitudes económicas las llamadas dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa.

¹ STS 29 de septiembre de 2008 (RJ/2008/5536)

² STS de 14 de junio de 1996 (Ar. 5162)

Dada las deficiencias anteriores, creemos complicado poder tener un juicio objetivo acerca de la procedencia o no del despido objetivo por necesidades de la empresa, si éste no se funda en ciertas herramientas lógicas y razonables que midan la traducción económica no sólo de la situación analizada sino también de la medida extintiva de puestos de trabajo.

En el presente artículo nos proponemos, de una parte, reflexionar acerca de cuál puede ser el sentido de la distinción entre ambos tipos de causas motivadoras del despido objetivo por necesidades de la empresa, y de otra, en identificar unos indicadores que, apoyándose en una teoría económica racional, resistan los cambios de escenario y, por tanto, puedan informar del devenir de la empresa sin estar condicionados totalmente por las características de espacio, tiempo y sector de las empresas analizadas. Estos indicadores serían de utilidad tanto en la identificación de la causa final del despido objetivo por necesidades de la empresa, como en la medición de si el despido contribuye o no a la superación de la situación económica negativa o de las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa –conexión funcional entre medida extintiva y objetivo de la misma según la ley–.

Para ello, en primer lugar, discurrimos acerca de las causas remotas, motivadoras y finales del despido objetivo por necesidades de la empresa en los apartados segundo, tercero y cuarto. En segundo lugar, dedicamos el epígrafe quinto a precisar cuáles son las herramientas básicas que nos permiten tanto la evaluación como el seguimiento de la viabilidad técnica empresarial, en sus aspectos económico y financiero, en tanto, pretendemos demostrar a lo largo del trabajo el enlace entre la misma y la superación de la situación económica negativa y de las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Por último, las conclusiones del presente estudio aparecen explicadas brevemente en el sexto y último apartado.

2. EL ELEMENTO CAUSAL DEL DESPIDO OBJETIVO POR NECESIDADES DE LA EMPRESA

En la vida de la empresa pueden ocurrir fenómenos o acontecimientos externos –como la actual crisis de origen financiero– o internos –como los errores de gestión o las estrategias fallidas– de muy diversa naturaleza, que normalmente están en el origen primero del despido. Dichos acontecimientos, que podríamos denominar causas remotas del despido³, no aparecen explícita-

³ En Martín Rivera, L., “El despido objetivo por necesidades de la empresa”, 2008, Ed. Reus, págs 241–293, podemos encontrar un análisis en profundidad del elemento causal, tratándose con claridad la definición y diferenciación de causas remotas, causas motivadoras y causa final del despido objetivo por necesidades de la empresa.

mente en el enunciado del artículo 52.c ET, aun cuando pueda ser interesante su conocimiento para la necesaria acreditación de la causa justificativa del despido.

Las causas remotas afectan a la actividad empresarial, influyendo en los diversos aspectos de la explotación: técnico, organizativo, productivo y económico. Este hecho queda recogido en el ET cuando establece que el contrato podrá extinguirse cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley, esto es, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Estas causas, que habitualmente se confunden y entremezclan, son llamadas causas motivadoras del despido.

No obstante, la doctrina judicial no valora tanto la alegación de una u otra causa motivadora a la hora de justificar el despido, sino más bien la acreditación de existencia de necesidad objetiva de amortización de puestos de trabajo, y la racionalidad de la medida en orden a superar situaciones económicas negativas, en el caso de que la medida extintiva se fundamente en causas económicas, o para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos, en caso de origen en causas técnicas, organizativas o de producción. En otras palabras, los tribunales laborales no ponen tanto énfasis en que el empresario justifique si la causa motivadora del despido es la disminución drástica de las ventas o los clientes, la introducción de moderna tecnología o de nuevos procesos productivos, la sobre dimensión del personal o la externalización del servicio, sino en que demuestre que estos hechos provocan una situación económica negativa o un defectuoso funcionamiento empresarial, y además que la medida extintiva contribuye a superar dichas situaciones.

En definitiva, la declaración de procedencia o improcedencia del despido se funda, de una parte, en comprobar si la medida extintiva permite la superación de la situación negativa ó de las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, y de otra, en acreditar la conexión funcional entre la medida extintiva y la finalidad que ésta debe perseguir según la ley⁴.

3. LAS CAUSAS MOTIVADORAS: ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN

A pesar de lo anterior, el legislador ha querido diferenciar en el ET dos grupos de esferas de afectación en los que pueden incidir la causa o factor

⁴ STS 29 de septiembre de 2008 (RJ/2008/5536)

desencadenante que produce o genera la decisión extintiva del contrato de trabajo. El primer grupo, que incluye el ámbito de los resultados de explotación –causas económicas en sentido estricto–, es el desencadenante de la situación económica negativa, mientras el segundo grupo, en el que se encuentran el ámbito de los medios o instrumentos de producción –causas técnicas–, el ámbito de los sistemas o métodos de trabajo del personal –causas organizativas–, y el ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado –causas productivas–, es el que genera las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa⁵.

Desde nuestro punto de vista la clasificación que nos ofrece el legislador de las causas motivadoras no está exenta de contradicciones que requieren una explicación ulterior. En primer lugar, ¿No será la obtención de resultados de explotación negativos a la postre, la consecuencia de los problemas de origen técnico, organizativo o de producción? Entonces, ¿Por qué el legislador quiere darle un tratamiento independiente como una causa más? Por otra parte, si todas las causas tienen una traducción económica⁶, ¿Por qué no resumir las cuatro causas en una sola? ¿Por qué el legislador ha querido marcar una importante diferencia entre las causas económicas y el resto?

Concretamente, las causas económicas se han definido como “aquellas circunstancias que inciden desfavorablemente en el seno de la empresa, como manifestación no circunstancial, y que producen, atendiendo a los ingresos o gastos y teniendo en cuenta los aspectos financieros, productivos y comerciales, el desequilibrio de su balance⁷, poniendo en peligro la subsistencia del proyecto empresarial”⁸. En esta misma línea podemos incluir las afirmaciones de una parte de la doctrina que señalan que existe causa económica cuando las pérdidas amenazan el proyecto empresarial⁹, o que el concepto clave es la posible inviabilidad de la empresa y no la constatación de pérdidas económicas¹⁰.

⁵ STS de 14 de junio de 1996 (Ar. 5162)

⁶ Valdés Dal-ré, F., “Los despidos por causas económicas”. La Reforma del Mercado Laboral. (Coord. Valdés Dal-Ré Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 405; Casas Baamonde, M^o E., “Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y la normativa de la Unión Europea”, en AA.VV., Dir. J.P. Aramendi Sánchez, “Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 1996, págs. 38–40; y Briones González, M.C., “la extinción del contrato por causas objetivas, MTSS, Madrid, 1995, pág. 233. En este mismo sentido, la jurisprudencia ha entendido que todas las causas motivadoras tienen un marcado carácter económico, en TS 29 de mayo de 2001 (Ar. 5452).

⁷ El resalte en letra cursiva es nuestro.

⁸ Martínez Emperador, R., “El Despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción: criterios jurisprudenciales”, AL, núm. 11, 1997, pág. 215.

⁹ Briones González, M.C., “La extinción del contrato por causas objetivas, op.cit., pág 243. Valdés Dal-ré, F., “Los despidos por causas económicas”, op.cit., pág 405.

¹⁰ Briones González, M.C., “La extinción del contrato por causas objetivas, op.cit., pág 241.

Además la posición mayoritaria de la doctrina judicial es que la situación previamente descrita sea sostenida en el tiempo, sea reiterada, tenga cierta permanencia en el tiempo, excluyéndose los supuestos de situaciones esporádicas, coyunturales o meramente transitorias¹¹. Recordemos que el Art. 47 ET contempla la posibilidad de suspensión del contrato por causas económicas, entre otras, cuando se desprenda que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación coyuntural de la actividad de la empresa¹².

Por tanto, parte de la doctrina identifica causa económica con inviabilidad empresarial, entendida ésta como la falta de probabilidad de que el proyecto empresarial se lleve a cabo, o lo que es lo mismo alta probabilidad de cierre de la empresa. Sin embargo, el legislador no utiliza dicha concordancia en el artículo 52 c del ET¹³.

Los síntomas de la inviabilidad empresarial se manifiestan, temporalmente hablando, mucho antes del momento del cierre de la empresa. Resulta habitual destacar que la garantía de continuidad de la empresa está condicionada a la consecución de dos objetivos fundamentales, cuales son el equilibrio financiero¹⁴ y el equilibrio económico¹⁵. Ambos equilibrios deben ser cumplidos si la empresa quiere continuar en el tiempo, es decir, ser viable técnicamente. Pues bien, el proyecto empresarial que se declara inviable, previamente ha venido incumpliendo de forma reiterada uno o ambos equilibrios, por tanto, el quebrantamiento de los mismos actúa como verdadera alerta temprana de la inviabilidad empresarial.

El primero de ellos se mide por la capacidad de la empresa de generar fondos suficientes a través de su actividad ordinaria para atender puntualmente sus expectativas de pago. Cuando la empresa está en equilibrio financiero, se

¹¹ STSJ de Galicia de 15 de noviembre de 1995, STSJ de Murcia de 25 de mayo de 1995 (As. 2095), STSJ de Extremadura de 20 de enero de 1995 (As 18); TSJ de Baleares de 19 de abril de 1996 (As.1367).

¹² Véase Vida Soria, J. “Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965; y del mismo autor “Suspensión del contrato de trabajo”. Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores. (Coord. Borrajo Da Cruz), Vol. IX-1, Edersa, Madrid, 1983.

¹³ Si se hace referencia al término viabilidad en el artículo 51.1 ET que regula el despido colectivo, cuando se dice que las medidas extintivas basadas en causas técnicas, organizativas o de producción deben contribuir a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

¹⁴ La causa de dicho equilibrio hay que buscarlo exclusivamente en la capacidad de la empresa para generar recursos, véase García Martín, V., “Un programa de análisis contable. Criterios principales a considerar”, Seminario de Análisis de Estados Económico-Financieros, Málaga, Mayo de 1990.

¹⁵ Un estudio de la rentabilidad como objetivo sintético y global de la empresa puede verse en: Esteo Sánchez, F., “Análisis contable de la rentabilidad empresarial”, Ediciones Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1998.

dice que es solvente técnicamente, en contraposición con la solvencia efectiva, la cual se obtiene simplemente al pagar las deudas, independientemente de cómo se hayan obtenido los recursos, si por vía ordinaria, por enajenación de inmovilizado, por refinanciación de deudas, etc. Por tanto, la empresa puede incurrir en desequilibrio financiero o insolvencia técnica mucho antes de dejar de pagar –insolvencia efectiva– y de poner en peligro el proyecto empresarial –viabilidad, en términos generales–.

El segundo exige que al menos la retribución a los propietarios sea equivalente a la obtenida hipotéticamente en el mercado con idéntico desembolso y similar asunción de riesgos. Esto es, la empresa se encontrará en equilibrio económico cuando retribuye a sus accionistas con una rentabilidad similar a la obtenida por inversiones alternativas sujetas a grados similares de riesgo¹⁶. Por tanto, no sólo será necesario que la empresa obtenga una rentabilidad positiva, sino que además debe ser igual o superior a la obtenida por inversiones de similar riesgo. De ahí, que una empresa pueda estar en desequilibrio económico previamente a la obtención de rentabilidades negativas, en tanto la rentabilidad alcanzada no sea suficiente para retribuir el riesgo soportado con la inversión empresarial.

Ambos objetivos, desde nuestro punto de vista, son necesarios, pero no suficientes, individualmente considerados. Es decir, si ambos equilibrios se cumplen, estará asegurada la continuidad de la empresa, pero si uno de ellos no se alcanzase, se estaría poniendo en peligro la tan ansiada viabilidad empresarial. En otros términos, la empresa necesita cumplir ambos equilibrios, de tal forma, que si sólo alcanzara uno de ellos, no sería suficiente para garantizar su continuidad en el tiempo.

Las variables solvencia y rentabilidad están interrelacionadas, pero muchas veces se comportan de forma independiente, al menos en el corto plazo, y así lo demuestra la realidad. Esto es, puede que una empresa rentable llegue a ser insolvente, en tanto sea incapaz de generar suficientes recursos a través de su actividad ordinaria para atender puntualmente sus compromisos de pago. Es muy frecuente que el empresario no mida bien los tiempos para amortizar su deuda financiera y las necesidades financieras que se derivan de su actividad comercial.

Por otra parte, puede que una empresa sea solvente, pero no sea rentable, es decir, aunque la pericia del director financiero haya logrado pagar el endeudamiento a través de los recursos generados por su actividad ordinaria, no se está retribuyendo a los accionistas con una rentabilidad atractiva en compara-

¹⁶ Véase Fernández Gámez, M. A. y Diéguez Soto, J, “Hacia una medición real de la rentabilidad empresarial desde el plan general de contabilidad”, Técnica Contable, Vol 49, 1997.

ción con el riesgo soportado. Dicho hecho se corrobora al comparar las características de la inversión de los accionistas en la empresa con la combinación rentabilidad–riesgo de inversiones alternativas.

En definitiva, es habitual encontrar en el mercado empresas que aparentemente son viables, porque pagan sus deudas, y por tanto, en principio, parecen no estar en peligro de cierre, pero que, sin embargo, están en desequilibrio financiero y/o económico, esto es, son inviables técnicamente. Por otra parte, prácticamente toda empresa que se enfrenta a la situación traumática del cierre, es porque necesariamente, durante los años inmediatamente anteriores, ha estado en desequilibrio financiero y/o económico. Esto es, toda empresa inviable de forma definitiva, ha sido inviable técnicamente en los ejercicios precedentes.

Pues bien, en nuestra opinión, la situación económica negativa, a cuya superación se contribuye con la medida extintiva de puestos de trabajo, se da con aquellas situaciones empresariales que amenazan la continuidad de la empresa –aunque este trance no sea de carácter inminente–. La empresa puede ponerse en peligro bien porque no esté en equilibrio económico, bien porque no goce de equilibrio financiero, bien porque no alcance ninguno de los dos equilibrios, esto es, cuando no es viable técnicamente. La empresa no logra alcanzar el equilibrio de una forma estable, por lo que su situación está poniendo en peligro su persistencia en el tiempo. Es una situación grave que requiere obviamente una solución urgente, de ahí que el legislador requiera al despido la capacidad de contribuir a superar dicha situación económica negativa, colaborando en la vuelta del proyecto empresarial a la senda de la viabilidad técnica.

Por otra parte, el legislador estipula que la medida extintiva basada en causas técnicas, organizativas o de producción debe contribuir a superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, o a través de una mejor organización de los recursos. Con este segundo grupo de esferas de afectación, el legislador, en nuestra opinión, ha pretendido incorporar aquellas realidades empresariales, que aun cuando no estén en el presente poniendo en entredicho la subsistencia del proyecto empresarial –no existe desequilibrio financiero o económico–, pueden en un futuro hacer desembocar a la empresa hacia tal situación. Esto es, el mal funcionamiento de la empresa puede llevarla a no ser viable técnicamente. Por tanto, el estado de la empresa no es tan apremiante como el representado por las causas económicas, pero igualmente puede requerir la solución del despido en orden a superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento empresarial.

¹⁷ STS de 24 de abril de 1996 (RJ 1996/5297).

En definitiva, el estudio de los dos grupos de causas motivadoras nos hace comprender que no todas estas causas definen una situación empresarial semejante, mientras las llamadas económicas señalan una realidad empresarial presente en desequilibrio económico y/o financiero, las denominadas técnicas, organizativas o productivas apuntan unos problemas empresariales actuales que, si dejan de solucionarse, pueden acabar por llevar a la empresa al desequilibrio económico y/o financiero futuro.

4. RAZÓN JUSTIFICATIVA DEL DESPIDO O CAUSA FINAL

4.1. Situación económica negativa

Si el empresario debe poner de manifiesto la existencia de una situación económica negativa, en el caso del despido basado en causas económicas, una primera cuestión a resolver es cómo se concreta y refleja dicha expresión.

El Tribunal Supremo ha tratado de traducir dicha expresión a términos económicos más comprensibles. Ciertamente la STS de 14 de junio de 1996 (Ar. 5162) identifica situación económica negativa con comportamiento desfavorable en la rentabilidad de la empresa. Sin embargo, utiliza en sus sentencias, como concreción de la incidencia de los factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad, una diversidad de conceptos de naturaleza económica como sinónimos, cuando realmente no lo son. Se utilizan términos tales como pérdidas (pérdidas y ganancias negativas)¹⁷, resultados negativos de explotación¹⁸ o desequilibrio financiero¹⁹ e incluso parte de la doctrina aboga por contemplar igualmente la reducción de los beneficios empresariales²⁰, aun cuando la generalidad de la doctrina científica y jurisprudencial aboga por identificar situación económica negativa con obtención de pérdidas de explotación empresarial. Por tanto, estos conceptos citados anteriormente son apreciados, a veces, como semejantes, cuando si profundizamos en su definición individual advertimos de las diferencias entre los mismos.

¹⁸ STS de 14 de junio de 1996 (Ar. 5162).

¹⁹ STS de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4650).

²⁰ Desdentado Bonete, A. Durán Heras, A., "Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico, en AA.VV., Dir. J.P. Aramendia Sánchez, Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 55-115. Del Rey Guanter, S., "Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (Art. 51 y 52.c ET)", RL, núms. 17 y 18, 1994, pág. 196, y Montoya Melgar, A. "El nuevo art. 52 c) ET", Aranzadi Social, 1996, pág. 2608.

Si analizamos la información económico-financiera de empresas para ejercicios anteriores al 2008 –aún estaba en vigor el Plan General de Contabilidad de 1990²¹, en adelante PGC90–, podemos comprobar como efectivamente los resultados de explotación únicamente incluían en su determinación, por contraposición, los ingresos y gastos de explotación, esto es, aquellos directamente vinculados con el objeto social de la empresa, mientras que el resultado del ejercicio, incorporaba no sólo los gastos e ingresos anteriores, sino también, los de naturaleza financiera y extraordinaria, además de la deducción del impuesto sobre sociedades. Por tanto, una empresa podía tener beneficios en el ámbito de la explotación y resultado del ejercicio negativo (pérdidas), y viceversa. De ahí que no podamos tomar ambos conceptos como sinónimos puesto que definen situaciones empresariales no coincidentes.

Para los ejercicios posteriores al 2008, y éste inclusive, el nuevo Plan General de Contabilidad de 2007²² –en adelante PGC07– ha modificado la estructura de la cuenta de pérdidas y ganancias. Ha introducido la separación entre resultado procedente de operaciones continuadas y resultado procedente de actividades interrumpidas, definiendo estas últimas como aquellas líneas de negocio o áreas geográficas significativas que la empresa bien ha enajenado o bien tiene previsto enajenar dentro de los doce meses siguientes. Además, ha suprimido el margen extraordinario, siguiendo lo establecido en las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), donde se prohíbe expresamente calificar gastos e ingresos como partidas de naturaleza extraordinaria. Estos han quedado subsumidos en el apartado de los gastos e ingresos de explotación. Por tanto, para las cuentas de pérdidas y ganancias elaboradas conforme al PGC07 tampoco son conceptos similares el resultado del ejercicio y el resultado de explotación, ya que este último contiene, además de aquél, el resultado financiero, el impuesto de sociedades y el resultado procedente de las operaciones interrumpidas. En definitiva el análisis de estos dos diferentes conceptos puede dar lugar a conclusiones totalmente contradictorias, de ahí que su utilización sustitutiva generalmente de lugar a errores de consideración.

²¹ Aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre.

²² Aprobado por Real Decreto 1514/2007 de 16 de noviembre.

CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS

<i>PLAN GENERAL DE CONTABILIDAD 1990</i>	<i>PLAN GENERAL DE CONTABILIDAD 2007</i>
1. Ingresos de explotación	A) Operaciones continuadas
2. (Gastos de explotación)	
<i>I. Resultado de explotación (1-2)</i>	1. Ingresos de explotación
	2. (Gastos de explotación)
3. Ingresos financieros y otros	<i>A.1) Resultado de explotación (1-2)</i>
4. (Gastos financieros y otros)	
<i>II. Resultados financieros (3-4)</i>	3. Ingresos financieros y otros
	4. (Gastos financieros y otros)
<i>III. Resultados de las actividades ordinarias (I + II)</i>	<i>A.2) Resultado financiero (3-4)</i>
5. Ingresos extraordinarios	<i>A.3) Resultado antes de impuestos</i>
6. (Gastos extraordinarios)	<i>(A1 + A.2)</i>
<i>IV. Resultados extraordinarios (5-6)</i>	5. (Impuesto sobre sociedades)
<i>V. Resultados antes de impuestos (III + IV)</i>	<i>A.4) Resultado del ejercicio procedente de operaciones continuadas (A.3 + 5)</i>
7. (Impuesto sobre sociedades)	<i>B) Operaciones interrumpidas</i>
VI. Resultado del ejercicio (V + 7)	A.5) Resultado del ejercicio (A.4 + B)

Cuadro 1. Determinación de la cuenta de pérdidas y ganancias en el PGC1990 y en el PGC2007

Además, en nuestra opinión, no podemos identificar sin más, desequilibrio financiero con obtención de resultado del ejercicio negativo o resultado de explotación negativo, tal y como tendremos ocasión de justificar en epígrafes posteriores.

En definitiva, el Tribunal Supremo utiliza como sinónimos términos económicos que en el mundo económico-financiero no son considerados como tales.

Por otra parte, ¿Estas variables reflejan realmente toda situación económica negativa que amenaza la continuidad de la empresa? En otras palabras, ¿Estos conceptos económicos señalan que la empresa se encuentra en desequilibrio financiero o económico, y que por tanto está en peligro la viabilidad técnica empresarial²³?

²³ En páginas posteriores se profundizará en los conceptos de equilibrio económico, financiero o viabilidad técnica empresarial.

En nuestra opinión, en primer lugar, aquella apoyada en la obtención de resultado del ejercicio negativo (pérdidas), no es óptima, en tanto su comportamiento no tiene por qué estar conectado con la situación antes descrita, ya que una empresa puede obtener resultados negativos durante varios ejercicios consecutivos y no estar en desequilibrio financiero, en tanto la justificación de tal situación resida en operaciones de naturaleza extraordinaria por ejemplo. Puede que haya empresas que obtengan pobres beneficios continuadamente²⁴ –por lo que no son suficientes para remunerar adecuadamente a sus inversores–, lo que está poniendo en peligro la continuidad futura de la compañía –desequilibrio económico–, pero que sin embargo quedan fuera de aquellas legitimadas a realizar el despido. Por último, es posible que haya empresas que estén próximas al colapso financiero, puesto que no cumplen el equilibrio financiero de forma continuada en el tiempo, pero que sin embargo al obtener beneficios no cumplen las condiciones impuestas por estas magnitudes basadas en el comportamiento negativo del resultado²⁵. Estas firmas tampoco estarían legitimadas a la realización del despido, aun cuando su situación es apremiante.

En segundo lugar, aquella sustentada en el desequilibrio financiero, se expresa de manera tan genérica que no se aprecia con claridad cómo se precisa. No se especifica en la jurisprudencia qué indicador muestra dicho desequilibrio, ni cómo se mide o cómo se interpreta. Es una aseveración excesivamente general que no ayuda a determinar si existe o no causa económica de despido.

Por último, aquella otra basada en la obtención de los resultados de explotación negativos, si que puede ser en si misma determinante de causa económica de despido, en tanto influye en magnitudes relevantes determinantes de la viabilidad empresarial, en su perspectiva económica y financiera, pero no queda suficientemente aclarado el por qué de su influencia significativa²⁶.

En conclusión, será de vital importancia definir qué variables son útiles para evaluar si la empresa se encuentra o no en equilibrio económico y financiero –garantes de su continuidad–, y por ende, identificar la existencia de situación económica negativa en tanto esté en entredicho la subsistencia empresarial futura.

²⁴ Puede haber sesgos en las medidas contables del resultado. Véase Brealey, R. y Myers, S.C, “Principios de Finanzas Corporativas”, Séptima Edición, McGraw–Hill, pp. 223, Madrid, 2003.

²⁵ La relación entre solvencia a corto y flujos de efectivo –no resultado–, viene desarrollada en Rojo Ramírez, A., “Estado de flujos de efectivo y análisis de la empresa”, Partida Doble, núm. 204, págs. 48 a 64, noviembre de 2008.

²⁶ A lo largo del artículo iremos abundando en las limitaciones de las magnitudes utilizadas en las sentencias analizadas.

4.2. Dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa

La empresa que acude a la extinción de puestos de trabajo por causas técnicas, organizativas y/o productivas debe sufrir dificultades en su actividad. Pero, ¿Qué son dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa?

En primer lugar, las causas técnicas hacen referencia a cualquier modificación del proceso productivo que consista en la renovación del capital²⁷. Entre ellas se incluyen las innovaciones tecnológicas, la introducción de medios informáticos, la automatización o la robotización.

Por su parte, las causas organizativas se refieren a la coordinación racional de los elementos y de los recursos de los que dispone la empresa, sin inversión en bienes productivos o de capital²⁸. La doctrina jurisdiccional ha incluido como causas organizativas, entre otras, la sobre dimensión del equipo directivo²⁹, la implantación de un nuevo sistema integrado de gestión que reduce el tiempo de recepción y atención a los pedidos³⁰, la supresión de un área de negocio³¹ o incluso la descentralización productiva³².

Por último, las causas productivas son aquellas relacionadas con la capacidad de producción de la empresa, relacionadas bien con el proceso de transformación de las materias primas, bien con el resultado del trabajo, o bien con la configuración del bien o servicio producido por la empresa³³. La doctrina jurisdiccional ha incluido entre ellas situaciones tales como modificaciones en la producción, lanzamiento de nuevos productos³⁴, reducción de la contrata o subcontrata de servicios³⁵, la pérdida de clientela³⁶, la reducción de clases o unidades docentes en los centros de enseñanza³⁷ o la pérdida de cuota de

²⁷ Goerlich Peset, J.M., *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1994, pág. 72.

²⁸ Goerlich Peset, J.M., *La extinción del contrato de trabajo*, op. cit., pág. 72 y ss.

²⁹ TSJ de Madrid 4 de abril del 2005 (As. 245), y TSJ de Castilla-La Mancha de 4 de julio 2006 (As. 2500).

³⁰ TSJ de Cataluña 20 de octubre del 2005 (As. 3770).

³¹ TSJ de Cataluña de 7 de marzo del 2003 (As. 129501).

³² TSJ de Andalucía (Sevilla) de 2 de octubre de 1995 (As. 3838).

³³ Desdentado Bonete, A., "El Despido Objetivo económico en la reforma laboral", *Jornadas sobre el nuevo régimen del despido*, Escuela de Relaciones Laborales de Albacete, abril de 1995.

³⁴ TSJ de Málaga 22-6-2001 (As. 2977).

³⁵ TSJ de Andalucía (Sevilla) de 31 de marzo de 1997 (As. 2769).

³⁶ TSJ de Cataluña de 2 de septiembre de 1998 (As. 3924), y STSJ de Castilla y León de 9 de abril de 2002 (As. 1588).

³⁷ TSJ del País Vasco 6-6-2000 (As. 3087) y TSJ de Cantabria 10-1-2001 (As. 104).

mercado en un supuesto de descenso de ventas en el sector textil, debido a la apertura del mercado asiático³⁸.

La jurisprudencia³⁹ indica que dichos problemas deben ser “perceptibles y objetivables en el momento del despido, y no meramente hipotéticos”. Dichas dificultades deben ser actuales y acreditadas, y no estaría justificado el despido si “resulta de otros proyectos, iniciativas o anticipaciones del empresario, que podrían justificar el recurso a otras medidas de reorganización o mejora de gestión”.

Sin embargo, ¿Cómo objetivar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa? ¿Cómo acreditar su existencia?

La jurisprudencia y la doctrina han dado pistas acerca de cómo responder a estas cuestiones.

Las causas productivas pueden aducirse al objeto de evitar o prevenir una situación de pérdidas económicas o un importante descenso de beneficios⁴⁰. Por otra parte, la doctrina ha establecido que las causas técnicas sólo se justifican cuando mejoran la competitividad empresarial⁴¹ e igualmente la jurisprudencia completa que el despido objetivo por necesidades de la empresa no debe considerarse como un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial⁴². Incluso, la jurisprudencia, en la evaluación de una contrata, establece que no debe responder a una mera conveniencia empresarial, sino que debe ser un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad⁴³.

La doctrina establece que las circunstancias productivas, técnicas y organizativas a diferencia de las económicas no se proyectan en el plano de la rentabilidad, sino en el de la competitividad⁴⁴. En este sentido, el despido objetivo por causas técnicas, organizativas o productivas no puede calificarse como procedente cuando se utiliza sólo y exclusivamente como un medio para reducir costes o para obtener un mayor beneficio económico, al margen de cualquier problema de competitividad⁴⁵.

³⁸ TSJ de Valencia 6 de septiembre de 2006 (As. 4106).

³⁹ STS 17 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9696).

⁴⁰ Goerlich Peset, J.M., *La extinción del contrato de trabajo*, op. cit., pág. 72 y ss.; SALA FRANCO, T., *Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción para despedir*, Aedipe, 1996, pág. 45.

⁴¹ Martínez Emperador, R., “Los despidos por causas económicas, técnicas organizativas y de producción”, op. cit., pág. 217.

⁴² TS de 21 de marzo de 1997 (As. 2615).

⁴³ STS de 31 de marzo de 1997 (Ar. 2615), de 30 de septiembre de 1998 (Ar. 7586), y de 10 de mayo de 2006 (Ar.7694).

⁴⁴ Martínez Emperador, R., “Los despidos por causas económicas, técnicas organizativas y de producción”, op. cit., pág. 217.

⁴⁵ TSJ de Cataluña 16 de marzo 2001 (As. 1464), TSJ de Andalucía, Sevilla 6 de junio de 2003 (As. 138872) y TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de julio de 2006 (As. 2271).

De la lectura sosegada de los anteriores párrafos podríamos concluir que la mejora de la competitividad se erige en objetivo común de las causas técnicas, organizativas y productivas. Según la Real Academia de la Lengua Española competitividad es la capacidad de competir, por lo que el despido sustentado en dichas causas sólo será procedente si pretende mejorar la posición de la empresa en un entorno competitivo, a través de un producto más original, mediante el ofrecimiento de una mejor relación calidad/precio, o mejorando la atención al cliente, entre otras posibles medidas. O dicho de otra forma, la no adopción de la causa extintiva de despido objetivo por causas técnicas, organizativas o productivas haría a la empresa menos competitiva en el mercado, lo que tarde o temprano podría redundar en la propia viabilidad de la misma.

En nuestra opinión, existe una forma de objetivar y acreditar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Las deficiencias en competitividad de la empresa se pueden identificar y cuantificar a través de su traducción o consecuencia económica. Esto es, la pérdida de clientes, la supresión de un área de negocio o la automatización de la maquinaria, por ejemplo, justifican, en principio, la adopción del despido en tanto se mejora la competitividad empresarial, y su no práctica tendría el efecto justamente contrario. Si realmente es cierta la afirmación anterior, no debiera ser imposible evidenciar a través de estimaciones racionales de cifras contables cuál hubiera sido la situación si no se hubiera adoptado la medida en cuestión, en orden a acreditar la procedencia o no de la misma.

En definitiva, si es complicado precisar cuándo existe situación económica negativa, más complejo se nos antoja la determinación e identificación de las dificultades reales para el buen funcionamiento empresarial. Sin embargo, ambas razones justificativas del despido tienen su transcripción en las magnitudes económico-financieras de la empresa. La cuestión a dirimir es cuáles son las mejores herramientas que nos permiten detallarlas y especificarlas con más nitidez.

4.3. Superación de situaciones económicas negativas y de dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa

Como ya se ha puesto de manifiesto, el art. 52 ET exige la necesidad de acreditar objetivamente la necesidad de amortizar puestos de trabajo por las causas establecidas en el 51.1 ET, esto es, se debe probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa⁴⁶.

⁴⁶ STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996, 5162) y TSJ de Canarias de 14 de abril de 2005 (As. 1155).

Además, y aun cuando la ley no exige que tenga que demostrarse de forma plena e indubitada que la extinción de los contratos lleve consigo necesariamente la superación de la situación desfavorable⁴⁷, si que debe existir una conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre las extinciones decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada⁴⁸. La amortización de puestos de trabajo puede consistir en la reducción con carácter permanente del número del total de trabajadores que componen la empresa, o bien, en una simple reducción de plantilla. En el primer caso, la empresa debe considerarse inviable o carente de futuro, de tal forma, que la extinción de los contratos evita la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos⁴⁹. En el segundo caso, por su parte, la reducción de plantilla deberá ser adecuada y proporcional para conseguir la superación de la situación desfavorable⁵⁰.

Siguiendo en la misma línea, la jurisprudencia establece que la justificación del despido objetivo económico tiene que evaluarse mediante el estudio de tres elementos: “el supuesto de hecho que determina el despido (la situación económica negativa), la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada (atender la necesidad de amortizar un puesto de trabajo con el fin de contribuir a superar una situación económica negativa) y la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna”. Esto mismo se podría trasladar al despido por causa técnica, organizativa o productiva.

Sin embargo, ¿Cómo determinar el número de trabajadores a despedir para que la reducción de la plantilla sea adecuada y proporcional para lograr superar la situación desfavorable? ¿Cómo demostrar la existencia de conexión entre amortización de puestos de trabajo y superación de la situación desfavorable?

Nuevamente necesitamos unas variables explicativas con trascendencia económica que nos resuelvan las cuestiones anteriores. A nuestro entender, la principal limitación en este área de estudio es la ausencia de una teoría general. Las variables manejadas por la jurisprudencia en la identificación de situación económica negativa no se seleccionan a partir de una base económica racional, no son fruto de una metodología que se sustente en un cuerpo teórico. Por otra parte, para la identificación de dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa ni siquiera se proponen variables cuantitativas que objetiven el proceso.

⁴⁷ STS de 24 de abril de 1996 (RJ 1996, 5297) y TSJ de Navarra de 26 de septiembre de 1995 (As. 3172).

⁴⁸ STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996, 5162); TSJ de Castilla-La Mancha de 23 de febrero de 2006 (As. 832); TSJ del País Vasco de 28 de febrero y de 4 de abril de 2006 (As. 1666).

⁴⁹ STS 8 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2117) y STS 25 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8745).

⁵⁰ STS 14 de junio de 1996 (RJ 1996, 5162).

En este sentido, consideremos de vital importancia precisar, concretar u objetivar la causa final del despido objetivo por necesidades de la empresa. La relevancia de lo anterior radica en la necesidad:

1º. De identificar si realmente hay situación económica negativa o hay dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa.

2º. De medir si el despido contribuye o no a superar dichas situaciones.

En definitiva, entendemos que podría ser interesante la identificación de unos indicadores que, apoyándose en una teoría económica racional⁵¹, resistan los cambios de escenario y, por tanto, puedan informar del devenir de la empresa sin estar condicionados totalmente por las características de espacio, tiempo y sector de las empresas analizadas⁵². Estos indicadores serían de utilidad tanto en la identificación de la causa final del despido objetivo, como en la medición de si el despido contribuye o no a la superación de la situación económica negativa o de las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa –conexión funcional entre medida extintiva y objetivo de la misma según la ley–.

5. EVALUACIÓN DE LA VIABILIDAD TÉCNICA EMPRESARIAL

En los epígrafes anteriores hemos puesto de manifiesto el ligazón entre superación de situaciones económicas negativas y de las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, y viabilidad técnica empresarial. En nuestra opinión, la situación económica negativa se asimila a estado de inviabilidad técnica, ya sea por motivos económicos, financieros o de ambos tipos. Mientras que las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa se equipara a situaciones que pueden hacer desembocar a la misma a la inviabilidad técnica en un futuro.

⁵¹ En relación a la apuesta por unos indicadores coherentes con una teoría general véase Cisneros Ruiz, A.J., Diéguez Soto, J. y Trujillo Aranda, F., “Modelos de predicción de la insolvencia empresarial: la incorporación de ratios a partir de un marco teórico”, Comunicación presentada a las VI Jornadas sobre Predicción de la Insolvencia Empresarial, Riesgos, Regulación bancaria y Derecho Concursal, Carmona (Sevilla), 9 y 10 de noviembre de 2006.

⁵² Un estudio de las deficiencias de los modelos utilizados en la predicción de la insolvencia empresarial puede verse en: Mora Enguídanos, A. (1994b): “Limitaciones metodológicas de los trabajos empíricos sobre la predicción del fracaso empresarial”. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*. Enero–Marzo; Mora Enguídanos, A. (1995): “Utilidad de los Modelos de Predicción de la Crisis Empresarial”. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*. Enero–marzo; Rodríguez Vilarino, M.L.(1994): “Utilidad del análisis de ratios para la predicción de la insolvencia empresarial”. *Actualidad Financiera*. 34–35 y 36:C699–C773; Laffarga, J. Y Mora, A. (1998): “Los modelos de predicción de la insolvencia empresarial: un análisis crítico”. *El riesgo financiero de la empresa*. AECA. Madrid. Pp. 11–58.

Igualmente, hemos apuntado la necesidad de identificar indicadores que nos permitan evaluar dichas situaciones, así como la contribución del despido a la superación de las mismas. De ahí que dediquemos los apartados posteriores a precisar cuáles son las herramientas básicas que nos permiten tanto la evaluación como el seguimiento de la viabilidad técnica empresarial, en sus aspectos económico y financiero.

5.1. Evaluación del equilibrio económico⁵³

Para detectar si la empresa alcanza el equilibrio económico se procede al análisis de la rentabilidad de aquélla. Las dos magnitudes principales que la definen, serían desde un punto de vista genérico, el beneficio y la inversión⁵⁴.

En este sentido, cabría pensar que el tomar conceptos distintos de resultados o de inversiones, presupone referirse a conceptos también diferentes de tasas de rentabilidad, que por supuesto no significarán lo mismo. De entre ellas las más destacables son las siguientes:

La rentabilidad económica o de la inversión⁵⁵, que trata de apreciar la capacidad efectiva de una entidad para remunerar a todos los capitales puestos a su disposición, tanto propios como ajenos, esto es, medirá la rentabilidad de los activos con independencia de quien financie a los mismos⁵⁶. Esa independencia debe quedar patente tanto en el beneficio como en las inversiones que debamos considerar para su cálculo, por lo que compara, por cociente, el beneficio después de impuestos antes de intereses, con la inversión total realizada por la empresa o total activo.

Así pues,

$$RE = \frac{BN'_n}{A_n} \quad (1)$$

⁵³ Véase al respecto Fernández Gámez, M.A.: “Estudio de la rentabilidad financiera de la empresa: Una hipótesis para el análisis económico de la empresa”, *Análisis Financiero*, N° 50, pp 19–32, Madrid, 1990; Fernández Gámez, M.A.: “Estructura para el análisis de la rentabilidad”, I Seminario de Análisis de Estados Económico–Financieros, Torremolinos (Málaga), 1990.

⁵⁴ Para un análisis detallado de esta magnitud compuesta, véase al respecto:

Fernández Gámez, M.A. (1990) y García Martín, V. y Fernández Gámez, M.A. (1992)

⁵⁵ Un análisis de dicho cociente puede verse en Penman, S.H., “An Evaluation of accounting rate of return”, *Journal of Accounting, Auditing and Finance*, Spring 1991, 233–255.

⁵⁶ La rentabilidad económica es pieza fundamental en el engranaje de la empresa, véase: Cuervo García, A., y Rivero Torre, P., “El análisis económico–financiero de la empresa”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. XV, núm. 49, enero–abril de 1986, 15–33; Bernstein, L.A., “Análisis de estados financieros”, Ediciones Servicio Universidad, S.A., tomo II, 1993, Barcelona.

Donde,

RE_n : Rentabilidad económica o de la inversión, referida al período n.

A_n : Saldo medio del activo total del período n.

BN_n : Beneficio neto del ejercicio antes de intereses, en el mismo período.

En definitiva, el beneficio que actúa como numerador en la rentabilidad económica, BN_n , deberá obviar la estructura de financiación adoptada, por lo que para su cálculo se sumará al beneficio neto, BN_n , los gastos financieros que ha generado la financiación ajena. Por ello, una adecuada medición de esta tasa de rentabilidad requiere ajustar el impuesto sobre beneficios para eludir la incidencia del ahorro impositivo por intereses. En conclusión pues, la rentabilidad económica debe tratarse de un coeficiente que únicamente se ocupe de la estructura productiva utilizada por la empresa, con independencia de su financiación.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la expresión anterior puede formularse para su cálculo, alternativamente como sigue:

$$RE_n = \frac{BN_n}{A_n} = \frac{BN_n + G_f \cdot (1 - t)}{A_n} \quad (2)$$

Donde,

$G_f \cdot (1 - t)$: Gastos financieros netos

La rentabilidad financiera⁵⁷, por su parte, se define como la relación entre el resultado del ejercicio obtenido después de impuestos, con el patrimonio neto mantenido por la empresa y será, por tanto, una magnitud dependiente de la estructura financiera de la misma. Así que,

$$RF_n = \frac{BN_n}{PN_n} \quad (3)$$

Donde,

RF_n : Rentabilidad financiera o rentabilidad de los accionistas, referida al intervalo de tiempo n.

BN_n : Beneficio neto después de impuestos, en el período n.

PN_n : Saldo medio del patrimonio neto mantenido durante el período de tiempo n.

⁵⁷ Es una medida clave para valorar el grado de cumplimiento de las expectativas de los accionistas. Véase Amat, O., "Análisis de estados financieros. Fundamentos y aplicaciones", Ediciones Gestión 2000 SA, 1994, Barcelona; Román Martínez, I., "La normalización en análisis contable (Estudio de las principales discrepancias doctrinales)", Tesis Doctoral, Departamento de Economía Financiera y Contabilidad, Universidad de Granada, 1995; Woelfel, CH.J., "Análisis de estados financieros", Ediciones S.Barcelona, 1993.

Es ésta última versión de la rentabilidad, la rentabilidad financiera, la que realmente concluirá si la empresa ha conseguido estar en equilibrio económico o no. Las firmas no alcanzan dicho equilibrio únicamente obteniendo beneficios. Una empresa puede obtener beneficios que reporten a los accionistas un 1% o 2% de rentabilidad, pero dicha rentabilidad no satisface a los inversores, ya que opciones alternativas de inversión sin ningún tipo de riesgo otorgan dicho rendimiento. Podríamos pensar en unas letras del tesoro o en los propios bonos del Estado. La empresa sólo logrará el equilibrio económico cuando los accionistas estén contentos con el rendimiento obtenido a su inversión, esto es, cuando obtengan una rentabilidad al menos parecida a la obtenida por inversiones alternativas de similar riesgo⁵⁸.

En conclusión, cuando se plantea si una empresa está o no equilibrio económico, la cuestión a dirimir es si los propietarios están o no recibiendo una rentabilidad adecuada por sus inversiones en orden al riesgo soportando.

Por otra parte, debiéramos estar interesados en averiguar cuáles son las causas que originan dicha situación. Sin ánimo de ser exhaustivos, ya que sobrepasa los objetivos del presente trabajo, podríamos expresar la Rentabilidad Financiera⁵⁹ de la siguiente forma:

$$RF_n = RE_n + (RE_n - i_n) \times \frac{P_n}{PN_n} \quad (4)$$

Donde,

i_n = tipo de interés medio soportado por el pasivo, y que se calcularía como $\frac{\text{Gastos financieros}_n}{\text{Pasivo}_n}$

P_n = Saldo medio del pasivo mantenido durante el período de tiempo n.

En definitiva, la Rentabilidad Financiera va a depender de:

1º. La Rentabilidad Económica, o rentabilidad que le obtiene la empresa a cada unidad monetaria invertida (RE), con independencia de cómo se haya financiado.

⁵⁸ Puede verse una sencilla reflexión acerca de si los propietarios reciben o no una adecuada rentabilidad a sus inversiones en Keown, Petty, Scott y Martin, "Introducción a las finanzas. La práctica y la lógica de la dirección financiera", Ed. Prentice Hall, Madrid, 1999, pág. 98.

⁵⁹ Esta misma expresión puede tener en cuenta el efecto impositivo. Véase Amat, O., "Análisis de estados financieros. Fundamentos y aplicaciones", Ediciones Gestión 2000 SA, 1994, Barcelona, pág. 238; González Pascual, J., "Análisis de la empresa a través de su información económico-financiera, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1995, pág. 511.

2º. El Apalancamiento Financiero⁶⁰, magnitud que cuantifica la rentabilidad excedentaria que se le obtiene a cada una unidad monetaria que financian los acreedores ($RE > i$) por el nivel de endeudamiento (P/PN).

Del análisis del apalancamiento financiero caben las siguientes posibilidades:

- $RE > i \Leftrightarrow AF > 0 \Leftrightarrow$ Apalancamiento Financiero Expansivo. A cada unidad monetaria de endeudamiento se le obtiene una rentabilidad superior a su coste. Cuanto mayor sea el endeudamiento mayor será el AF, y por ende la RF.
- $RE < i \Leftrightarrow AF < 0 \Leftrightarrow$ Apalancamiento Financiero Contractivo. El coste de cada unidad monetaria adeudada es superior a la rentabilidad que la empresa le obtiene. A la empresa le interesa desendeudarse.
- $RE = i \Leftrightarrow AF = 0 \Leftrightarrow$ Apalancamiento Financiero Neutro o nulo. A los recursos ajenos no se le obtiene ningún excedente.

En definitiva, el apalancamiento es un arma de doble filo. Si es expansivo, la rentabilidad excedentaria que se le obtiene a la financiación obtenida de los acreedores ($RE > i$) va a los accionistas, incrementando su rentabilidad (RF). En este caso, a la empresa le interesará endeudarse, puesto que cuanto mayor sea el endeudamiento mayor será la rentabilidad de los accionistas, debido al efecto palanca que produce la financiación ajena.

Sin embargo, ¿por qué las empresas no se endeudan en mayor proporción, aumentando su ratio P/PN ? Porque cuando las firmas no son capaces de obtener una rentabilidad excedentaria a cada unidad monetaria en la que se endeudan ($RE < i$), las empresas empeoran rápidamente, ya que el apalancamiento financiero actúa de forma contraria a la situación previamente descrita, esto es, disminuyen la rentabilidad de los accionistas en mayor proporción a cómo lo está haciendo la rentabilidad económica o de la inversión. Además conforme la compañía aumenta su grado de endeudamiento también se incrementan sus riesgos de naturaleza financiera.

5.2. Evaluación del equilibrio financiero⁶¹

Es ampliamente aceptado en el mundo académico que una empresa está en equilibrio financiero cuando es solvente técnicamente, es decir, cuando atiende

⁶⁰ En otros términos, el efecto que el endeudamiento provoca en la rentabilidad financiera. Véase Flores Caballero, M., "Estudio de la influencia de las rotaciones y del apalancamiento en el campo de la rentabilidad", Técnica Contable, Año XLVII, núm. 562, octubre de 1995, 685-704; REES, B., "Financial Analysis", Prentice Hall, UK, 1990.

⁶¹ Nuestra referencia será el estudio realizado por García Martín, V. y Fernández Gámez, M.A. (1992): Solvencia y Rentabilidad de la empresa española. Ed. Instituto de Estudios Econó-

puntualmente sus compromisos de pago, utilizando para ello los recursos que generan sus actividades ordinarias.

No es difícil advertir que el principio de empresa en funcionamiento –en contraposición al principio de liquidación– subyace a cualquier estudio serio de solvencia empresarial, por lo que éste se sustenta generalmente en la generación de recursos por parte de la empresa a través de sus actividades ordinarias y no en la posible enajenación de sus activos.

Asimismo, dependiendo del análisis, es posible evaluar normalmente la solvencia técnica o la solvencia efectiva de la empresa, o inclusive ambas a la vez. La técnica se logra cuando a través de las operaciones ordinarias se genera suficientes recursos –una vez atendidos los impuestos correspondientes– para cubrir las necesidades de financiación que demandan las actividades más repetitivas, el reembolso del endeudamiento financiero y la realización de pagos por dividendos⁶². Cuando los recursos generados a través de las actividades ordinarias no son suficientes para hacer frente a las necesidades descritas se debe recurrir a otras fuentes alternativas de fondos (ventas de inmovilizado, renovación de deudas,...) si se quiere evitar la insolvencia efectiva de la empresa.

En definitiva, una empresa presenta solvencia técnica cuando a través de su actividad ordinaria genera suficientes recursos para atender puntualmente sus exigencias financieras. Mientras que una empresa presenta solvencia efectiva cuando atiende sus exigencias financieras puntualmente, ya sea únicamente mediante los recursos que genera su actividad ordinaria, ya sea recurriendo a otras alternativas distintas a la actividad ordinaria: venta de inmovilizado, refinanciación de deuda, ampliación de capital, emisión de empréstitos,...

Por tanto, si la extinción de los puestos de trabajo sólo soluciona transitoriamente la situación desfavorable empresarial –consiguiendo que la empresa sea solvente de forma efectiva–, pero no la solventa de forma definitiva –no siendo solvente técnicamente–, no parecería oportuna su adopción, ya que únicamente estaríamos alargando artificialmente la vida de la empresa.

micos. Madrid. Sin embargo, el estudio del fracaso empresarial ha generado una amplia literatura. Un resumen de la misma puede verse en: Altman E., Avery,R.;Eisenbeis,R.;Sinkey,J., “Application of Classification Techniques in Business”, Banking and Finance, Contemporary Studies in Economic and Financial Analysis, Vol. 3, J.A.I.Press Inc, Connecticut (USA), 1981; Zavgren, C.(1983), “The Prediction of Corporate Failure: the State of art”, Journal of Accounting Literature. Vol.2, Pp.1–38., 1983; Jones, F.L., “Current Techniques in Bankruptcy Prediction”, *Journal of Accounting Literature*, Vol 6, Pp. 131–164, 1987; Laffarga, J. y Mora, A.: “Los modelos de predicción de la insolvencia empresarial: un análisis crítico”, El riesgo financiero de la empresa, AECA, Madrid, Pp. 11–58, 1998.

⁶² El pago de dividendos será una exigencia fundamentalmente en aquellas empresas en las que la valoración de sus acciones en el mercado esté conectada al reparto de dividendos.

La empresa que no es solvente técnicamente pero si lo es de forma efectiva, consigue dicha condición porque acude a la obtención de fuentes de financiación que no puede utilizar ordinariamente (ampliaciones de capital, refinanciación de deudas, enajenación de inmuebles,...). Dichas opciones son legítimas en situaciones transitorias como fuentes alternativas a los recursos generados por las actividades ordinarias, pero es imposible su consecución de forma regular y permanente. Por ello, una empresa que no es solvente técnicamente de forma regular, terminará siendo insolvente de forma efectiva, puesto que no siempre podrá acudir a las fuentes de financiación alternativas señaladas más arriba.

Llegados a este punto, nos proponemos a continuación exponer un método, el modelo económico-financiero de solvencia, que nos permite evaluar si la empresa está en equilibrio financiero, esto es, si es solvente técnicamente.

5.2.1. Desarrollo del modelo económico-financiero de solvencia empresarial⁶³

Este modelo parte del concepto de solvencia, que se concreta en la capacidad de generación de fondos que la empresa tenga: sostiene que una empresa es técnicamente solvente cuando alcanza un nivel de recursos generados tal, que le permite atender puntualmente sus compromisos de pago para cada ejercicio, como más adelante precisaremos. Evaluamos si la empresa por sí misma, sin la realización de ningún activo clave, puede o no mantener su continuidad en el mercado por tiempo indefinido. Por tanto, el modelo no tratará de predecir si la compañía puede o no atender sus compromisos de pago a través de la liquidación de parte de sus activos –principio de liquidación–.

La solvencia técnica radica, a la postre, en la capacidad de la empresa de generar recursos suficientes para atender sus exigencias financieras, esto es, el endeudamiento financiero puro que vence, el crecimiento de las necesidades de financiación y, en su caso, los dividendos a distribuir.

⁶³ Una comparación del mismo con el resto de modelos generados por la literatura puede verse en Callejón Gil, A., “Modelos de solvencia empresarial: su comparación teórico-empírica”, Tesis doctoral, Málaga, 1999. Por otra parte, una aplicación del mismo en el análisis de la situación financiera de la empresa española en su conjunto y para sectores en particular puede consultarse en Cisneros Ruiz, A.J., Diéguez Soto, J. y González García, V., “Análisis de la situación financiera de la empresa española (1991–1997)”, *Análisis financiero*, N° 80, Pp. 56–71, año 2000; Cisneros Ruiz, A.J., “Análisis Contable de la solvencia técnica de las empresas eléctricas españolas” Tesis Doctoral. Universidad de Málaga, 1997; García Martín, V. y Callejón Gil, A., “Evolución financiera de las grandes superficies”, *IVª Jornadas sobre Predicción de la Insolvencia Empresarial*, AECA, 2002. González García, V. (1995): *análisis de la solvencia de las empresas de seguros a través de su información contable*, tesis doctoral, universidad de Málaga.

$$\frac{RG_{AO}}{\Delta NF + \alpha f + Dvdos^*} \geq 1 \quad (5)$$

Donde,

RG_{AO} = Recursos generados por las actividades ordinarias

ΔNF = Variación de las necesidades de financiación

αf = cuota de amortización financiera

$Dvdos$ = Dividendos repartidos

1. Los recursos generados por las actividades ordinarias de la empresa

En (5) hemos explicitado el ratio que nos define las expectativas de solvencia técnica empresarial. Bajo dicho cociente queda implícito el que “los recursos generados son la causa de la solvencia técnica de la empresa. De ellos depende que ésta, por sí misma, pueda digerir una determinada situación estructural. Situación que estará condicionada a cuál sea la estructura de activos y pasivos comerciales y a la dimensión de su endeudamiento financiero, arrastrado éste principalmente por la estructura de su inversión fija”⁶⁴.

Según lo anterior, los recursos generados requerirán una atención prioritaria en nuestro intento de analizar financieramente la empresa, por lo que su determinación constituirá un primer objetivo básico⁶⁵.

Los recursos generados por las actividades ordinarias –en adelante RG_{AO} – se pueden calcular directamente como la diferencia entre los ingresos que suponen cobros presentes o futuros y los gastos que suponen pagos presentes o futuros que surgen como consecuencia de operaciones corrientes o habituales de la empresa, esto es, aquéllas que constituyen la actividad ordinaria ya que se dan repetidamente en todos y cada uno de los ejercicios.

$$RG_{AO} = I_{ORD}(C) - G_{ORD}(P) \quad (6)$$

Donde,

$I_{ORD}(C)$ = Ingresos ordinarios que implican cobro –presente o futuro–

$G_{ORD}(P)$ = Gastos ordinarios que implican pago –presente o futuro–

⁶⁴ García Martín, V. y Fernández Gámez, M.A., “Solvencia y rentabilidad de la empresa española”, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1992.

⁶⁵ Puede comprobarse justificación de lo anterior en García Martín, V., “Insolvencia empresarial; análisis de sus causas internas”, *AECA 56, Especial del Congreso Empresa, euro y nueva economía*, celebrado en Madrid, septiembre, 2001; García Martín, V. y Callejón GIL, A. (2001), *Análisis de las causas internas de la solvencia: su contrastación empírica*, Decisiones financieras y fracaso empresarial, Ed. AECA. Madrid, 2001.

Por tanto los RG_{AO} son concebidos como una corriente financiera excedentaria consecuencia de la contraposición de los recursos financieros generados por los ingresos corrientes y los recursos financieros aplicados o consumidos por los gastos corrientes.

Dicha magnitud se puede calcular también de una forma indirecta⁶⁶, esto es, a partir del resultado del ejercicio. Dicho cálculo consiste en despojar al resultado del ejercicio de todos aquellos flujos que no surjan como contrapartida de ingresos y gastos monetarios y ordinarios, con el fin de determinar los flujos de las actividades habituales recogidos en la partida de RG_{AO} .

En la determinación del resultado del ejercicio se incluyen gastos e ingresos no monetarios, esto es, gastos e ingresos que no suponen nunca entrada o salida de dinero de la empresa, que evidentemente hay que tener en cuenta para evaluar si la empresa crea o no riqueza en el ejercicio –cálculo del resultado–, pero que distorsionan la información si de lo que se trata es de averiguar si la empresa va a poder hacer frente a sus exigencias financieras. Como ejemplo podemos citar la dotación de la amortización del inmovilizado o las pérdidas por deterioro de cualquier tipo de activo.

Además, en el resultado del ejercicio, se están mezclando recursos de procedencia dispar, cuya presentación conjunta en nada beneficia al usuario, el cual espera poder comparar la cifra de recursos de las operaciones ordinarias con la de otros períodos, y ello resulta imposible si la cifra está contaminada con los fondos de procedencia extraordinaria o esporádica. Así, en el propio resultado de explotación de la empresa, determinado conforme al Plan General de Contabilidad aprobado en 2007⁶⁷ –en adelante PGC2007–, nos podemos encontrar con gastos e ingresos excepcionales o con beneficios ó pérdidas procedentes de la enajenación del inmovilizado, lo que hace impredecible su comportamiento en el futuro.

⁶⁶ Esta será la forma habitual de cálculo, ya que resulta más fácil su determinación para el usuario.

⁶⁷ Para un mayor conocimiento de las repercusiones de los cambios introducidos por PGC2007 puede verse: Gonzalo Angulo, J.A., *Las líneas básicas de la Reforma Contable*, Partida Doble, n° 136, septiembre de 2002, pp. 10–27; Perramon Costa, J., “Efectos de las NIIF sobre el estado de pérdidas y ganancias de las empresas no financieras del Ibex 35, Partida Doble n° 181, octubre de 2006, pp. 78–87; Alonso Ayala, M., *Modificaciones en las magnitudes contables como consecuencia de la aplicación del nuevo PGC*, Partida doble, n° 199, abril de 2008, pp 58–63; Rivero, P. y Martínez, I., “La repercusión de la reforma contable sobre el análisis económico-financiero”, AECA, n° 83, *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, pp. 69–72, septiembre de 2008; AECA, “*Monografías sobre las Normas Internacionales de información financiera*”, Tomos 1 al 5, junio 2004; García Martín, V. (Coord.), “*Contabilidad. Adaptada al Plan General de Contabilidad de 2008*”, Ed. Pirámide, diciembre de 2008.

En definitiva, y en el cálculo indirecto de los RG_{AO} , los ajustes necesarios a realizar en el resultado del ejercicio serían los siguientes:

$$RG_{AO} = \text{Rdo del ejercicio} - I_{ORD}(\text{NC}) + G_{ORD}(\text{NP}) - I_{NORD} + G_{NORD} \quad (7)$$

Donde,

$I_{ORD}(\text{NC})$ = ingresos ordinarios que no implican cobro⁶⁸

$G_{ORD}(\text{NP})$ = gastos ordinarios que no implican pago⁶⁹

I_{NORD} = Ingresos no ordinarios o extraordinarios⁷⁰

G_{NORD} = Gastos no ordinarios o extraordinarios⁷¹

En definitiva, y tal y como acabamos de justificar, el método económico-financiero fundamenta el diagnóstico de la solvencia técnica empresarial, desde una óptica dinámica, en las expectativas de generación de fondos de las empresas.

2. Las exigencias financieras de la empresa

Una vez determinada la capacidad de autofinanciación de la empresa será lógico comprobar si tiene suficiente para atender las exigencias financieras que requiere su actividad, con el fin de constatar la solvencia técnica o no de la misma, es decir, si puede hacer frente a:

- 1º) La variación de las necesidades de financiación de su estructura comercial.
- 2º) La amortización de su endeudamiento financiero.
- 3º) Los dividendos activos oportunos.

2.1. La variación de las necesidades de financiación

Al objeto de determinar la variación de las necesidades de financiación – en adelante VNF–, obviamente, estamos obligados previamente a definir qué son las necesidades de financiación. A nuestro juicio, no es posible determinar esta magnitud a partir del balance confeccionado convencionalmente conforme al PGC2007; por lo que se llevará a cabo una adecuación de las partidas que integran éste último⁷², obteniendo así las agrupaciones de cuentas que definen las necesidades de financiación: activo comercial y pasivo comercial.

⁶⁸ Como por ejemplo las reversiones de deterioro.

⁶⁹ Como por ejemplo las dotaciones a la amortización del inmovilizado.

⁷⁰ Como por ejemplo los ingresos excepcionales ó beneficios procedentes del inmovilizado.

⁷¹ Como por ejemplo los gastos excepcionales o pérdidas procedentes del inmovilizado.

⁷² Para un análisis detallado de la adecuación del balance véase: Ballester Casado, M. y Cisneros Ruiz, A.J., “La adecuación de las partidas del balance para el análisis financiero: Una alternativa”, *Actualidad Financiera*, Vol. 1, Nº 8, Pp. 727–734.

$$NF = A_{CO} - P_{CO} \quad (8)$$

Donde,

NF = necesidades de financiación

A_{CO} = activo comercial

P_{CO} = pasivo comercial

El activo comercial estará integrado por aquellas cuentas que tienen su origen en la actividad explotacional de la empresa, colaboran en su financiación, por lo que diremos que son autogeneradores de fondos y existe necesidad de su renovación inmediata para poder llevar a cabo la actividad de la empresa.

En definitiva, los activos comerciales son aquellas inversiones cuya recuperación tiene lugar de forma regular en un período inferior o igual al período medio de maduración de activo⁷³, y que requieren una inmovilización permanente de recursos financieros –ya que se renuevan continuamente al estar vinculados al objeto social de la empresa–; tal es el caso de las existencias o los clientes.

Por su parte, el pasivo comercial está formado por aquellas deudas que se originan como consecuencia de la adquisición de factores productivos fraccionables necesarios para la actividad que realiza la empresa y que constituye su razón de ser. Su existencia está condicionada, por tanto, al activo comercial de ciclo corto y su renovación es espontánea a instancias del mismo; de ahí que consideremos tal financiación como permanente; tal es el caso de los proveedores, los acreedores por prestaciones de servicios o las remuneraciones pendientes de pago.

Aun cuando el análisis financiero que venimos desarrollando lo estamos realizando de forma dinámica –para diferentes instantes de tiempo–, nos parece conveniente comenzar por un estudio estático de la estructura de activos y pasivos comerciales para comprender en toda su profundidad cómo se originan las necesidades de financiación.

Desde una visión puramente patrimonialista –basado en el principio de liquidación, y no en la gestión continuada– lo conveniente es que el activo comercial sea superior –cuanto más mejor– al pasivo comercial, catalogándose como desequilibrio financiero la situación justamente contraria: activo comercial menor que pasivo comercial.

Cisneros Ruiz, AJ. y Diéguez Soto, J. (2000): “Determinación de la solvencia empresarial desde el Plan General de Contabilidad”. *Técnica contable*, Vol. 52, n° 613, Pp. 31–54.

⁷³ Tiempo que por término medio tarda la empresa desde que invierte una unidad monetaria en el proceso productivo hasta que lo recupera vía cobro de los productos o servicios vendidos.

Sin embargo, la conveniencia de que la cuantía del activo comercial sea superior, igual o inferior a la del pasivo comercial depende de cada empresa. Esta afirmación es fácilmente comprobable si observamos que tanto el importe de pasivos comerciales como el de activos comerciales vienen condicionados por las características propias del mercado al que pertenece la empresa en cuestión.

En orden a lo anterior, cabe encontrarse fundamentalmente con dos situaciones diferentes, más bien contrapuestas, correspondientes a otras tantas empresas tipo:

a) Pasivo comercial mayor que activo comercial

Si el pasivo comercial es mayor que el activo comercial, y la empresa no arroja pérdidas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la empresa tiene muchas posibilidades de encontrarse en equilibrio financiero.

Esto es así, porque la empresa recupera mediante el cobro –vía tesorería– su inversión permanente a corto, antes de realizar los desembolsos que le requieren su correspondiente pasivo o financiación comercial.

b) Activo comercial mayor que pasivo comercial

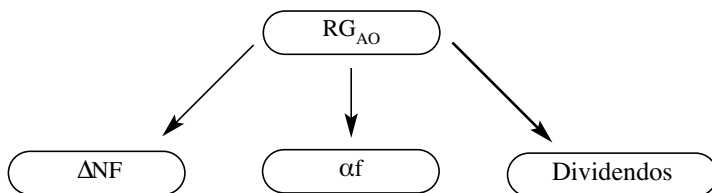
Cuando el activo comercial es mayor que el pasivo comercial, sin embargo, el período medio de maduración del activo es superior al del pasivo, con lo que se necesita otro tipo de financiación para cubrir la parte del activo comercial no atendida mediante pasivo comercial.

Creemos, que la búsqueda del equilibrio financiero nos aconseja la utilización de patrimonio neto, ya que tienen la característica de la *permanencia* al igual que el activo comercial.

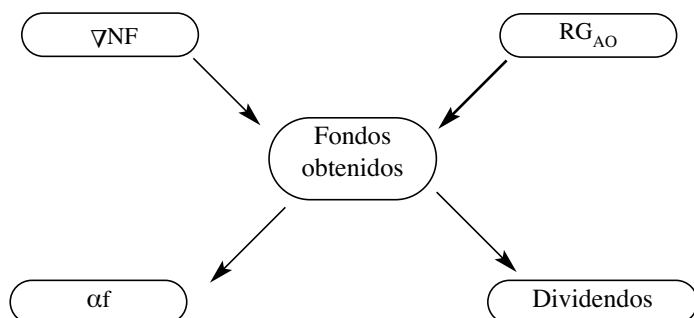
En consecuencia, se presentará situación de riesgo de desequilibrio financiero cuando sólo se disponga de financiación no permanente para atender las referidas necesidades de fondos.

Sin embargo, el comportamiento de la empresa es dinámico y sus necesidades de financiación, por tanto, pueden incrementarse o disminuir en función de como evolucionen otras variables tales como la actividad comercial o los plazos de cobro y pago de clientes y a proveedores, respectivamente.

Cuando las necesidades de financiación crezcan, bien porque vendamos más o compremos menos, o bien porque el plazo de cobro haya aumentado o el de pago disminuido, se extraerán fondos y por tanto requerirán el que los recursos generados sean los suficientes para su atención.



Por contra, cuando se produzca una reducción de las necesidades de financiación, bien porque vendamos menos o compremos más, o bien porque el plazo de cobro haya disminuido o el de pago aumentado, se inyectarán fondos a la empresa, y se unirán a los recursos generados para sufragar el endeudamiento financiero y los dividendos oportunos.



Consecuentemente será muy importante la determinación exhaustiva de las necesidades de financiación con el fin de conocer certeramente el papel detractor o inyector de fondos de su variación de un período a otro.

De todo lo anterior, no es difícil deducir, cómo si ajustamos los RG_{AO} con las modificaciones habidas en las partidas de activo comercial y pasivo comercial, podemos llegar a determinar la variación experimentada en la tesorería de las actividades de explotación –en adelante FT_{EXP} , tal y como queda denominada en el PGC2007–. Es decir, obtendremos aquellos flujos líquidos que se esperan de forma recurrente o regular como consecuencia de las actividades habituales en la empresa, y que pueden ser escindidos en flujos líquidos procedentes de: operaciones explotaciones en sentido estricto, ingresos y gastos financieros, y por el impuesto sobre beneficios

Según lo anterior, podemos afirmar que⁷⁴:

$$RG_{AO} \pm VNF = FT_{EXP} \quad (9)$$

Donde,

FT_{EXP} : Flujos de tesorería de las actividades de explotación⁷⁵.

Con ello la expresión (5) quedaría como⁷⁶:

$$\frac{RG_{AO} - \Delta NF}{cf + Dvdos} = \frac{CF_{EXP}}{cf + Dvdos} \geq 1 \quad (10)$$

De acuerdo con el Documento n° 20 de AECA sobre “El Estado de Flujos de Tesorería”⁷⁷, la determinación de los flujos de tesorería –y especialmente, pensamos, la de los flujos líquidos de las actividades de explotación– puede resultar útil en las siguientes tesis:

a) cuando se está evaluando la capacidad de la empresa para producir flujos líquidos, o haciendo previsiones sobre los mismos;

b) al juzgar la política de distribución de dividendos, ya sea en el caso de dividendos a cuenta, ya en el caso de dividendos definitivos del ejercicio;

c) siempre que se desee estimar la capacidad que la empresa tiene para pagar los intereses o el principal de las deudas, o bien sus posibilidades para aumentar o reducir el endeudamiento;

d) cuando se quiera encontrar la relación que tienen las cifras de ingresos y gastos con las de cobros y pagos del ejercicio, o lo que es igual, la correlación entre las partidas y el saldo de la cuenta de resultados, calculados en base al principio del devengo, y las variaciones en la tesorería por las operaciones del período, y

⁷⁴ En la práctica es usual determinar el Cash flow de explotación de una forma indirecta, similar a la contemplada en (9), dada su mayor operatividad. Véase Anthony, R.N., “Financial Reporting in the 1990s and beyonds”, *Accounting Horizons*, vol. 11, n° 4, pp. 107 a 111, 1997.

⁷⁵ Los flujos de tesorería han sido usados habitualmente en la predicción de la insolvencia empresarial. Véase Casey, C. Y Bartczak, N., “Using operating cash flow data to predict financial distress: some extensions”. *Journal of Accounting Research*. Vol. 23, n° 1, Pp. 384–401, 1985. Charitou, A., Neophytou, E. y Charalambous, C., “Predicting Corporate Failure: Empirical Evidence for the UK”. *European Accounting Review*. Volume 13, Number 3. Pp 465–498, 2004.

⁷⁶ En la fórmula (10) se está optando por el cálculo del Cash–flow de explotación a través de un método indirecto, cuya filosofía es similar a la formulación utilizada la International Accounting Standards Board, “Statement of cash flows”, International Accounting Standard N.7 (revised). Ver el Reglamento (CE) n° 1725/2003 por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales e Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo.

e) siempre que se quieran conocer las pautas que ha seguido la empresa para la generación y el empleo de los recursos líquidos en el ejercicio que se termina y en los demás que se presentan como información comparativa.

2.2. La amortización del endeudamiento financiero

Por tanto, una vez puesto de manifiesto el proceso de transformación de los resultados en liquidez en el ejercicio, debemos comprobar si tenemos suficiente para reembolsar el endeudamiento –apartado *c* anterior– y ser fiel a la política de dividendos –apartado *b* anterior–, en la búsqueda de la solvencia técnica en la empresa⁷⁸.

En primer lugar, es necesario determinar si por la propia dinámica empresarial se puede ir amortizando la deuda en el tiempo convenido. Cuando hablamos de amortización financiera prevista, nos referimos con carácter general a la amortización del principal de la financiación que vence, y no a los intereses correspondientes, ya que éstos han sido tenidos previamente en cuenta como salidas de fondos en los RG_{AO} , y oportunamente ajustados con sus específicas cuentas de expectativas de pago que han formado parte del pasivo comercial⁷⁹.

En base a lo anterior, las partidas a tener en cuenta en el cálculo de la amortización financiera prevista son aquéllas que constituyen el pasivo a corto no comercial del año anterior, puesto que vencen en el ejercicio en curso. El pasivo a corto no comercial está formado por el endeudamiento de vencimiento a corto plazo, tanto puro como real, que no surge de la adquisición de factores productivos fraccionables. No rotan con carácter regular y no se renuevan de forma espontánea, sino que se necesita de un pacto para su posible renovación –tienden a extinguirse–. Suponen una financiación no permanente. Generalmente conllevan coste explícito. Ejemplo de los mismos son los préstamos bancarios.

⁷⁷ AECA, “El Estado de Flujos de Tesorería”, Documento nº 20, Comisión de principios y normas de contabilidad., Ponentes: D. José Antonio Gonzalo Angulo D. José L. Alfonso López, Madrid, 1998.

⁷⁸ La determinación de los flujos de efectivo de explotación es necesaria en aras a concretar la política de dividendos de la empresa y , en general, sobre los compromisos financieros adquiridos. Véase Boyd, TH y Cortese Danile, T.M., “Using the cash–flow statement to improve credit análisis”, Commercial Lending Review, vol 16, nº 1, pp. 55–59, 2000.

⁷⁹ Como por ejemplo los intereses a pagar recogidos en la cuenta 527. Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito.

2.3. Los dividendos activos oportunos

Por último, cuando las circunstancias de la empresa así lo requieran, podrán incorporarse junto a la amortización financiera los probables dividendos a distribuir.

Es decir, las sociedades que de forma habitual distribuyen anualmente beneficios, adquieren por costumbre la obligatoriedad de su reparto todos los años, bien de cara a la Junta General de Accionistas o a la propia cotización de las acciones en Bolsa, por lo que con el fin de no menoscabar la imagen de la entidad, el accionista –sin serlo– se transforma en un verdadero acreedor para la misma.

El derecho a participar en el reparto o aplicación del resultado viene regulado entre los artículos 213 a 217 de la Ley de Sociedades Anónimas. De lo anterior cabe destacar lo impuesto en el art. 216 sobre las condiciones que deben cumplir los órganos de la sociedad (Junta General de Accionistas o Consejo de Administración) para poder repartir dividendos a cuenta:

“a) Los administradores formularán un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución. Dicho estado se incluirá posteriormente en la memoria.

b)...”.

También el PGC, aprobado por Real Decreto 1514/2007, en la nota 3 de la memoria recoge:

“En el caso de distribución de dividendos a cuenta en el ejercicio, se deberá indicar el importe de los mismos, e incorporar el estado contable previsional formulado preceptivamente para poner de manifiesto la existencia de liquidez suficiente. Dicho estado contable deberá abarcar un período de un año desde que se acuerde la distribución del dividendo a cuenta”.

Por tanto, incluso legalmente, ya se está haciendo hincapié en la necesidad de conocer los flujos de tesorería para poder repartir dividendos a cuenta.

En nuestro método particular, y con el fin de determinar finalmente el ratio de solvencia técnica ajustado al PGC, tendremos que incluir como destino de fondos, junto a la amortización financiera, las ganancias distribuidas por la sociedad de los rendimientos obtenidos, y que vienen dadas a través de la cuenta Dividendo activo a pagar (526). Si durante el ejercicio se ha distribuido previamente un dividendo a cuenta –Dividendo a cuenta (557)–, la cuantía a desembolsar al término del ejercicio será la diferencia entre ambas partidas.

6. CONCLUSIONES

Consideramos de vital importancia precisar, concretar u objetivar la causa final del despido objetivo por necesidades de la empresa. La relevancia de lo anterior radica en la necesidad:

1º. De identificar si realmente hay situación económica negativa o hay dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa.

2º. De medir si el despido contribuye o no a superar dichas situaciones.

En orden a lo anterior, en los epígrafes previos hemos puesto de manifiesto el ligazón entre superación de situaciones económicas negativas y de las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, y viabilidad técnica empresarial. En nuestra opinión, la situación económica negativa se asimila a estado de inviabilidad técnica, ya sea por motivos económicos, financieros o de ambos tipos. Mientras que las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa se equipara a situaciones que pueden hacer desembocar a la misma a la inviabilidad técnica en un futuro. Además, por un parte, se ha justificado por qué los indicadores apuntados por la jurisprudencia son inadecuados para decidir, con carácter general, qué empresas presentan situación económica negativa, y por otra, la inexistencia de variables cuantitativas que concreten las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Finalmente, en el apartado anterior, hemos identificado las magnitudes que nos permiten evaluar dichas situaciones, así como medir la contribución del despido a la superación de las mismas.

Por tanto, ya estamos en condiciones de responder a cuestiones que quedan, en nuestra opinión, un tanto veladas tanto en la legislación como en la jurisprudencia, y que sin embargo, son de vital importancia en orden a decidir acerca de la procedencia o no del despido objetivo por necesidades de la empresa. Recordemos, que la declaración de procedencia o improcedencia del despido se funda, de una parte, en comprobar si la medida extintiva permite la superación de la situación negativa ó las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, y de otra, en acreditar la conexión funcional entre la medida extintiva y la finalidad que ésta debe perseguir según la ley⁸⁰.

1ª ¿Cuándo existe situación económica negativa de la empresa? Cuando se dan situaciones empresariales que amenazan la continuidad de la empresa –aunque este trance no sea de carácter inminente–. La empresa puede ponerse en peligro bien porque no esté en equilibrio económico, bien porque no goce de equilibrio financiero, bien porque no alcance ninguno de los dos equilibrios, esto es, cuando no es viable técnicamente.

2ª ¿Cuándo la empresa tiene dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa? Cuando se dan realidades empresariales, que aun cuando no estén en el presente poniendo en entredicho la subsistencia del proyecto empresarial –no existe desequilibrio financiero o económico–, pueden en un futuro hacer desembocar a la empresa hacia tal situación.

⁸⁰ STS 29 de septiembre de 2008 (RJ/2008/5536)

3^a. ¿Cómo medir si el despido contribuye a superar la situación económica negativa de la empresa? Cuando la empresa se plantea la amortización completa de puestos de trabajo⁸¹, puesto que la situación empresarial se considera inviable o carente de futuro, o cuando medita la reducción parcial de la plantilla, a nuestro entender la cuestión a dirimir es similar: ¿La medida de extinción de puestos de trabajo contribuirá a que la empresa remunere adecuadamente a sus accionistas en base al riesgo asumido y a que sea solvente técnicamente? En este sentido, si la amortización de puestos de trabajo consiste en la reducción con carácter permanente del número del total de trabajadores que componen la empresa, la cuestión a comprobar sería, si efectivamente una medida menos drástica haría o no que la empresa pudiera lograr ser rentable acorde con el riesgo asumido y ser solvente técnicamente. Puesto que si una reducción parcial de la plantilla –obviamente una vez agotadas todas las acciones normales de la gestión empresarial– no consigue hacer que la empresa recupere la senda de la rentabilidad y la solvencia técnica, la única vía que le queda a la empresa es no prolongar más tiempo una situación desfavorable irreversible.

Por otra parte, si la amortización de puestos de trabajo consiste en una reducción parcial de la plantilla, la decisión a tomar deberá ser adecuada y proporcional para conseguir la superación de la situación desfavorable. Pero, ¿cómo tomar una decisión adecuada y proporcional? Siguiendo nuestro razonamiento anterior, tendríamos que optar por aquella extinción de empleo mínima que haga posible a la empresa ser rentable acorde con el riesgo asumido y solvente técnicamente de forma continuada en el tiempo. En nuestra opinión, y tal y como ha quedado expuesto a lo largo del trabajo, dos son los indicadores a estudiar: el ratio de rentabilidad financiera (véase número (3)), así como el coeficiente dinámico de solvencia técnica (véase número (10)).

4^a. ¿Cómo medir si el despido contribuye a superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa? En este caso, tendríamos que comprobar que efectivamente las medidas de extinción de empleo contribuyen a mejorar los ratios aludidos de rentabilidad y solvencia técnica, rompiéndose la tendencia de empeoramiento de los mismos, no de forma meramente temporal sino continuada en el tiempo, que impedía el buen funcionamiento empresarial.

Por último, en nuestra opinión es importante advertir, que cuando se acude a una medida tan drástica como la que estamos evaluando, realmente debe existir necesidad del despido económico⁸². Es decir, se entiende que resulta

⁸¹ Un estudio interesante acerca de los costes de la quiebra y el conflicto entre los titulares de recursos propios y ajenos, puede verse en: Grinblatt, M. y Titman, S., “Mercados Financieros y Estrategia Empresarial, Segunda Edición, Mc Graw–Hill, pp.435–465, 2002.

⁸² STSJ Castilla–La Mancha de 17 de febrero de 2000 (As 2000, 1138).

evidente que el despido no puede ser evitado con otras acciones normales de la gestión empresarial, tales como la movilidad funcional, la suspensión temporal, etc. En definitiva, es la última medida de carácter laboral a la que el empleador puede recurrir para garantizar el funcionamiento futuro de la empresa.

Asimismo, los indicadores propuestos tienen robustez suficiente como para poder ser utilizados en el acontecer ordinario de las empresas, y no sólo en situaciones tan extraordinarias como la analizada en el presente artículo. Ello es así, porque tal y como expone el profesor García Martín⁸³ “centrándonos en las causas de la insolvencia –o desequilibrio financiero–, diremos que hay unas causas externas, de carácter cualitativo, tales como una mala gestión, un entorno económico adverso, problemas de inestabilidad política, social; políticas económicas no concordantes con la naturaleza de la empresa de negocio, e inclusive factores de tipo ético, tales como sobornos, corrupciones, etc. Cualquiera de ellas, de producirse, tiene su correlato en la evolución de todas o de algunas de las magnitudes económico–financieras que conforman las causas internas de la insolvencia”: los recursos generados, las necesidades de financiación del fondo de maniobra, o el endeudamiento financiero. Igual aseveración cabría hacer en referencia al indicador de rentabilidad financiera. Por tanto, la situación verdadera de la empresa la conocemos de inmediato porque su estructura circulatoria responde al modelo de un sistema cerrado, que ante cualquier acción externa a él tiene su inmediata reacción económica y/o financiera, perfectamente cuantificable en la rentabilidad de los inversores y en el coeficiente dinámico de solvencia.

⁸³ García Martín, V., “Insolvencia empresarial; análisis de sus causas internas”, *AECA 56, Especial del Congreso Empresa, euro y nueva economía*, celebrado en Madrid, septiembre de 2001.

EL DISTINTIVO DE “IGUALDAD EN LA EMPRESA” A MEDIO CAMINO ENTRE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMA LEGAL

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO*

*Prof. Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva*

EXTRACTO

Palabras Clave: Derechos Fundamentales, Igualdad, Distintivo

En el camino de avanzar para la consecución de la Igualdad de Género, se ha aprobado el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, que reconoce el procedimiento, beneficios y obligaciones para obtener el distintivo de empresa que apuesta por la Igualdad. Se trata de una norma no exenta de lagunas y de varias interpretaciones posibles de un mismo precepto o aspecto de los contemplados en la misma. Es además una norma que contribuye al fomento de conductas responsables por los empresarios, a la concienciación en todos los aspectos que conlleva la Igualdad de Género, no sólo en el acceso al empleo, sino también en todo lo relativo a las condiciones de trabajo durante la relación laboral e, incluso, en el momento de extinguir esta relación laboral.

ABSTRACT

Key Words: Fundamental Rights, Equity, Label

With the aim to achieve Gender Equality, it has been approved the Real Decree 1615/2009 of October 26th, which recognizes the procedure, benefits and obligations to obtain a distinctive label for those companies encouraging equal treatment. This regulation has some flaws and could be interpreted in different ways analysing the same case or same aspects under such law. Besides, the norm encourages employers to have a responsible behaviour, and to raise awareness, not only about those aspects that mean equal treatment, but also in the access to work. Also, to consider the work conditions of any labour relation or even in work cease.

* Proyecto I+D DER 2009 08766 “Gestión Socialmente Responsable de la Crisis”.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. REQUISITOS GENERALES Y ESPECÍFICOS PARA LA SOLICITUD DEL DISTINTIVO DE IGUALDAD EN LA EMPRESA
3. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DEL DISTINTIVO
4. ¿ES UNA CUESTIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL?
5. DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE EMANAN DE LA OBTENCIÓN DEL DISTINTIVO
6. PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DEL DISTINTIVO
7. ALGUNAS CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2007 se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LO 3/2007). Esta norma pretende desarrollar el contenido del artículo 14 de nuestra norma suprema, así como el artículo 9.2 de la misma norma, además de dar cumplimiento a diferentes Directivas Comunitarias. Para ello la Ley partía de dos objetivos fundamentales, por una parte, contribuir a eliminar la desigualdad entre las mujeres y los hombres y, por otra parte, crear las bases para un nuevo modelo de cohesión social¹. Esto supone corregir la desigualdad entre las mujeres y los hombres y además revisar la estructura básica de ámbito público y de ámbito privado de la sociedad en la que vivimos, de manera que se organice de otra forma el modelo de la sociedad moderna dividido entre lo público y lo privado, estando hoy día ambos (hombres y mujeres) en el primero y principalmente las mujeres en el segundo. El problema de esta división, anticipamos, es que no se han establecido hasta esta Ley Orgánica “derechos individuales de conciliación de la vida privada y profesional”². Si a esto añadimos que los destinatarios de las Políticas Sociales no suelen ser los individuos sino las familias, nos encontramos con el panorama actual.

De forma particular, esta LO 3/2007 prevé en su artículo 50 la creación de un distintivo empresarial en materia de igualdad³, para aquellas empresas que

¹ Así se establece en el Informe-Balance elaborado por el Ministerio de Igualdad del Gobierno de España, titulado “2 años de aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. Pág. 2. <http://www.migualdad.es/> 15 de noviembre de 2009.

² En este sentido podemos destacar la reciente Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad a cuatro semanas en los casos de nacimiento, adopción o acogida. (BOE de 7 de octubre de 2009). Esta norma sigue incidiendo en los derechos de forma individual.

³ Y aunque la Disposición Final Tercera de la LO 3/2007 establecía en su punto segundo que “Reglamentariamente, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley: se llevará a efecto la regulación del distintivo empresarial en materia de igualdad establecido en

destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades en las condiciones de trabajo, en los modelos de organización del trabajo y en otros ámbitos, como los servicios, productos y la publicidad que realice la empresa.

Este distintivo empresarial viene a ser regulado a través del RD 1615/2009, de 26 de octubre (en adelante RD 1615/2009) que aprueba el Reglamento que determina la denominación de este distintivo, el procedimiento y las condiciones para su concesión, las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan y de las políticas de igualdad aplicadas por ellas. De manera que haciendo uso del artículo 149 de la Constitución Española que otorga al Gobierno nacional competencia exclusiva en las cuestiones laborales se aprueba esta norma de desarrollo de la Ley Orgánica del año 2007.

Esto nos plantea la primera interrogante de esta norma, si este Real Decreto es un acto de ejecución de una normativa nacional debemos plantearnos, conforme establece el artículo 149.1.7ª de la Constitución, qué competencias ejecutivas se le atribuyen a las Comunidades Autónomas. El proceso de descentralización y cesión de competencias nos sitúa en un panorama en el cual son varios los poderes públicos que pueden adoptar políticas de promoción de la igualdad de oportunidades. Si revisamos los diferentes Estatutos de Autonomía de las diferentes Comunidades Autónomas encontramos referencias de este tipo que pretenden estimular las acciones para la consecución de la igualdad de forma amplia. Sin embargo, a la hora de diseñar el distintivo de igualdad no se hace referencia a las competencias autonómicas, se plantea como una competencia del gobierno central que reside en el Ministerio de Igualdad. Así lo confirma la Disposición Final Primera de este Real Decreto cuando establece la competencia exclusiva del Estado para desarrollar todo lo relativo al distintivo de igualdad, en tanto que es legislación laboral.

A pesar de estas previsiones los problemas de concurrencia van a plantearse, ya que muchas de las normas autonómicas sobre igualdad desarrolladas a partir de la LO 3/2007 o incluso antes, prevén "marcas de excelencia en igualdad" para las empresas que apuesten por esta materia⁴. Por lo que nos podemos encontrar con un tejido empresarial que tenga varias marcas de excelencia o sellos de igualdad⁵, diferenciados sólo por su ámbito de aplicación territorial.

el Capítulo IV del Título IV de esta Ley". Es decir, este Reglamento debía aprobarse como muy tarde el 24 de septiembre de 2007, aunque se haya aprobado con más de dos años de retraso no podemos negarle su importancia.

⁴ Algunos documentos autonómicos anteriores a esta fecha lo mencionan.

⁵ A modo de ejemplo, podemos citar varias normas o documentos autonómicos que prevén esta marca de excelencia, es el caso de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción

De hecho parece que esto es lo que se asume en los artículos 6.1.e) y 11.1 del RD 1615/2009, cuando se utiliza la expresión “sin perjuicio de otros (distintivos) que pudieran establecerse [...]” o a la hora de establecer la documentación que la empresa debe presentar para obtener el distintivo nacional, en el sentido de valorar otros distintivos obtenidos por la empresa y concedidos por otras Administraciones Públicas. Por tanto, no estamos sólo ante una competencia ejecutiva de las Comunidades Autónomas⁶ y quizás tuviéramos que acudir al artículo 150 de la Constitución para entender la delegación competencial, aunque no exista expresamente una atribución por parte de las Cortes Generales. En cualquier caso, como el RD 1615/2009 utiliza la base competencial del artículo 149.1 7^a, pensamos que el debate está servido.

2. REQUISITOS GENERALES Y ESPECÍFICOS PARA LA SOLICITUD DEL DISTINTIVO DE IGUALDAD EN LA EMPRESA

El artículo 50 de la LO 3/2007 en su apartado cuarto señala que *“Para la concesión de este distintivo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales controlará que las empresas que obtengan el distintivo mantengan permanentemente la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras y, en caso de incumplirlas, les retirará el distintivo”*.

El artículo 4 del RD 1615/2009, completa estas exigencias normativas al establecer los requisitos tanto generales, no relacionados con la igualdad, como específicos para la solicitud del distintivo “Igualdad en la Empresa”⁷.

de la igualdad de género de Andalucía; el III Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres en Extremadura 2006–2009 que se refiere a premios, menciones o sellos de calidad para las empresas que trabajen por la igualdad entre mujeres y hombres; el III Plan Integral de la Mujer 2006–2009 de La Rioja también lo menciona. Un caso más llamativo es el de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, que ya desarrolla la marca de excelencia en los artículos 16 y siguientes, atribuyendo esta competencia al Órgano competente en materia de trabajo de la Xunta de Galicia.

⁶ La interpretación amplia de la Disposición Transitoria Segunda de la LO 3/2007, también apoya esta conclusión.

⁷ Nos parece oportuno mencionar que en el presente Real Decreto se señala que el órgano concedente no es el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales sino el Ministerio de Igualdad. Como se señala en el Dictamen del Consejo de Estado en la tramitación de este proyecto ha sido

A) Requisitos Genéricos.

- a) Que se trate de una empresa española.
- b) Que esté inscrita en la Seguridad Social y formalmente constituida.
- c) Que esté al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias que establece la Ley.

Se trata de exigencias generales justificadas por las consecuencias que conlleva la obtención del distintivo de igualdad, en cuanto beneficios económicos, que no deberían conceder a aquellas empresas que tengan deudas con el Estado y/o Comunidades Autónomas. Quizás se comprenda menos el requisito de nacionalidad de la empresa española, ya que supone vetar de los beneficios que conlleva el distintivo a empresas perfectamente establecidas en nuestro país y que forman parte activa de nuestro tejido empresarial.

B) Requisitos Específicos:

- a) Que no haya sido sancionada, en los tres años anteriores a la solicitud con carácter firme, por infracción grave o muy grave en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación o por infracción muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Este último aspecto presenta algunas dudas al relacionarlo con el artículo 45.4 de la LO 3/2007 que señala, respecto de la obligación de tener un Plan de Igualdad en la empresa, la posibilidad de conmutación de sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de un Plan de Igualdad. En este sentido podemos considerar como sanciones accesorias la pérdida automática de bonificaciones y ayudas económicas de programas de empleo, y exclusión durante

relevante la creación del Ministerio de Igualdad por Real Decreto 432/2008, de 12 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. En efecto, este Ministerio tiene atribuidas las siguientes funciones: *"La propuesta y ejecución de las políticas del Gobierno en materia de igualdad, lucha contra toda clase de discriminación y contra la violencia de género. Le corresponde, en particular, la elaboración y el desarrollo de las actuaciones y medidas dirigidas a asegurar la igualdad de trato y de oportunidades en todos los ámbitos, especialmente entre mujeres y hombres, y el fomento de la participación social y política de las mujeres"* (artículo 18 del Real Decreto 542/2009, de 7 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales). Asimismo, de acuerdo con el Real Decreto 1135/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Igualdad, compete a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo *"la promoción, impulso, fomento y evaluación de la implantación de planes de igualdad en las empresas, en especial en las pequeñas y medianas, así como la implantación de la concesión del "Distintivo empresarial en materia de igualdad"*. Por este motivo, aunque el texto legal se refiera en varias ocasiones al extinto Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, su aplicación se ubica en la actualidad en el Ministerio de Igualdad". <http://www.consejo-estado.es/descripcion.htm>. 2 de diciembre de 2009.

6 meses de tales beneficios⁸. La primera pregunta que nos surge es ¿si es posible que una empresa que haya infringido el principio de igualdad de trato, haya sido sancionada por ello y además de forma accesoria haya perdido beneficios como los citados anteriormente, puede una vez elaborado el plan de igualdad que se impone como castigo por esa vulneración, acceder al distintivo de igualdad? Es decir, ¿se podría conmutar la sanción de valor económico por la elaboración de un plan de igualdad y luego premiarles por ello? Parece que del tenor literal de la nueva norma no puede desprenderse lo contrario, siempre que hayan transcurrido tres años desde esa conmutación.

- b) Que haya iniciado la implantación de un Plan de Igualdad, en aquellos supuestos en los cuales la empresa esté obligada a su implantación por imperativo legal o convencional. En los demás supuestos, haber iniciado la implantación de un Plan de Igualdad o de Políticas de Igualdad.

Esto supone que en las empresas de más de 250 trabajadores/as o en aquellas en las que resulte aplicable un convenio colectivo que exija tener un Plan de Igualdad, o cuando se haya conmutado una sanción por un Plan de Igualdad, el mismo deberá estar puesto en marcha. No se dice en la norma si durante un período mínimo, con alguna evaluación realizada del mismo, etc; por el contrario basta con tener el Plan de Igualdad en funcionamiento. En el resto de casos, y para no excluir de esta etiqueta de calidad al resto de empresas, se exige que se haya implantado un Plan de Igualdad de forma voluntaria o al menos que se lleven a cabo en la empresa Políticas de Igualdad, aunque la norma no define qué se debe entender por este último concepto. Sería por ejemplo, una política de igualdad, el no discriminar entre mujeres y hombres en el momento de realizar una selección de personal, de forma aislada y sin ninguna actuación más en temas de igualdad.

Las dudas interpretativas de este precepto de la norma se corregirán, al menos en parte, cuando analicemos el procedimiento de concesión del distintivo de Igualdad en la Empresa. Pero debemos dejar claro desde este momento que no es lo mismo un Plan de Igualdad que una Política de Igualdad. Un Plan de Igualdad es un conjunto ordenados de acciones, negociadas en la mayoría de las ocasiones con los representantes de los trabajadores/as y que inciden en múltiples aspectos de las relaciones laborales; por el contrario, una Política de Igualdad es un concepto que no está definido legalmente.

⁸ Modificación introducida por la Disposición Adicional Decimocuarta de la LO 3/2007 en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, concretamente en el artículo 46 bis de la misma.

Algunos autores utilizan la palabra "Política", para referirla a la actuación de los Estados, como conjunto de acciones impulsadas y desarrolladas por los mismos en distintos niveles territoriales y en sus distintas ramas (ejecutivo, legislativo y judicial)⁹. Pero el concepto de Política puede significar varias cosas. Según la mayoría de los diccionarios enciclopédicos ilustrados, el sustantivo "política" tiene entre otros significados el siguiente: "*la conducta coherente que se sigue en un asunto determinado*"¹⁰.

Aplicado este concepto a la empresa, podríamos entender que el significa de política se refiere a una conducta coherente seguida por el empresario/a respecto al tema de la igualdad entre mujeres y hombres. Pero entendida ésta como Igualdad de Género, en el sentido de englobar las parcelas públicas y privadas de estas mujeres y hombres, aunque no necesariamente negociadas con los interlocutores sociales de la empresa.

c) Contar con un compromiso explícito en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las condiciones de trabajo, organización y funcionamiento interno de la empresa, y la responsabilidad social. Este compromiso deberá acreditarse por escrito y haberse hecho público.

También este requisito precisa algunas aclaraciones. En esta nueva norma se exige un compromiso adicional, más allá del asumido en el Plan de Igualdad o en el documento que recoja la Política de Igualdad aplicable en la empresa¹¹. Se trata de un comportamiento de la empresa, que debe ser explícito y escrito en el sentido de apostar por la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en tres aspectos fundamentales de la empresa:

- a. Condiciones de trabajo
- b. Organización
- c. Funcionamiento interno.

Parece que estos tres aspectos son lo suficientemente amplios como para recoger cualquier acción que en esta materia se lleve a cabo en la empresa. Pero además se incorpora un nuevo concepto, la "Responsabilidad Social". La primera parte del párrafo que recoge este requisito, nos lleva a la conclusión de que el empresario/a debe cumplir con la legalidad desde el punto de vista de la igualdad, en materia de condiciones de trabajo, de organización y funcionamiento interno de la empresa, sin embargo, la Responsabilidad Social supone un "juicio de adicionalidad", en el sentido de ir más allá de los parámetros que marca la norma legal o convencional. Con lo cual nos surge la duda de si es

⁹ Así define este concepto Astelarra, J. *Veinte años de Políticas de Igualdad*, Ediciones Cátedra, Instituto de la Mujer, Madrid, 2005, Pág. 62.

¹⁰ Diccionario Enciclopédico Larousse, Edición 2008, pág. 813.

¹¹ Si se recoge ésta en algún documento.

exigencia o mérito de la empresa llevar a cabo acciones de Responsabilidad Social para poder obtener el distintivo de Igualdad. Esto supone reabrir el debate de la Responsabilidad Social que va a ser tratado en el epígrafe cuarto de este artículo.

3. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DEL DISTINTIVO

El procedimiento para la concesión de este distintivo de calidad pasa por varias fases: a) Convocatoria; b) Presentación de documentación; c) Análisis por la Comisión evaluadora; d) Resolución de dicha Comisión; y e) Entrega del distintivo.

- a) Convocatoria. Se realizará anualmente por el Ministerio de Igualdad, mediante su publicación en el Boletín Oficial del Estado y permitiéndose tanto la tramitación electrónica como por escrito presentado la solicitud en el Registro correspondiente¹².
- b) Presentación de documentación. Mediante impreso normalizado que deberá ir acompañado de todos o algunos de los siguientes documentos:
 - Texto del Plan de Igualdad o Política de Igualdad aplicable en la empresa, ya sea porque esté prevista en el Convenio Colectivo aplicable en la empresa o en otro documento de funcionamiento interno.
 - Documento que recoja, en los supuestos de Planes de Igualdad Obligatorios¹³, el acuerdo alcanzado o la voluntad de negociar dicho Plan. Entendemos que se refiere este requisito a las actas que recojan el contenido de las reuniones celebradas bien para aprobar el Plan de Igualdad o bien la voluntad de negociarlo. Este aspecto plantea una duda respecto de uno de los requisitos generales que se debe cumplir para poder obtener el distintivo de calidad, por una parte, el artículo 4 d) de este RD 1615/2009 exige para solicitarlo que se “haya iniciado la implantación del Plan de Igualdad” en los supuestos en los que éste sea obligatorio por imperativo legal o

¹² Artículo 5 del RD 1615/2009.

¹³ Recordar que se incluyen tres supuestos: en las empresas que tengan al menos 250 trabajadores/as, en las empresas que tengan un convenio colectivo que le obligue a ello, y en las empresas en las que se haya conmutado sanciones accesorias por la elaboración de un Plan de Igualdad

convencional, mientras que el artículo 6 b) del mismo RD se refiere a la "voluntad de negociarlo" en los supuestos en que exista obligación legal, convencional o de otra naturaleza¹⁴. La duda es si el Plan debe estar ya implantándose para solicitar el distintivo o basta con la voluntad de negociarlo, lo que por otra parte no garantiza que se negocie definitivamente, ya que es una obligación de negociar, no de llegar a un acuerdo. Parece, por el desarrollo del resto del Real Decreto, que debe entenderse lo primero y la expresión del artículo 6 b) se referiría así solo a los supuestos de conmuta de sanciones accesorias por la negociación de un plan de igualdad.

- Un balance o informe sobre las medidas de igualdad implantadas hasta ese momento en la empresa relativas a las condiciones de trabajo, el modelo organizativo de la empresa, la responsabilidad social de la misma, la difusión y publicidad de los productos y servicios ofrecidos por dicha empresa. No podemos olvidar que este distintivo empresarial es una cuestión principalmente de marketing.
 - Copia de la solicitud o resolución de otros distintivos solicitados u obtenidos. Por ejemplo, los que son resultado de los programas Óptima o los obtenidos, entendemos, en alguna Comunidad Autónoma.
 - Cualquier otra documentación que ayude a conocer el Plan de Igualdad o la Política de Igualdad llevada a cabo en la empresa solicitante.
 - Y de forma facultativa un informe de los representantes de los trabajadores/as o de los propios trabajadores para informar sobre el Plan de Igualdad o la Política de Igualdad llevada a cabo en la empresa¹⁵.
- c) Análisis por la Comisión Evaluadora, la cual estará compuesta por el Director/a de la Dirección General para la Igualdad en el Empleo, dos subdirectores/as generales y un consejero/a técnico de dicha Dirección General, y una persona en representación del Instituto de la Mujer. Para llevar a cabo sus funciones utilizará una serie de criterios de valoración que se recogen en el artículo 10 de este RD.
- De forma prioritaria se atenderá a: 1) Los resultados de las medidas contenidas en los Planes de Igualdad o Políticas de Igualdad e implantadas en la empresa, lo que exige su previa evaluación; 2) La aplica-

¹⁴ Esta última expresión, entendemos, puede referirse a los supuestos de conmuta de sanciones accesorias por un plan de igualdad.

¹⁵ Artículo 6 del RD 1615/2009.

ción de medidas de acción positiva; y 3) El establecimiento de criterios y procedimientos de evaluación periódica del Plan o Política de Igualdad¹⁶.

De forma secundaria, pero también con gran importancia, se evaluará la dimensión de la empresa, atendiendo especialmente a si es una PYME, y en concreto se estudiarán tres bloques de aspectos: 1) Aspectos generales del Plan o Política de Igualdad; 2) Aspectos relativos al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo; y 3) Aspectos relativos al modelo organizativo y a la responsabilidad social de las empresas.

1.- Aspectos generales del Plan o Política de igualdad:

- Se valorará la claridad y rigor de las medidas incluidas en el Plan o Política de Igualdad. La pregunta que nos hacemos es que, si se trata de una evaluación por parte de la Comisión evaluadora ¿cómo se mide esa claridad y rigor siendo conceptos indeterminados? Según el Diccionario de la Real Academia de Lengua Española “rigor” significa excesiva y escrupulosa severidad o último término al que pueden llegar las cosas, y “claridad” significa distinción con por medio de los sentidos, y más especialmente de la vista y del oído, percibimos las sensaciones, y por medio de la inteligencia, las ideas. Parece por tanto, que estará a lo que se perciba por los miembros de la Comisión evaluadora, a la discrecionalidad de los mismos con las consecuencias que esto puede tener para las empresas solicitantes.
- La adecuación del Plan o de la Política de Igualdad al objetivo de hacer frente de forma integral a las discriminaciones por razón de género. Esto sin duda, también estará sujeto a la percepción que tengan los miembros de la Comisión evaluadora.
- La proporcionalidad y razonabilidad de las medidas que integran el Plan o Política de Igualdad de género atendiendo al equilibrio entre los objetivos, los medios y plazos establecidos.
- La posible coordinación con actuaciones similares llevadas a cabo por otras empresas, especialmente del mismo sector de actividad. Se trata, por tanto, de una llamada a la colaboración entre empresas del mismo sector.
- La implicación de los trabajadores/as y de sus representantes en el compromiso que asume la empresa respecto de la Igualdad de género.

¹⁶ Lo cual ya vienen exigido en el artículo 46.1 de la LO 3/2007, de 22 de marzo.

- La participación de los trabajadores/as y de sus representantes en las cuatro fases de un Plan de Igualdad: diagnóstico, diseño, puesta en práctica y evaluación.
- La participación de personas expertas en la materia y externas a la empresa en las cuatro fases del Plan de Igualdad.
- La constitución de comités o comisiones específicas para evaluar el Plan o Política de Igualdad.
- El compromiso de la alta dirección de la empresa con el objetivo de la igualdad real y efectiva.
- El diseño, implantación y evaluación de medidas de acción positiva contra las discriminaciones. En este apartado no se dice que deban ser necesariamente para las mujeres. Puede tratarse de medidas de acción positiva para hombres y mujeres, cada uno en el aspecto de sus vidas que lo necesite, las mujeres principalmente en la parcela pública y los hombres en la parcela privada.
- La adopción de medidas innovadoras que contribuyan efectivamente a la prevención y eliminación de discriminaciones entre mujeres y hombres.

2.- Aspectos relativos al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo. En este punto se valorará:

- La desagregación por sexo de los datos del personal de la empresa, por edad, tipo de vinculación con la empresa, niveles, grupos, categorías o puestos de trabajo y su evolución en los últimos años. Se trata de aspectos que han debido ser analizados en el diagnóstico de la empresa cuando se elabora el Plan de Igualdad, no en cambio de forma necesaria cuando lo que exista en la empresa sea una Política de Igualdad menos estructurada formalmente.
- La misma desagregación pero respecto a la retribución del personal de la empresa.
- La aplicación de criterios a la selección para el acceso y promoción en la empresa adecuados al principio de igualdad y no discriminación y que no den lugar a discriminaciones directas o indirectas.
- El establecimiento de medidas de organización del tiempo de trabajo que faciliten la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Se menciona vida personal y familiar por lo que no se tendrá sólo en cuenta las medidas aprobadas para los trabajadores/as con responsabilidades familiares sino también para todas las personas trabajadoras.
- La puesta en marcha de una oferta formativa que permita corregir las carencias de cualificación de las mujeres, así como facilitar su

acceso a puestos donde hasta este momento estén subrepresentadas o puestos de mayor responsabilidad. Entendemos que se trata de una obligación de hacer para la empresa y no de una obligación de resultado, ya que hay que contar con la voluntad de las mujeres.

- La implantación de medidas específicas par prevenir todas las formas de acoso.
- El establecimiento de políticas de prevención de riesgos laborales “avanzadas” e “innovadoras”, en especial en lo relativo a la maternidad, paternidad y lactancia¹⁷.
- La presencia de mujeres en los ámbitos de toma de decisiones en la empresa.
- La presencia de mujeres en puestos de trabajo de alto contenido tecnológico, técnico y científico.
- La implantación de medidas de revisión de determinados aspectos como el absentismo laboral, los procedimientos de solución de conflictos, las políticas de formación, de prevención de riesgos laborales profesionales, la calidad en el empleo, mantenimiento y reestructuración de la plantilla, mejoras y beneficios sociales, entre otros.

¹⁷ Puede consultarse Castellano Burguillo, E. *Feminismo de la Diferencia y Políticas Laborales Comunitarias que fomentan la Igualdad de Género*. CES. Colección Premios de Tesis Doctorales. 2007. pág. 397 y 398. En relación con este punto “*las conclusiones que hemos extraído se pueden resumir diciendo que la Directiva 92/85, principal norma estudiada en este capítulo, parte de la necesaria diferenciación entre la protección de los aspectos puramente biológicos y los sociales, los primeros relacionados con la maternidad y los segundos relacionados con las responsabilidades familiares. Esta misma diferenciación es la que hemos encontrado en el Derecho Internacional. Sin embargo a pesar de esta diferenciación, sólo los primeros han tenido protección, a excepción de la protección de la lactancia que como sabemos puede ser natural o artificial, proporcionada esta última indistintamente por padres y madres. [...] a pesar de que existe esa diferenciación, sólo las mujeres se contemplan como destinatarias de las medidas de protección de la salud. [...] esta forma de regular la cuestión provoca que la parcela privada de las mujeres resulte ampliamente protegida si la comparamos con los hombres, tanto en los aspectos temporales como económicos relacionados con el embarazo y el parto. En cuanto a los Programas comunitarios para proteger la salud laboral la conclusión a la que se llega después de su estudio es que precisan ser actualizados, ya que el hombre no es contemplado como destinatario de medidas de protección de esta salud laboral, no al menos en el sentido de las responsabilidades familiares que pueda tener. Esta conclusión es válida para todo el contenido de la Política de Salud [...], y ello porque las responsabilidades familiares que surgen a continuación del nacimiento del hijo no son tenidas en cuenta a los efectos de la protección de la salud laboral, la cual se puede ver especialmente perjudicada en aquellas personas que deben compatibilizar horarios de trabajo y cuidado de las familias. En definitiva, lo que se propone es que basándonos en las diferencias que existen entre mujeres y hombres amplíemos el contenido de la Política de Salud, incluyendo además de la maternidad otras responsabilidades que surgen en paralelo o al margen de ésta, y que esto se realice mediante la delimitación de las situaciones que pueden afectar a los trabajadores, más allá del riesgo por embarazo, del parto o de la lactancia, como hasta ahora se ha hecho.*”

- La efectiva difusión y garantía de los derechos y facultades incluidos en el Plan o Política de Igualdad, en especial, los relativos a la tutela contra la discriminación.

Esta batería de aspectos supone un listado respecto de los elementos que deben incluirse en un Plan de Igualdad, de manera que a través de criterios de valoración de la actuación de una empresa interesada en obtener el distintivo empresarial, se marcan los elementos que la misma debe tener en su Plan de Igualdad, indicándole que si está interesada en dicho distintivo debe contemplar todos o algunos de estos elementos. Si repasamos todos estos elementos que la Comisión evaluadora tendrá en cuenta, observamos que la mayoría recaen en actuaciones que debe realizar el empresario/a pero otros dependen de la voluntad de los propios trabajadores/as o incluso de discrecionalidad de los componentes de la Comisión a la hora de evaluarlos, lo que sin duda puede dificultar la obtención de este sello.

3.- Aspectos relativos al modelo organizativo y a la responsabilidad social de las empresas. Este apartado debemos relacionarlo con el siguiente epígrafe de este artículo, pero en cualquier caso señalar que los elementos que tendrá en cuenta la Comisión evaluadora para conceder el distintivo son:

- La información, formación y sensibilización en igualdad y no discriminación de todo el personal de la empresa.
- La existencia de agentes o unidades de igualdad¹⁸.
- La incorporación de medidas de gestión de la diversidad, entendiéndose que esta diversidad se refiere a cualquiera de las causas de no discriminación previstas en el artículo 14 de nuestra norma suprema.
- El diseño y las líneas de producción que contribuyan a la eliminación y prevención de discriminaciones.

¹⁸ Como se pone de manifiesto en el Dictamen del Consejo de Estado emitido sobre el proyecto de Real Decreto que comentamos "El 18 de mayo de 2009 la Confederación Sindical de Comisiones Obreras envió algunas observaciones al texto. Entre ellas, apuntaba que ninguna capacidad tenía la empresa, salvo que incurriese en injerencia en la acción sindical prohibida por la Ley Orgánica de Libertad Sindical, para determinar la composición de los órganos de representación del personal, por lo que no podía evaluarse la existencia en ellos de agentes de igualdad" http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2009-1321. 2 de diciembre de 2009. "El párrafo 3.b) del artículo 10 valora, entre otros extremos, la existencia de Agentes, Responsables o Unidades de Igualdad (...) en los órganos de representación del personal". El Consejo de Estado hace suya la observación formulada por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, en el sentido de que el aspecto valorado queda fuera del ámbito de decisión del empresario (punto tercero de antecedentes). Parece preferible suprimir la referencia a los órganos de representación del personal".

- La política de imagen de la empresa, el uso de un lenguaje y publicidad no sexista.
- La implantación de medidas de responsabilidad social en materia de igualdad ya sean económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza que favorezcan la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y en su entorno social.
- La integración del compromiso con la igualdad efectiva en las relaciones con terceros (proveedores, clientes, usuarios, contratistas y subcontratistas, etc.).
- Cualquier otro aspecto que contribuya a la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Si repasamos este triple listado de aspectos podemos comprobar que una empresa para obtener el sello de igualdad debe no sólo trabajar por tener un Plan o Política de Igualdad, sino además ser socialmente responsable para con su plantilla. Esto último no es un requisito *sine qua non* pero si es un mérito a tener en cuenta por la Comisión evaluadora. De esta manera no sólo trabajamos por la Igualdad de Género sino también por la Responsabilidad social de las empresas, ya que como analizaremos en el epígrafe siguiente en muchos aspectos ambas cuestiones van de la mano.

- d) Resolución de dicha Comisión¹⁹. La Comisión evaluadora realizará una propuesta de empresas candidatas a la obtención del distintivo de igualdad y será la Ministra de Igualdad²⁰ quien dictará la resolución definitiva que deberá estar motivada. El plazo máximo para resolver será de seis meses desde que termine el plazo para presentar solicitudes. Lo curioso de este aspecto es que si transcurrido dicho plazo no recayera resolución expresa, el silencio administrativo se entiende como positivo, y por tanto, se entenderá estimada la solicitud de la empresa en cuestión.
- e) Entrega del distintivo²¹. Mediante un acto público se entregará a las empresas un certificado y una placa que acredite el distintivo de empresa comprometida con la Igualdad.

¹⁹ Prevista en el artículo 8 del RD 1615/2009.

²⁰ Es curioso se habla de Ministra y no de persona responsable del Ministerio de Igualdad, pareciendo que sólo lo será una mujer y no un hombre.

²¹ Artículo 9 del RD 1615/2009.

4. ¿ES UNA CUESTIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL?

Son muchos los documentos internacionales, comunitarios y nacionales que en los últimos años se han aprobado sobre la Responsabilidad Social²². Algunos con carácter vinculante y otros en forma de meras recomendaciones a las empresas para que éstas mejoren sus estrategias y políticas, para que más allá del cumplimiento de la Ley mejoren su funcionamiento y el impacto que éste tiene en las personas que trabajan en dichas empresas y en su entorno²³. De forma resumida podríamos decir, por tanto, que las actuaciones a realizar por las empresas que quieran ser socialmente responsables deben centrarse en tres grandes frentes, primero, en el capital humano de la empresa y en los aspectos sociales relacionados con el mismo, segundo en los aspectos medioambientales del entorno en el que actúa la empresa, y tercero en el entorno social donde opera dicha organización²⁴. En concreto, ser una empresa socialmente responsable desde el punto de vista de su dimensión interna supone realizar una mayor inversión que la exigida por las normas legales o convencionales en el capital humano de la empresa, cualquiera que sea el tipo o tamaño de estas empresas²⁵.

Entre las medidas que pueden adoptarse sobre este punto concreto destacan las relativas a la seguridad y salud de los trabajadores/as, a la gestión del cambio en la empresa, a la formación y aprendizaje permanente del trabajador/a, a la búsqueda de un mayor equilibrio entre tiempo de trabajo, familia y

²² Entre otros trabajos sobre esta materia, puede destacarse: Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. "Una nueva iniciativa comunitaria sobre responsabilidad social de la empresa". *Revista Relaciones Laborales*. Nº 1. 2006. Págs. 119-127; Alonso Soto, F. "Estrategia europea de la responsabilidad social de las empresas" *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 62. 2006. Págs. 79 y ss.; Merino Segovia, A. "Responsabilidad social corporativa: su dimensión laboral." *Documentación Laboral*. Nº 75. 2005. Págs. 51-80. Incluso actualmente se debate en nuestro Congreso de los Diputados la necesidad de que el sector público se incorpore al tren de la Responsabilidad Social, a la cultura, a las prácticas y a la filosofía de la sostenibilidad. Diario de Sesiones de 23 de junio de 2009.

²³ Para la investigación de esta materia en el año 2000 se creó en España el Instituto Persona, Empresa y Sociedad (IPES) dependiente del Instituto de Estudios Laborales (IEL) ESADE, dedicado principalmente a facilitar la innovación y potenciar el debate social ante los retos que las nuevas realidades sociales, políticas y económicas plantean a las empresas. <http://www.esade.es/detalle.php>. de 11 de enero de 2009.

²⁴ Para más información consultar: Pizzolante Negrón, I. *De la responsabilidad social empresarial a la empresa socialmente responsable*. Ediciones de las Ciencias Sociales. 2009; *Responsabilidad social de las empresas: foro de expertos. Informe sobre aspectos sociales y medioambientales, diálogo social*. Consejo Estatal. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2008. Tascón López, R. *Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*. Centro de Estudios Financieros. 2008.

²⁵ Puede consultarse también Córdoba A. *El corazón de las empresas: responsabilidad social corporativa y conciliación de la vida profesional y personal*. Esic Editorial. 2007.

ocio, a la igualdad de condiciones laborales entre mujeres y hombres, a la participación del trabajador/a en los beneficios de la empresa, a la contratación preferente del colectivo menos representado en la empresa, y a la búsqueda de las soluciones menos dramáticas en caso de crisis de la empresa, dejando en último lugar la resolución del contrato de trabajo.

Si analizamos detenidamente todos estos aspectos podemos comprobar que muchos de ellos coinciden con los contenidos que se están incluyendo en los Planes de Igualdad que desde el año 2007 se están aprobando en algunas empresas. Por lo que resulta que una misma actuación empresarial dirigida a la plantilla puede servir para cumplir con el requisito de tener un Plan de Igualdad, al margen de los supuestos en los cuales éste se aprueba aunque no exista la obligación legal o convencional para ello, y además para ser socialmente responsable.

Sin embargo, como todos sabemos, desde el momento en el cual una mejora para la plantilla se incluya en el Plan de Igualdad, voluntario u obligatorio, se convierte en obligación a cumplir por todos los sujetos que intervienen en las relaciones laborales, y si es obligatorio cumplirlo, es decir, existe una obligación legal o convencional, queda fuera del propio concepto de Responsabilidad Social, la cual exige un juicio de adicionalidad respecto de la norma legal o convencional²⁶.

Esto nos plantea la duda de qué aspectos recoger en un Plan de Igualdad, con el fin de obtener el distintivo de “Igualdad en la Empresa” y, qué otros dejar al campo de la Responsabilidad Social, la cual también tendrá sus distintivo de calidad para diferenciar las empresas que apuestan por la misma. Es más aquellas empresas que por Ley o convenio colectivo estén obligadas a tener un Plan de Igualdad, y que además quieran ser socialmente responsables desde el punto de vista de los recursos humanos deben realizar una doble inversión, una para la elaboración del Plan de Igualdad y su correspondiente distintivo y otra para ser socialmente responsable. Al margen de los distintivos nos podemos encontrar con situaciones en las cuales una misma medida puede ser utilizada y valorada para obtener el distintivo de Igualdad en la empresa y sin embargo, en otra empresa esa misma medida nos sirva para el sello de empresa socialmente responsable. Esta interrelación de ambos aspectos nos va a dibujar un panorama empresarial diverso y con algunas paradojas. Pero esta diversidad, no debe

²⁶ Como señala Rodríguez-Piñero Royo M. “[...] una empresa cumplidora de la Ley no es por sí misma socialmente responsable pero si quiere serlo debe partir necesariamente de este cumplimiento” *La responsabilidad social corporativa una oportunidad y un desafío para todos*. En www.juntadeandalucía.es/empleo/carl/ observatorio.

hacernos perder de vista que esta mención o sello de igualdad, en la medida en que se va a conceder a partir del cumplimiento de unos requisitos legales y convencionales queda fuera del concepto de Responsabilidad Social y entra en el campo de lo exigible. El posible sello de Responsabilidad Social es el resultado de hacer algo, por parte de la empresa, a lo que no está obligada, mientras que el sello de Igualdad está pensado para las empresas que cumplen con la normativa de Igualdad, ya sea legal o convencional. Sólo para aquellas empresas no obligadas a tener Planes de Igualdad podría pensarse en un sello de igualdad que fuera parte de su Política de Responsabilidad Social.

Otra cuestión a plantear es por qué se debe conceder una marca de excelencia a una empresa que cumple con la legalidad, por esta regla de tres se nos debería conceder este tipo de emblemas a todos aquellos que respetamos el ordenamiento jurídico y, sin embargo, no es así. La respuesta la podemos encontrar, a nuestro entender, en la necesidad, aún hoy, de impulsar por cualquier vía los aspectos relativos a la Igualdad de Género, aunque es una materia sobre la que se ha trabajado y legislado ampliamente desde hace tiempo, es aún una asignatura pendiente.

Al margen de la coincidencia de contenidos, hay otro aspecto de gran importancia en esta materia y es la labor a ejercer por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social²⁷. Esta Inspección interviene en varios supuestos, por una parte, en los supuestos de conmuta de sanciones accesorias por la elaboración de un Plan de Igualdad en la empresa sancionada²⁸, ya que según establece al Disposición Adicional Decimocuarta de la LO 3/2007 que modifica la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social (en adelante LISOS) esto podrá realizarse si así se determina por la Autoridad Laboral competente previo informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Y por otra parte, el artículo 8.17 de la LISOS establece que es una infracción muy grave "*No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley*". Por tanto existen varias infracciones contenidas en este párrafo y que pueden ser detectadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social:

²⁷ Para más información consultar <http://www.ugt.es/Mujer/crisalida/00052/Inspeccion%20de%20trabajo.html>. 2 de diciembre de 2009. Se realiza un resumen de las orientaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con los Planes de Igualdad.

²⁸ La Exposición de Motivos de la LO 3/2007, de 22 de marzo establece que "Asimismo, se adaptan las infracciones y sanciones y los mecanismos de control de los incumplimientos en materia de no discriminación, y se refuerza el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Es particularmente novedosa, en este ámbito, la posibilidad de conmutar sanciones accesorias por el establecimiento de Planes de Igualdad".

- No elaborar el Plan de Igualdad cuando esté la empresa obligada a ello por norma legal o convencional.
- No aplicar dicho Plan de Igualdad.
- Elaborar el Plan de Igualdad al que está obligada la empresa por la conmutación de una infracción muy grave pero sin seguir las directrices de la Autoridad Laboral o de la Inspección de Trabajo, cuyo informe previo es preceptivo.
- Y aplicar el Plan de Igualdad aprobado por dicha conmutación de una infracción muy grave pero sin seguir las directrices de la Autoridad Laboral o de la Inspección de Trabajo, cuyo informe previo es preceptivo, como decimos²⁹.

Para llevar a cabo esta labor de Inspección, será preciso aprobar criterios técnicos para que los Inspectores/as³⁰ puedan poner en marcha y aplicar adecuadamente el contenido de la normativa legal, como ya se ha hecho por ejemplo en materia de violencia de género³¹. Por todo ello, se han firmado el día 22 de septiembre de 2009, dos protocolos mediante los cuales, el Ministerio de Igualdad y el Ministerio de Trabajo e Inmigración colaborarán para erradicar la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral. Concretamente, estos convenios contienen actuaciones en materia de discriminación salarial entre mujeres y hombres y un mayor control de la contratación en los sectores que registran más ocupación femenina.

²⁹ Por otra parte, y según el artículo 7.13 de la LISOS es una infracción grave “No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación”.

³⁰ La propia Organización Internacional del Trabajo ha definido el papel de la Inspección del Trabajo de la siguiente manera:

- La inspección debe trabajar de acuerdo con un sistema de información y de prevención pro-activo encaminado a aumentar el nivel de concienciación. Sin embargo, el enfoque actual es bastante reactivo;
- Las áreas de actividad de la inspección del trabajo deben ser multidisciplinarias.

De manera que las políticas nacionales e internacionales deberían dirigirse a todas las funciones importantes para la salud, seguridad y bienestar de las personas trabajadoras, y deberían incluir temas urgentes como la igualdad de género, la violencia en el trabajo, los trabajadores/as inmigrantes, el VIH/SIDA, las enfermedades contagiosas y el envejecimiento de la población junto con otros problemas más tradicionales. Estudio sobre la Inspección de Trabajo (OIT año 2006). publicado el 1 de enero de 2007. puede consultarse en http://www.mtin.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/Normativa_y_Documentacion/index.html. 2 de diciembre de 2009. pág. 66.

³¹ Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo., 19 de febrero de 2009.

De acuerdo con el primero de los protocolos de colaboración, el Ministerio de Trabajo comprobará, por medio de la Inspección de Trabajo, la existencia de discriminación salarial, directa o indirecta. Una discriminación que acostumbra a darse debido al reconocimiento a los trabajadores de complementos salariales voluntarios no reconocidos a las trabajadoras de las mismas categorías profesionales. En este contexto, se inspeccionarán unas 260 empresas y se estudiarán los pagos de salarios y cotizaciones sociales de los últimos dos años. Los resultados de este análisis y las medidas derivadas de las actuaciones inspectoras serán remitidas al Ministerio de Igualdad.

El segundo protocolo se centra en luchar contra las irregularidades de contratación en los sectores de mayor ocupación femenina. En este sentido, se prestará especial atención al uso fraudulento de la contratación a tiempo parcial o la falta de altas a la Seguridad Social de trabajadoras en estos sectores profesionales. La vigencia de estos protocolos es inicialmente anual, si bien pueden prorrogarse. Los dos ministerios implicados constituirán comisiones mixtas de seguimiento de cada uno de los acuerdos³².

5. DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE EMANAN DE LA OBTENCIÓN DEL DISTINTIVO

En cuanto a las facultades que confiere este distintivo, el RD 1615/2009 deja abierto el listado que presenta, ya que señala que conllevará, sin perjuicio de otras que pudieran establecerse, las siguientes facultades:

1. La entrega mediante acto público del certificado y de la placa, acreditativas de este distintivo.
2. El uso del distintivo en todas las operaciones comerciales que realice la empresa y con fines publicitarios, siempre respetando el logotipo original, color, tipo³³, etc. que diseñe el Ministerio de Igualdad, indicando además el año de concesión y durante el tiempo de su vigencia.
3. Conforme a lo que establecen el artículo 35 y 50 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, el distintivo permite la obtención de subvenciones públicas de forma preferente en los Planes estratégicos de subvenciones que adopten las Administraciones Públicas.

³² http://www.mtin.es/itss/web/Sala_de_comunicaciones/Noticias/Archivo_Noticias/2009/09/20090923_not_web_portal.html. 27 de noviembre de 2009. 18 horas.

³³ Mediante la Orden IGD/3195, de 12 de noviembre, se aprueba el logotipo y representación gráfica del distintivo "Igualdad en la Empresa". BOE de 27 de noviembre de 2009.

4. Conforme al artículo 34 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, preferencia también en las obtención de contratos públicos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, siempre y cuando en los pliegos administrativos particulares se mencione esta preferencia para la adjudicación del contrato público, y siempre que las proposiciones de la empresa o empresas que cuenten con el distintivo de igualdad igualen a las ofertas más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos. Además se deberán mantener los parámetros de igualdad durante el plazo fijado para la ejecución del contrato público. Esta cláusula debe ser interpretada correctamente en el sentido de que el distintivo “Igualdad en la Empresa” se limita a constituir un elemento que “excusa la prueba de que un determinado licitador desarrolla políticas tendentes a promover la igualdad entre hombre y mujer, pero que este hecho puede acreditarse por otros medios”³⁴. No es una preferencia absoluta, ya que esto sería contrario al ordenamiento jurídico como muy bien explica el Consejo de Estado en su dictamen³⁴.
5. Recibir publicidad y difusión institucional adicional por parte del Ministerio de Igualdad.

³⁴ “En efecto, no resulta posible que para la adjudicación de esos contratos se valore el distintivo empresarial “Igualdad en la Empresa”, a efectos de dar preferencia a quien lo ostenta. Como anteriormente se vio, sólo se concede a empresas que, por desarrollar su actividad en España, estén inscritas en la Seguridad Social y al corriente de sus obligaciones con ella (artículo 4 del proyecto). El distintivo está pensado para empresas que trabajen en España, y por este motivo se publica su convocatoria en el Boletín Oficial del Estado (artículo 5.1 del proyecto). Toda su regulación, en la que como se ha detallado juegan un papel importante los planes de igualdad y la representación de los trabajadores, se refiere implícitamente a empresas españolas o extranjeras establecidas en España. Es de notar que el distintivo se declara compatible “con el otorgamiento de otras distinciones o premios concedidos por diferentes Administraciones públicas españolas o extranjeras, o entes públicos adscritos o dependientes de dichas Administraciones” (artículo 11.2 del proyecto), pero sólo aquél otorgaría preferencia en la adjudicación de los contratos públicos, en la interpretación antes mencionada. Parece claro que la preferencia del distintivo empresarial en la adjudicación de contratos públicos supone un privilegio para las empresas españolas frente a las de otros países de la Unión o, en otros términos, una discriminación indirecta por razón de nacionalidad. Como es sabido, el artículo 12 del Tratado de la Comunidad Europea prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad, al igual que la Directiva citada (artículo 2), y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido especialmente activo en este campo. Entre otras muchas sentencias se puede citar la de 18 de octubre de 2001 (asunto SIAC, C-19/00)”. <http://www.consejo-estado.es/descripcion.htm>. 2 de diciembre de 2009.

En cuanto a las obligaciones que asume la empresa que obtiene el distintivo de igualdad, podemos citar las siguientes:

1. Cumplimiento y mejora en su caso del Plan o Política de igualdad que les ha permitido obtener el distintivo³⁵.
2. Remitir a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo un informe anual³⁶ en el cual se reflejen las actuaciones implantadas y los efectos que las mismas han producido conforme al Plan o Política de igualdad de la empresa³⁷. Esto supone para la empresa tener que hacer una valoración de las acciones realizadas cada año.
3. Remitir un informe más amplio al tercer año de concesión del distintivo, en el cual no sólo se contemple las actuaciones y resultados producidos ese año, sino también el conjunto de acciones y resultados previstos y producidos que integran el Plan o Política de igualdad, es decir, un informe global del Plan o Política de igualdad de la empresa en cuestión. En este último informe se valorará la participación de los representantes de los trabajadores/as o de los propios trabajadores/as, aunque parece que no queda muy claro si esta participación de los representantes de los trabajadores/as o de los propios trabajadores/as se debe recoger en un documento adicional aparte³⁸.

³⁵ Artículo 12 del RD 1615/2009.

³⁶ El Consejo de Estado ha considerado que "La Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa han propuesto la supresión del informe periódico anual por parte de las empresas que hayan recibido el distintivo (punto séptimo de antecedentes). Parece claro que tal informe supondrá una carga administrativa para las empresas, más relevante cuanto menor sea su tamaño, y que además su omisión da lugar a la suspensión del distintivo (artículo 18.1.a) e incluso a su revocación (artículo 19.1.a). El Consejo de Estado, en aras de hacer atractivo el distintivo y de facilitar su solicitud, entiende que basta con el informe trienal, coincidente con la vigencia del distintivo (según el artículo 16). Esto obligaría a retocar los artículos 15.2, 18, apartados 1 y 2, y 19.1. <http://www.consejo-estado.es/descripcion.htm>. 2 de diciembre de 2009.

³⁷ Esto se hará en el plazo de 30 días naturales inmediatamente posteriores a la fecha de terminación de cada anualidad de vigencia del distintivo. Artículo 13 del RD 1615/2009.

³⁸ Ello parece deducirse del artículo 6.2 del RD 1615/2009.

6. PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DEL DISTINTIVO

Por todo lo anterior, no es causal, que el distintivo tenga una vigencia de tres años, pudiendo ser prorrogado, suspendido, revocado o incluso renunciar a él.

En el caso prórroga, ésta deberá solicitarse de forma anticipada a la expiración de esos tres años acompañando al informe trienal que debe presentar la empresa y, en su caso, al informe de los representantes de los trabajadores/as o de éstos mismos. Esta prórroga tendrá una duración de tres años y seguirá para su concesión el mismo procedimiento antes descrito para la concesión originaria, manteniéndose provisionalmente los efectos del distintivo hasta que el Ministerio de Igualdad resuelva sobre dicha prórroga, para lo cual tendrá un plazo máximo de seis meses³⁹.

En los supuestos de suspensión del distintivo, debe señalarse que esta suspensión puede producirse en cuatro supuestos:

- En el supuesto de que la empresa no remita el informe anual al que está obligada en la forma y plazo previstos en este Real Decreto. En todo caso, está prevista la subsanación de este incumplimiento en el plazo extraordinario que conceda el Ministerio de Igualdad.
- En el supuesto de alteración de las condiciones que dieron lugar a su concesión siempre que supongan un empeoramiento no sustancial de los aspectos de igualdad valorados para la concesión del distintivo.
- En el supuesto de incumplimiento leve de las obligaciones que conlleva el distintivo en cuanto a su utilización (logo, color, vigencia).
- Y como medida cautelar cuando se inicie un procedimiento de revocación.

Cuando concorra alguna de estas circunstancias y como su propio nombre indica se suspenderán las facultades que conlleva el distintivo de igualdad estando a lo dispuesto en cada convocatoria para lo supuestos de subvenciones y contratos públicos. Esta suspensión se puede realizar por parte de la Ministra de Igualdad a instancia de parte o bien de oficio. Incluso la propia empresa distinguida puede solicitarla con el fin de evitar su pérdida definitiva⁴⁰.

Por su parte la revocación, también llevada a cabo por la Ministra de Igualdad a instancia de parte o bien de oficio, se puede producir en los cinco supuestos siguientes:

³⁹ Artículo 16 del RD 1615/2009.

⁴⁰ Así se deduce del artículo 19 del RD 1615/2009.

- Cuando no se remita por la empresa beneficiaria del distintivo el informe anual en el plazo extraordinario concedido para ello.
- En el supuesto de alteración de las condiciones que dieron lugar a su concesión siempre que supongan un empeoramiento, en este caso, sí sustancial de los aspectos de igualdad valorados para la concesión del distintivo.
- Cuando se pierda alguno de los requisitos analizados anteriormente y que son necesarios para la concesión del distintivo.
- En los supuestos de incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones derivadas de la concesión del distintivo, especialmente las relativas a una publicidad ilícita.
- Y finalmente se recoge una cláusula abierta en el sentido de señalar que también se revocará el distintivo cuando en la empresa se produzca o aprecie aspectos incompatibles con los criterios de valoración señalados anteriormente, o que sean contrarios a la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

Esta revocación produce un doble efecto. Por una parte, pérdida de todas las facultades y derechos que conlleva el distintivo, estando a lo dispuesto en cada convocatoria para lo supuestos de subvenciones y contratos públicos. Y por otra parte, exclusión durante un período de tres años de la posibilidad de solicitarlo nuevamente. Si la revocación llegará a producirse una segunda vez, este período de exclusión se extiende hasta los diez años.

Sin duda estos efectos nos hacen plantear la necesidad de recurribilidad de dicha decisión, ya que si bien algunos incumplimientos de la empresa son fácilmente perceptibles, como por ejemplo, no remitir el informe anual, puede ocurrir que no sea tan claro en todos los supuestos, por ejemplo, el caso de la alteración de las condiciones que dieron lugar a su concesión, en el sentido de empeorar: La pregunta es quién o qué órgano valora este aspecto para revocar el distintivo, ¿lo hará el Ministerio de Igualdad, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Comisión evaluadora que lo concedió?

Y por último la renuncia llevada a cabo por la propia empresa distinguida conllevará la pérdida de todas las facultades obtenidas por dicha empresa. No señala la norma ninguna de las posibles causas por las cuales una empresa puede adoptar esta decisión⁴¹.

⁴¹ Artículo 19 del RD 1615/2009.

Para poder disponer de una información actualizada sobre la materia, la Dirección General para la Igualdad en el Empleo del Ministerio de Igualdad, mantendrá un registro público de las concesiones, renovaciones, renunciaciones voluntarias, suspensiones y revocaciones que se hayan realizado.

7. ALGUNAS CONCLUSIONES

Podemos decir que tanto la eficacia como la calidad de las acciones llevadas a cabo por una empresa son dos cuestiones de enorme actualidad. Para verificar ambos aspectos en lo relativo a la igualdad de género, se cuenta a partir de estos momentos con el control que llevará a cabo el Ministerio de Igualdad, a través de este sello de calidad, y con la propia actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.⁴²

Uno de los problemas que plantean los sellos de calidad es, sin duda, que su otorgamiento puede no gozar de las requeridas garantías y que son de difícil verificación por una autoridad externa⁴³. Esto queda salvado en el caso del distintivo de “Igualdad en la Empresa”, ya que lo concede el Ministerio de Igualdad⁴⁴, el cual además seguirá y evaluará la implantación de las acciones en beneficio del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres a través de los informes que deben presentar las empresas que obtengan el distintivo. Además de este impulso y control público, otras acciones a llevar a cabo por parte de las instituciones públicas son iniciativas de mera información y sensi-

⁴² El artículo 50.5 de la LO 3/2007, de 22 de marzo establece “El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales controlará que las empresas que obtengan el distintivo mantengan permanentemente la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras y, en caso de incumplirlas, les retirará el distintivo”.

⁴³ Así lo pone de manifiesto también Ballester Pastor I., *Ibidem.* pág. 183. Y, cuando se pretende que se lleve a cabo tal verificación o comprobación externa, se comprueba que son muchos los sistemas de etiquetados existentes y tal multiplicación puede llegar a afectar a su eficacia, dado que la diversidad de criterios utilizados en las etiquetas y la falta de claridad de su significado puede inducir a confusión al consumidor.

⁴⁴ En el Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Real Decreto que comentamos se señala que el mismo “También se acompaña de un informe sobre impacto por razón de género, en el que se explica que el objetivo fundamental del distintivo consiste en reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades y que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios. Por ello se indica que tendrá un impacto positivo en materia de género. Obra asimismo en el expediente una memoria económica en la que se afirma que las disposiciones del proyecto “no suponen un incremento de gasto público para el Ministerio de Igualdad, pues el pago del diseño del distintivo se realizará con cargo a la dotación presupuestaria ya existente”. A continuación, se cifra el coste del logotipo y de sus copias en una cantidad aproximada de 20.000 euros.

bilización sobre las condiciones de trabajo, de la promoción de las prácticas más adecuadas mediante el patrocinio de premios para las empresas, el ofrecimiento de subvenciones, el fomento de la creación de asociaciones sobre la materia, y la utilización de la contratación pública.

Todo ello con el fin de que las empresas vean la protección efectiva de la igualdad entre hombres y mujeres no como un simple coste que deben asumir sino como una ventaja competitiva, ya que los costes económicos y de personal⁴⁵ que conlleva la implantación de un Plan o de una Política de Igualdad se pueden ver compensados por otros beneficios como el propio distintivo de igualdad, disminución de prácticas de absentismo laboral, mejor clima laboral, mejor imagen ante los clientes y proveedores, mejora en resumen de la productividad y competitividad de la empresa en cuestión.

Lo mismo podemos decir de la Responsabilidad Social⁴⁶, de la cual forma parte como hemos visto, la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no es una cuestión de modas, ni desaparece con la crisis. Como han señalado nuestros representantes políticos en el Congreso de los Diputados "[...] *esto de la RSE no desaparece con la crisis, como algunos dicen: desaparece con la crisis la acción social de la empresa, que es otra cosa, desaparece con la crisis el marketing social, que es otra cosa. La RSE es una política integral que impregna la gestión de la empresa, el rol de la empresa, la manera de hacer empresa en una sociedad globalizada en la que la sociedad participa y penetra en el negocio mismo de las compañías, a través de múltiples actividades, desde accionistas hasta consumidores*"⁴⁷.

Otra conclusión importante es la necesaria formación adecuada de los agentes, públicos y privados, que intervienen en esta materia. De hecho el II Plan Estratégico 2008–2011 de Igualdad de Oportunidades para España⁴⁸, fija en su Eje 12 sobre la "Tutela del Derecho a la igualdad", la necesidad de especialización de las y los operadores jurídicos para la aplicación del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres. Esto se hará incluyendo temas específicos sobre la materia en los programas de formación del Centro de Estudios Jurídicos y de la Escuela Judicial; en la formación que se imparta a los organismos

⁴⁵ Para más información consultar Santa Cruz Ayo I. "Beneficios y Costes de los Planes de Igualdad". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Número extraordinario sobre Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Pág. 282–285.

⁴⁶ Para más información Documento de trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales "La Responsabilidad Social de las Empresas. Diálogo Social. <http://www.mtas.es> 30 de noviembre de 2009.

⁴⁷ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 23 de junio de 2006.

⁴⁸ Aprobado en diciembre de 2007.

públicos con competencias en este ámbito (Autoridad Laboral, Inspección de Trabajo y agentes de intermediación laboral); elaborando protocolos de actuación para los organismos públicos, celebrando encuentros y foros de debate de los operadores jurídicos con personas expertas en esta materia para llevar a cabo un intercambio de experiencias; promoviendo encuentros europeos de todos los operadores jurídicos y el reforzamiento del conocimiento de la jurisprudencia derivada de la aplicación de las directivas europeas relativas a la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres⁴⁹.

Como tercera conclusión importante de este estudio debemos destacar la necesidad de control y supervisión en esta materia. En el Informe elaborado por el Ministerio de Igualdad tras “2 años de aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres” y publicado en marzo de 2009⁵⁰, se señala que *“la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en colaboración con las Comunidades Autónomas ha puesto en marcha un Plan de Actuación 2008–2011 para la vigilancia en las empresas de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. La actuación consiste en una campaña específica de control para verificar el cumplimiento de la normativa de igualdad y detectar los posibles incumplimientos de las obligaciones empresariales en este ámbito, salvaguardando, así, el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, regulado en el Título IV de la Ley para la Igualdad. Este Plan implica, según las estimaciones, la realización de una inspección en 10.000 empresas de todo tipo entre 2008 y 2010 (en 2008 se han realizado 4.028 inspecciones, de las cuales 1.125 se han realizado por discriminación por razón de sexo, 478 por acoso sexual, 704 comprobación de Planes de Igualdad, 123 por acoso por razón de sexo, 217 por incumplimiento de los derechos de conciliación, 383 por discriminación en la negociación colectiva, 596 para proteger derechos de maternidad y lactancia y 402 por discriminación en el acceso al empleo), aunque se centrará preferentemente en las que cuentan con una plantilla mayor de 50 personas y con especial atención en las de más de 250.”*⁵¹

Por tanto, el control y supervisión de esta materia va a ocupar a partir de ahora un papel importante en las agendas de los operadores públicos.

⁴⁹ Página 109 de dicho Plan Estratégico.

⁵⁰ Se puede obtener en web del Ministerio de Igualdad. 22 de noviembre de 2009.

⁵¹ Páginas 19 y 20 del Informe.

Como cuarta y última conclusión quisiéramos resaltar algunos riesgos que este distintivo conlleva y que han sido puestos de manifiesto en el Informe del Consejo de Estado de España al revisar el proyecto de este Real Decreto. El primer riesgo ha sido resaltado por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa y se refiere a que los criterios que se utilizan para valorar las solicitudes presentadas por las empresas para la obtención del distintivo sean realmente objetivos, sencillos de entender y en número adecuado.

Esta discrecionalidad de la Administración Pública ya ha sido resaltada en páginas anteriores, de hecho en ese Informe del Consejo de Estado se proponía revisar los elementos que se valoran en el procedimiento de concesión porque son demasiado "numerosos" y se prestan a valoraciones subjetivas, lo que va a desincentivar su solicitud, porque además no está previsto en el RD 1615/2009 ningún procedimiento de recurso administrativo o judicial, por lo que tendríamos que acudir a la normativa general de recurso frente a actos administrativos que establece la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Otros inconvenientes del texto comentado, y también destacados en el Informe del Consejo de Estado, son:

- la dificultad de control y seguimiento del criterio de integración del compromiso con la igualdad efectiva en las relaciones con terceros (proveedores, clientes, usuarios, contratistas y subcontratistas, integrantes de un grupo de empresas, entre otros), ya que no depende exclusivamente de la voluntad empresarial.
- Otro problema se puede plantear en la adjudicación de contratos públicos a las empresas que posean el distintivo de igualdad, ya que *"la decisión sobre solvencia técnica o profesional de una empresa se realizaba en un momento, y en otro la adjudicación, para la cual sólo cabía valorar criterios objetivos, de acuerdo con el Derecho comunitario europeo y con la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (citaban el informe número 44/2004, de 12 de noviembre, relativo a la inclusión de cláusulas de discriminación positiva en los pliegos)"*.
- Y, por último, también se propone la supresión del informe anual de las empresas, por la "excesiva burocracia" que comporta, y el mantenimiento del trienal del mismo.

Por tanto, podemos decir que seguimos avanzando en la consecución de la Igualdad de Género aunque no pocos interrogantes y asumiendo que nos queda un largo camino por recorrer.

LA COSA JUZGADA MATERIAL DE LA SENTENCIA QUE PONE FIN AL PROCESO DE CONFLICTO COLECTIVO

MARTA ARTACHO MARTÍN-LAGOS

Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Granada*

EXTRACTO **Palabras Clave: Derecho Procesal Laboral, Conflicto Colectivo, Cosa Juzgada Material**

Aunque el interés de la doctrina y la mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la cosa juzgada material de la sentencia firme sobre el fondo dictada en el proceso de conflicto colectivo se han centrado en la previsión específica contenida en el art. 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), también existen peculiaridades derivadas, igualmente, de la especial configuración legal de esta modalidad procesal, en los efectos que dicha sentencia produce respecto de los procesos posteriores de la misma naturaleza en los que concurren determinadas identidades, de cuyo estudio nos ocupamos en este trabajo, partiendo de los preceptos que sobre la institución de la cosa juzgada material contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

ABSTRACT **Key Words: Procedural Labour Law, Collective Conflict, Res Judicata**

There are other aspects to consider even if the focused has been centred on the doctrine and the majority of the judicial rules about the judicial cases, in the collective conflict process on those already judged cases or *res judicata*, especially in the art. 158.3 of the Labour Procedure Act (LPL). That is, there are some interpretations about the legal consideration under the Procedural Labour Law in the effects that has this judgment has, considering the same issue in different identities. Thus, we study the LPL and the regulation on the *res judicata* contained in the Civil Procedure Law (Ley de Enjuiciamiento Civil).

* Trabajo realizado dentro del Grupo de Investigación SEJ 422: Estudios Procesales y en el marco del Proyecto de Investigación DER2008-01903 (Ministerio de Ciencia e Innovación) y del Proyecto de Excelencia SEJ-3729 (Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa; Junta de Andalucía).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. RESOLUCIONES QUE PRODUCEN COSA JUZGADA MATERIAL
3. FUNCIONES NEGATIVA Y POSITIVA DE LA COSA JUZGADA MATERIAL
4. LÍMITES DE LA COSA JUZGADA MATERIAL
 - 4.1. Límites subjetivos
 - 4.2. Límites objetivos
 - 4.3. Límites temporales
5. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COSA JUZGADA MATERIAL
 - 5.1. Función negativa
 - 5.2. Función positiva

1. INTRODUCCIÓN

La configuración legal del proceso de conflicto colectivo como “*el modo específico en que se garantiza la tutela judicial efectiva en aquellos supuestos en que la controversia es asumida por la colectividad de los afectados y planteada a través de instrumentos colectivos*” (STC 74/1983, de 30 de julio) da lugar a una serie de peculiaridades en relación a los efectos que la sentencia sobre el fondo que le pone fin despliega, una vez alcanzada firmeza, sobre los procesos posteriores en los que concurren determinadas identidades, es decir, respecto de la denominada cosa juzgada material, efectos y peculiaridades que no se agotan en la previsión específica contenida en el art. 158.3 LPL.

Esta norma, de cuyo análisis nos hemos ocupado en otro lugar¹, se ciñe al efecto positivo o prejudicial que la sentencia recaída en los denominados conflictos colectivos divisibles produce sobre los procesos individuales posteriores “*que versen sobre idéntico objeto*”, como mecanismo por el que ha optado el legislador para garantizar su eficacia respecto de los mismos, en lo que se ha venido a considerar el esquema típico del proceso de conflicto colectivo²: conflicto de interpretación, pretensión meramente declarativa y sentencia colectiva, que es invocada por los sujetos individuales incluidos en el ámbito del conflicto para formular pretensiones individuales de condena.

No obstante, aunque no exista previsión específica al respecto en la LPL, las sentencias dictadas en los procesos de conflictos colectivos producen igual-

¹ Artacho Martín-Lagos, M.: “La tutela jurisdiccional de los “intereses colectivos” en el proceso de conflictos colectivos”, *Revista General de Derecho Procesal*, N° 16 Octubre 2008, RI § 406770, pgs. 1 a 35.

² Desdentado Bonete, A.: “El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia reciente. Una revisión crítica”, *Actualidad Laboral*, 1999, 3, pgs. 889 y 896.

mente efectos de cosa juzgada material respecto de los ulteriores procesos de la misma naturaleza, es decir, otros procesos colectivos incoados conforme a los arts. 151 y siguientes de la LPL, cuyo objeto sea idéntico o conexo, impidiendo, en el primer caso, un nuevo pronunciamiento sobre la pretensión ya resuelta (función o efecto negativo) y debiendo ser tomada como indiscutible punto de partida del nuevo pronunciamiento judicial, en el segundo (función o efecto positivo).

El análisis de estas diversas manifestaciones de la cosa juzgada material exige partir de la regulación de esta institución procesal en la LEC, en la que se recogen las distintas funciones o efectos de la misma junto con los requisitos necesarios para que entren en juego. Así, cabe recordar que a la LEC de 2000 se debe no sólo el perfeccionamiento de la función negativa o excluyente de la cosa juzgada (art. 222.1, 2 y 3 LEC) sino también la formulación legal de la función positiva o prejudicial (art. 222.4 LEC), que hasta ese momento carecía de reconocimiento expreso en los textos legales de nuestro país –con la salvedad, precisamente, del supuesto específico recogido en el art. 158.3 LPL–, en una normativa plenamente aplicable al proceso laboral (Disp. Ad. 1ª.1 LPL y art. 4 LEC) y, en concreto, a los efectos de la sentencia firme sobre el fondo dictada en un proceso de conflicto colectivo sobre los procesos colectivos posteriores.

Sin embargo, no cabe duda que la complejidad de esta modalidad procesal y sus especialidades en aspectos como la legitimación, las clases de acciones que pueden ejercitarse y el contenido de la sentencia, unidas a la heterogeneidad de los intereses cuya tutela se encauza a través de este proceso sin que ello se haya traducido en un tratamiento procesal diferenciado acorde con las pretensiones que se ejercitan en cada caso, dan lugar a una serie de particularidades respecto de la cuestión que nos ocupa, en cuyo estudio vamos a centrarnos.

2. RESOLUCIONES QUE PRODUCEN COSA JUZGADA MATERIAL

La aplicación del art. 222.1 y 4 LEC al objeto de nuestro estudio permite afirmar que las resoluciones judiciales susceptibles de producir los efectos propios de la cosa juzgada material son las sentencias sobre el fondo recaídas en los procesos de conflictos colectivos³, es decir las que se pronuncian sobre

³ Vid. los arts. 6 a 9 LPL que determinan, en función del ámbito territorial del conflicto colectivo, las reglas de competencia objetiva y funcional para conocer de estos procesos.

la tutela jurisdiccional solicitada, estimándola o desestimándola, una vez que alcanzan firmeza⁴. A estas últimas se equipara el auto de terminación del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto (art. 22.1, párrafo segundo LEC). Carecen, por el contrario, de estos efectos, aunque se haya venido discutiendo sobre estos aspectos, en términos generales, por la doctrina procesalista, las resoluciones que en este proceso puedan adoptarse sobre cuestiones procesales⁵, así como los pronunciamientos en materia de medidas cautelares⁶.

Cabe, por otra parte, plantearse si los efectos de cosa juzgada material de la sentencia firme sobre el fondo recaída en el proceso de conflicto colectivo pueden alcanzarse a través de las otras vías legalmente previstas para la evitación o terminación de este proceso. Nos referimos a la conciliación previa y a la judicial así como al arbitraje.

El art. 154.1 LPL exige, como requisito previo para la tramitación del proceso de conflicto colectivo, el intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones, que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a que se refiere el art. 83 ET, reconociendo al acuerdo logrado por esta vía la misma eficacia atribuida a los convenios colectivos por el art. 82 ET, siempre que las partes que concilien ostenten la legitimación y adopten el acuerdo conforme a los requisitos exigidos por la citada norma (art. 154.2 LPL). La avenencia conciliatoria se equipara, por tanto, a un convenio colectivo y no a una sentencia y por ello carece de virtualidad para vincular a los Tribunales con los efectos propios de la cosa juzgada⁷. En cuanto a la concilia-

⁴ Salvo las sentencias del Tribunal Supremo, firmes desde que se dictan, en los demás casos la firmeza se alcanzará cuando la sentencia no sea recurrida dentro de plazo (art. 207.2 y 4 LEC) o el recurso interpuesto sea inadmitido al no prepararse o interponerse cumpliendo los requisitos de tiempo, lugar y forma, amén de los requisitos especiales legalmente exigidos. También cuando el recurrente desista del recurso interpuesto (art. 450 LEC) o el recurso sea desestimado. Un examen de estas cuestiones respecto del recurso de suplicación puede verse en nuestra obra *El derecho al recurso de suplicación: Procedencia y Admisibilidad*, Cizur Menor (Navarra), 2003, pg. 177 y ss.

⁵ Vid. De La Oliva Santos, A.: *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pg. 54 y ss.; Tapia Fernández, I.: *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, 2000, pp. 144 y ss; y De Padura Ballesteros, M. T.: *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*, Valencia, 2002, pg. 191 y ss.

⁶ Vid. De La Oliva Santos, A.: *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, cit., pgs. 124 y ss.

⁷ La avenencia obtenida en una conciliación es materialmente una transacción y, como afirma Ortells Ramos, la transacción, ni siquiera la judicial, no tiene en un proceso posterior entre las mismas partes y sobre un objeto total o parcialmente afectado por la transacción, tratamiento propio de cosa juzgada. Alegada en el proceso, no se impone al juzgador con la inmutabilidad de la cosa juzgada, sino que se haya expuesta a que se discuta y decida sobre su validez y eficacia. Ortells Ramos, M.: *Derecho Procesal Civil* (con otros), Cizur Menor (Navarra), 2002, pg. 497.

ción judicial, a falta de referencia expresa a la misma en la regulación del proceso de conflicto colectivo, el Tribunal Supremo considera aplicable a la misma la eficacia prevista en el art. 154.2 LPL, rechazando que lo acordado en este caso produzca el efecto de cosa juzgada (STS de 13 octubre 1995⁸ [r. c. n.º 1045/1995; ponente Bris Montes])⁹.

Por último, tampoco cabe entender que el laudo arbitral dictado al amparo del art. 91 ET produzca efectos de cosa juzgada, ya que la equiparación que la Disposición Adicional 7ª LPL realiza entre la sentencia y el laudo firmes se circunscribe a los efectos ejecutivos¹⁰. Y no debe olvidarse que el Tribunal Constitucional ha declarado que “*la inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes*” también se aplica a los laudos firmes “*en virtud de su configuración legal*” en la Ley 36/1988 (STC 288/1993, de 4 de octubre), que contenía un precepto (art. 37) semejante al actual art. 43 de la Ley de Arbitraje (LA)¹¹.

No existe, sin embargo, ningún precepto legal que confiera a los laudos firmes en materia laboral el efecto de cosa juzgada material que el art. 43 LA atribuye a los laudos dictados su ámbito de aplicación, sin que tampoco se contemple la posibilidad de que sean impugnados mediante el juicio de revisión. Precisamente esta última omisión ha sido resaltada por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 29 de octubre de 2008 al Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, en el que se propugna, en relación a la redacción proyectada del art. 234 LPL, que “*se regule la posibilidad de que pueda instarse la revisión de los laudos arbitrales firmes, con lo que se evitaría la indefensión actual para los afectados, en especial de los ejecutados, que no pueden obtener la nulidad de un título que puede adolecer de graves defectos, así como al tiempo serviría para potenciar este medio de solución extrajudicial de conflictos*”.

Por las anteriores razones, disposiciones como la contenida en el art. 22.2 del IV Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC-IV), conforme a la cual “*el laudo arbitral excluye cualquier otro*

⁸ Todas las sentencias del Tribunal Supremo citadas en este trabajo han sido dictadas por la Sala Cuarta, de lo Social, en recursos de casación (r. c.) o en recursos de casación para la unificación de doctrina (r. c.u.d).

⁹ No obstante, de la argumentación de esta sentencia parece desprenderse que el Tribunal Supremo hace depender este efecto de la representatividad de las partes que llegaron al acuerdo conciliatorio.

¹⁰ Por el contrario, Vicente Palacio entiende que dicha D.A. 7ª, al otorgar el valor de título ejecutivo al laudo arbitral firme está reconociéndole efectos de cosa juzgada. Vicente Palacio, A: “El efecto positivo de la cosa juzgada en el proceso laboral”, Cuadernos de Aranzadi Social num. 28/2007, pg. 19 de la versión consultada en westlaw.es.

¹¹ Valencia Mirón, A.: *Introducción al Derecho Procesal*, Granada, 2005, pg. 34.

compromiso, demanda de conflicto colectivo o huelga sobre la materia ya resuelta y en función de su eficacia”, han de entenderse, por lo que se refiere a la exclusión de una nueva demanda de conflicto colectivo, como un mero pacto cuyo efecto vinculatorio es insuficiente para impedir que los tribunales conozcan de un conflicto colectivo sobre la materia a la que se refiere el laudo y también para que se formulen nuevas pretensiones alegando su efecto positivo o prejudicial¹².

3. FUNCIONES NEGATIVA Y POSITIVA DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

La sentencia firme sobre el fondo recaída en el proceso de conflicto colectivo despliega sobre los procesos colectivos posteriores los dos efectos o funciones propios de la cosa juzgada material regulados en el art. 222 LEC.

Así, con la finalidad de evitar el “*bis in idem*”, la función o efecto negativo impide un nuevo pronunciamiento sobre la pretensión ya resuelta o, según la dicción legal; “*un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo*” (art. 222.1 LEC).

La exclusión del proceso posterior o, en todo caso, del pronunciamiento de fondo en el mismo, se debe producir tanto si se formula la pretensión procesal en el mismo sentido en que se propuso en el proceso anterior –lo que puede ocurrir si fue desestimada y se insiste en volver a proponerla con diferencias que no determinan un objeto diferente (vid. STS de 28 diciembre 1996 [r. c. nº 1710/1996; ponente Sampedro Corral]), como si se plantea una pretensión dirigida a obtener la declaración contraria sobre el pronunciamiento que adquirió cosa juzgada –que es la posible reacción del demandado ante una sentencia estimatoria de la pretensión¹³.

La función o efecto positivo o prejudicial, con el propósito de procurar “*la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos*” (Exposición de Motivos IX LEC), determina o condiciona el contenido de un segundo fallo, cuando lo resuelto en el primero “*aparezca como antecedente lógico*” de lo que sea objeto del proceso posterior (art. 222.4 LEC).

¹² Vid., no obstante, la opinión contraria de Martín Valverde respecto de la previsión similar contenida en el art. 22.1 párrafo 3º del ASEC–III. Martín Valverde, A: “Las relaciones entre el sistema judicial y los medios no judiciales de solución de conflictos de trabajo”, Relaciones Laborales, 7/2007, pg. 40.

¹³ Cfr. Ortells Ramos, M.: *Derecho Procesal Civil* (con otros), cit., pgs. 602 y 603.

En este caso no queda excluido el segundo proceso, sino que el Tribunal que conoce del mismo debe ajustarse a lo que ya ha sido juzgado al ser condicionante o prejudicial del juicio sobre la nueva pretensión. A diferencia del efecto negativo o excluyente, que sólo beneficia al demandado, la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada puede hacerse valer tanto por el demandante, que lo alegará como fundamento de su pretensión, como por el demandado que lo utilizará en su contestación a la demanda como excepción material o defensa de fondo, manifestándose dicho efecto en la sentencia de fondo que se pronuncie sobre la pretensión formulada en el segundo proceso¹⁴.

Como podrá apreciarse a continuación, la especial configuración legal del proceso de conflicto colectivo da lugar a que, en los conflictos colectivos divisibles, se produzca una desmesurada ampliación de estos efectos, de modo que, aunque a partir de la LPL de 1990 no pueda seguir hablándose de la eficacia “normativa” o “cuasinormativa” de la sentencia que les pone fin¹⁵, no cabe duda que sus efectos van más allá de las finalidades generales con las que el legislador regula en el art. 222 LEC la institución de la cosa juzgada material.

4. LÍMITES DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

La vinculación propia de la cosa juzgada material exige la concurrencia de una serie de identidades subjetivas y de identidades – o conexiones– objetivas que han dado lugar a lo que la doctrina denomina límites de la cosa juzgada, cuya existencia en el caso concreto exige realizar una comparación entre ambos procesos, es decir, entre el proceso de conflicto colectivo al que ha puesto fin la sentencia firme sobre el fondo con eficacia de cosa juzgada material y el proceso posterior de la misma naturaleza en el que sea invocada dicha eficacia.

4.1. Límites subjetivos

Conforme al art. 222.3 y 4 LEC la cosa juzgada material de la sentencia firme sobre el fondo se limita, tanto en su función negativa como en la positiva

¹⁴ Cfr. De La Oliva Santos, A.: *Objeto del proceso...*, cit., pgs. 288, 289 y 292; y Ortells Ramos, M.: *Derecho Procesal Civil* (con otros), cit., pg. 603.

¹⁵ Como ha destacado la doctrina, con el art. 157.3 LPL de 1990, actual art. 158.3 LPL, el legislador aleja la sentencia colectiva de sus orígenes y la acomoda a las exigencias constitucionales. El objetivo es el mismo, asegurar la eficacia colectiva de la sentencia, su trascendencia *ultra partes litigantes* para alcanzar a los representados por las mismas, pero el punto de partida es otro: se abandona el plano normativo para descender al de las instituciones procesales puesto que la institución procesal de la cosa juzgada sustituye a la vieja condición normativa de la sentencia colectiva. Casas Baamonde, M. E.: “La naturaleza jurídica del conflicto colectivo”, *Conflictos colectivos*, Cuadernos de Derecho Judicial XXXIV, CGPJ, Madrid, 1994, pg. 109.

o prejudicial, a quienes han sido partes del proceso en que se dicta y sólo excepcionalmente afecta a sujetos distintos de los que litigaron en dicho proceso, lo que tiene lugar atendiendo a la naturaleza específica de lo que fue objeto de la sentencia y a las relaciones entre ciertos sujetos¹⁶. Esto último es lo que sucede en este caso, ya que la especial configuración legal del proceso de conflicto colectivo y el modo en que se regula en el mismo la legitimación para ser parte, dan lugar a que los efectos de la sentencia alcancen a sujetos colectivos que no han intervenido en el proceso al que ésta pone fin, además de afectar –aunque ello no constituye objeto específico de nuestro estudio–, a los trabajadores incluidos en el ámbito del conflicto en virtud del mecanismo previsto en el art. 158.3 LPL.

Así, cabe recordar que el Tribunal Constitucional, encuadrando dentro del concepto de “*representación institucional implícita*” la actuación de los sindicatos y las asociaciones profesionales en los procesos de conflictos colectivos, al entender que actúan en defensa no sólo de sus afiliados sino de la colectividad de trabajadores y empresarios afectados por el conflicto (STC 70/1982, de 29 de noviembre) vino a considerar que el sindicato con implantación representaba y defendía los intereses de todos los trabajadores afectados por el conflicto, sin que la eficacia general propia de la sentencia resolutoria del proceso de conflicto colectivo exigiera un litisconsorcio necesario de los restantes sindicatos implicados en el conflicto (SSTC 59/1983, de 6 de julio, y 74/1983, de 30 de julio¹⁷).

Por su parte, el legislador de 1990, en regulación que se mantiene en el vigente Texto Refundido LPL, partiendo de la base de que se trata de una manifestación de la legitimación conferida a sindicatos y asociaciones empresariales “*para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios*” (art. 17.2 LPL), atribuye a éstos en exclusiva la legitimación para incoar y ser parte en el proceso de conflictos colectivos y no exige la presencia en el mismo de todos los sujetos colectivos presentes en el conflicto. Así, la LPL no establece exigencia alguna de representatividad o implantación, a diferencia de la doctrina anteriormente citada del Tribunal Constitucional, sino que se limita a regular la legitimación para promover el proceso basándose en el principio de correspondencia con el ámbito del conflicto (art. 152 LPL), con lo que se rompe la correspondencia entre el ámbito de la norma cuya interpretación o aplicabi-

¹⁶ De La Oliva Santos, A.: *Objeto del proceso...*, cit., pg. 184.

¹⁷ Las críticas doctrinales a esta doctrina constitucional pueden verse en García-Perrote Escartín, I.: “Legitimación sindical, procedimiento de conflicto colectivo y *litis consorcio* pasivo necesario”, *Relaciones Laborales*, nº 7, 1985, pg. 499 y ss.

lidad se discute y el ámbito del conflicto, intentándose así evitar los peligros derivados de la denominada sentencia normativa¹⁸. Lo anterior se complementa con la posibilidad de que se personen como partes en el proceso, aunque no lo hayan promovido, los sindicatos y asociaciones representativos que guarden esa misma correspondencia (art. 153 LPL), tratándose así de afrontar los problemas que la actuación en solitario de un sindicato sin implantación antes podía plantear y las exigencias consorciales eventualmente derivadas de lo anterior¹⁹.

De conformidad con ello, el Tribunal Supremo sostiene que el requisito de la identidad subjetiva no debe analizarse desde los sujetos colectivos que ostentan la condición de parte en el correspondiente proceso sino desde los trabajadores y empresas afectados por el conflicto, puesto que *“(a)dmittir lo contrario supondría la posibilidad de que, en la realidad procesal y jurídica, concurrieran sentencias con pronunciamientos dispares dictados en procesos de conflicto colectivo instados por diferentes sindicatos, y plantearía del problema, “de lege data”, de determinar cuál de esas sentencias sería aplicable a los procesos individuales pendientes de resolución que tuvieran el mismo objeto que el de esta modalidad de conflicto colectivo, a no ser que se pretendiera, “extra legem”, que aquella sentencia vinculara solamente a los afiliados al sindicato que promovió la acción de conflicto colectivo, lo que sería difícilmente conciliable, de una parte con la concepción del sindicato –que tenga relación directa con el litigio–, como instrumento de defensa y protección de todos los trabajadores afectados por el conflicto, y de otra, con el significado de la cosa juzgada –tantas como sentencias dictadas–, que constituye expresión suma del principio de seguridad jurídica”* (STS de 28 diciembre 1996, cit.).

Por ello, el Tribunal Supremo rechaza en estos casos la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por no haber demandado a las representaciones que participaron en la negociación y firma del convenio colectivo *“pues la normativa sobre la composición de la relación jurídica procesal de un conflicto colectivo no (lo) exige”*²⁰ y sostiene que la no intervención en el

¹⁸ Alarcón Caracuel, M.: “Un proceso de conflicto colectivo sin sentencia normativa”, *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990* (Coord. Alarcón Caracuel), Madrid, 1991, pgs. 225 y 230; Casas Baamonde, M. E.: “La naturaleza jurídica del conflicto colectivo”, *Conflictos colectivos*, cit., pg. 112.

¹⁹ García-Perrote Escartín, I.: “El proceso de conflictos colectivos en la nueva Ley de Procedimiento Laboral de 1990: apuntes de urgencia (1)”, *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral*, CGPJ, Madrid, 1991, pg. 723.

²⁰ SSTs de 8 noviembre 1994 [r. c. n.º 1096/1994; ponente: Linares Lorente], de 17 febrero 2000 [r. c. n.º 3052/1999; ponente Ríos Salmerón] y de 15 noviembre 2001 [r. c. n.º 1190/2001; ponente Bris Montes].

proceso cuya sentencia se invoca como productora de cosa juzgada de un sindicato que ostentase legitimación para ser parte en el mismo no será obstáculo para apreciar en el segundo proceso la existencia de identidad subjetiva²¹. Y, menos aún, lo que no constituye peculiaridad de estos procesos, la igualdad de partes en posiciones procesales distintas²².

No obstante, este es uno de los aspectos concretos en los que se ponen de manifiesto los defectos e insuficiencias de la regulación legal del proceso de conflicto colectivo a la hora de hacer frente a la compleja problemática que surge en la utilización de esta modalidad procesal, puesto que el legislador, al regular la legitimación, no ha tenido en cuenta la heterogeneidad de los intereses cuya tutela se encauza a través del proceso de conflicto colectivo²³.

Así, la legitimación extraordinaria recogida en los arts. 152 y 153 LPL y las consecuencias que de ella se derivan para la apreciación de la identidad subjetiva a los efectos de la cosa juzgada material pueden ser adecuadas para los supuestos en los que se tutelan verdaderos intereses colectivos, es decir, los intereses propios de los que el Tribunal Supremo denomina conflictos colectivos indivisibles pero no lo son para los conflictos colectivos divisibles²⁴.

Las cuestiones propias de los conflictos colectivos indivisibles son las relativas a condiciones de trabajo que por su naturaleza tienen una proyección colectiva, como las medidas de seguridad e higiene y determinadas formas de acción social de la empresa (economatos, centros formativos, comedores, etc.) o a situaciones derivadas de la acción colectiva (declaración de ilegalidad de un cierre patronal o de una huelga)²⁵. Se trata, por tanto, de asuntos netamente colectivos cuyo contenido afecta a todos los trabajadores del grupo sin que sea

²¹ SSTs de 28 diciembre 1996, cit.; de 12 mayo 2003 [r. c. n.º 115/2002; ponente Desdentado Bonete] y de 16 julio 2004 [r. c. n.º 50/2003; ponente Iglesias Cabero].

²² STS de 28 mayo 1999 [r. c. n.º 1140/1998; ponente García Sánchez].

²³ De esta cuestión nos hemos ocupado más ampliamente en Artacho Martín-Lagos, M.: "La tutela jurisdiccional de los "intereses colectivos" en el proceso de conflictos colectivos", cit., pg. 5 y ss.

²⁴ El artificio de las expresiones conflicto colectivo "indivisible" y "divisible" ha sido Aurelio Desdentado Bonete en diversas sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo en las que ha sido ponente, habiéndolas plasmado en sus trabajos sobre la materia. Cfr., Desdentado Bonete, A.: "El objeto del proceso de conflicto colectivo", en *Conflictos colectivos*, Cuadernos de Derecho Judicial XXXIV, CGPJ, 1994, pg. 55 y ss.; y "El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia reciente. Una revisión crítica", cit., pg. 886 y ss.

²⁵ A las que suelen añadirse las pretensiones referidas a la "litigiosidad colectiva orgánica", puesto que el Tribunal Supremo, a pesar de las críticas doctrinales, se inclina por identificar el interés sindical con el interés de los trabajadores. Desdentado Bonete, A.: "El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia reciente...", cit., pg. 886.

posible una individualización de sus consecuencias²⁶, de modo que la sentencia que pone fin al proceso beneficia a todos sin que ello dependa de sus circunstancias personales. Por ello, en estos conflictos se está en presencia de verdaderos intereses colectivos, cuya plena satisfacción puede obtenerse a través del proceso de conflicto colectivo, sin que sea necesario acudir al mecanismo previsto en el art. 158.3 LPL, que carece de aplicación en este tipo de conflictos. Al no ser posible la individualización de los intereses en juego y ser, por ello, difícil pensar en demandas individuales, incluso acumuladas²⁷, resulta adecuado encauzar su tutela jurisdiccional únicamente a través de un proceso colectivo como el regulado en los arts. 151 y ss. LPL, proceso para el que sólo se concede legitimación, en los términos vistos, a los sujetos colectivos como defensores de los intereses de los trabajadores y empresarios.

Por el contrario, esta solución legal y jurisprudencial no parece correcta para los conflictos colectivos divisibles, en los que, para el Tribunal Supremo, se actúa “*un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de individualización, pero no en su propia configuración general*” (STS de 28 junio 2006 [r. c. nº 75/2005; ponente Agustí Juliá]). El propio Tribunal ha manifestado que los procesos relativos a este tipo de intereses “*versan sobre la interpretación o aplicación de una norma que reconoce derechos individuales de los trabajadores*” (STS 26 octubre 1993 [r. c.u.d. nº 3549/1992; ponente Desdentado Bonete]) y debe recordarse que los arts. 4.2.g) ET y 24.1 CE garantizan a éstos el ejercicio individual de los mismos, tratándose de derechos de disponibilidad exclusiva de sus titulares, aunque hayan surgido en una problemática de relevancia o alcance plural.

Conceptualmente esta pluralidad de derechos homogéneos no da lugar a un supuesto de legitimación “colectiva” sino de defensa conjunta de los mismos basada en un esquema representativo –una representación tácita y conjunta de los respectivos titulares de los derechos– del que se predica la necesidad de una “representatividad adecuada”²⁸. No obstante, el legislador, por razones de opor-

²⁶ Román Vaca, E.: *El proceso especial de conflictos de trabajo*, Madrid, 1992, pg. 116.

²⁷ Román Vaca, E.: *El proceso especial de conflictos de trabajo*, cit., pg. 117. En el mismo sentido, Desdentado Bonete, A.: “El objeto del proceso de conflicto colectivo”, cit., pg. 55, para quien los conflictos colectivos indivisibles sólo pueden plantearse, salvo excepciones, por el proceso de conflicto colectivo.

²⁸ Vid. Gutiérrez De Cabiedes, P.: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Elcano (Navarra), 1999, pgs. 188 y ss. Señala este autor, op. cit., pg. 205, que el concepto de “representatividad adecuada” procede de las *class actions* norteamericanas, elaborándose en relación a los derechos individuales plurales y que, debido a una inadecuada intelección o recepción en la comunidad jurídica del *civil law*, la doctrina europea lo utiliza tanto para los intereses supraindividuales como para los individuales plurales, pues ambas situaciones pueden ser tuteladas por dichas acciones.

tunidad centradas en las ventajas de lograr una solución rápida y uniforme que evite las sentencias contradictorias, permite a los sujetos colectivos acudir, en estos casos, a un proceso de conflicto colectivo, que excluye desde su incoación las acciones individuales, y en el que se establece jurisdiccionalmente la interpretación de la norma colectiva de la que depende la pluralidad de los derechos individuales, quedando vinculados los titulares de los mismos en virtud del efecto positivo o prejudicial previsto en el art. 158.3 LPL. Así pues, se supedita el ejercicio de los derechos individuales que reconoce a cada trabajador el art. 4.2.g) ET, y garantiza el art. 24.1 CE, al resultado de un proceso en el que sólo pueden ser parte los sujetos colectivos.

Siendo cuestionable la constitucionalidad de esta construcción legal y jurisprudencial, el respeto al art. 24.1 CE exige, al menos, que la legitimación de los sujetos colectivos garantice al máximo la defensa de la pluralidad de los derechos individuales en juego, así como el derecho de acción sindical de todos los sindicatos presentes en el ámbito del conflicto, lo que requiere un equilibrio entre las exigencias de legitimación y el efecto general propio de la sentencia que pone fin al proceso de conflicto colectivo previsto en el art. 158.3 LPL.

No obstante, este equilibrio no se ha conseguido legal ni jurisprudencialmente, habiendo resultado insuficiente a efectos prácticos la posibilidad de intervención en el proceso de conflicto colectivo de sujetos distintos de los que inicialmente ocupan la posición activa y pasiva, prevista en el art. 153 LPL para los sindicatos o asociaciones empresariales representativos y los órganos de representación legal o sindical, cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. Así, se ha afirmado que en muchos casos se ha llegado a una colectivización de las acciones individuales difícilmente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y que resulta más insoportable cuando, como consecuencia de las peculiares reglas de legitimación, la acción colectiva puede ser ejercitada prácticamente por cualquier sindicato o asociación empresarial de cierta implantación, con independencia del nivel real de representatividad y aunque mantenga posiciones contrarias a la mayoría de los trabajadores o empresarios supuestamente representados²⁹, quienes quedarán vinculados en virtud del efecto de cosa juzgada material de la sentencia que ponga fin al proceso de conflicto colectivo. Se trata de cuestiones que afectan a la propia esencia y razón de ser del proceso de conflicto colectivo y ponen de manifiesto que este proceso, cuyo diseño procede de un sistema totalmente distinto de relaciones laborales, no se adecua al momento actual, habiéndose referido la doctrina a que la sentencia colectiva

²⁹ Desdentado Bonete, A.: “El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia reciente...”, cit., pg. 896.

y el proceso especial que le pone fin no han completado aún su evolución³⁰, a la necesidad de suprimir³¹ o buscar alternativas a la denominada sentencia normativa³² o de dar un giro interpretativo a la regulación legal³³.

La solución que podría adoptarse tomaría como modelo la regulación de la legitimación en el proceso de impugnación de convenios colectivos, en la que se exige la presencia en el mismo de todas las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio (art. 163.2 LPL). Y, por tanto, manteniéndose la vigencia del art. 158.3 LPL, se exigiría la presencia en el proceso de conflicto colectivo de las representaciones con legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los arts. 87 y 88 ET. De esta manera podría llegar a conciliarse el derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores titulares de los derechos individuales en juego –así como el derecho a la acción sindical de todos los sindicatos presentes en el ámbito del conflicto– con los efectos positivos de la cosa juzgada previstos en el art. 158.3 LPL.

En el voto particular a la STS de 13 octubre 1995 [r. c. n° 1045/1995; ponente Bris Montes] formulado por Desdentado Bonete, y al que se adhiere Cachón Villar, se brinda una solución distinta, afirmándose que este equilibrio al que nos estamos refiriendo “*sólo se logra manteniendo en sus justos límites subjetivos el ámbito de decisión de cada proceso, de forma que éste se corresponda con la representación acreditada en él y así, si la representación tiene la cualificación que establece el Título III del ET para la aprobación de un convenio colectivo de carácter general, la vinculación a lo decidido será también general, pero si no se acredita esta representación, esa eficacia estará limitada en los términos que se deriven de la afiliación*”. A nuestro juicio esto último, para lo que se señala como apoyo las normas sobre conciliación en conflictos colectivos (art. 154.3 LPL) así como sobre mediación y arbitraje (art. 91.3 ET), no lo permite el art. 158.3 LPL, por lo que sería necesaria su reforma.

4.2. Límites objetivos

Además de la identidad subjetiva, en los términos vistos, la institución de la cosa juzgada material exige la identidad de objetos entre el proceso en que

³⁰ Casas Baamonde, M. E.: “La naturaleza jurídica del conflicto colectivo”, cit., pg. 90.

³¹ Alarcón Caracuel, M.: “Un proceso de conflicto colectivo sin sentencia normativa”, cit., pg. 218.

³² Desdentado Bonete, A.: “El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia reciente. Una revisión crítica”, cit., 1999, 3, pg. 897.

³³ Ojeda Avilés, A.: “La ejecución de sentencias de conflicto colectivo. El éxtasis de la jurisprudencia”, *Conflictos colectivos*, Cuadernos de Derecho Judicial XXXIV, Madrid, 1994, pg. 204.

aquella se produjo y el proceso ulterior, en cuyo caso entrará en juego el efecto negativo (art. 222.1 LEC), o bien la conexión de los objetos de ambos procesos para el efecto positivo o prejudicial, es decir, conforme al art. 222.4 LEC, que lo resuelto en el primer proceso “*aparezca como antecedente lógico*” de lo que sea objeto del proceso posterior. Así, la doctrina ha precisado que es necesario que el objeto del segundo proceso comprenda el objeto del proceso en que se ha producido la cosa juzgada³⁴ o que lo decidido en el primer proceso sea idéntico a parte de lo que habría de decidirse en un posterior proceso, debiendo poseer esa parte la cualidad de consistir en un juicio sobre derechos subjetivos o relaciones, situaciones o negocios jurídicos³⁵.

En este aspecto objetivo la cosa juzgada se forma sobre el objeto del proceso en sentido estricto puesto que, conforme al art. 222.2 LEC, “*La cosa juzgada alcanza las pretensiones de la demanda y de la reconvencción así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley*”, es decir, a las excepciones reconvenccionales de compensación de créditos y de nulidad del negocio jurídico en cuya validez se funde la pretensión, que, no obstante, carecen de aplicación en el supuesto que nos ocupa.

Así pues, lo que alcanza valor de cosa juzgada es la declaración sobre la pretensión procesal y no las decisiones prejudiciales ni los pasos lógicos o las premisas de los que parte la decisión judicial sin que hayan sido objeto del debate procesal³⁶, precisando, además, el Tribunal Supremo que dicho efecto vinculante radica en la decisión de la sentencia colectiva, es decir, en el fallo o parte dispositiva, sin que se traslade necesariamente a sus razonamientos jurídicos (STS de 29 octubre 2007 [r. c.u.d. n° 4746/2005; ponente García Sánchez³⁷]).

En definitiva, para determinar si existe cosa juzgada en el aspecto objetivo es necesario examinar los elementos que identifican los objetos de las pretensiones ejercitadas en ambos procesos, es decir, el *petitum* y la causa de pedir³⁸.

³⁴ Ortells Ramos, M.: *Derecho Procesal Civil*, cit., pg. 606.

³⁵ De La Oliva Santos, A.: *Objeto del proceso...*, cit., pg. 264.

³⁶ Vid., a este último respecto, la STS de 23 diciembre 2003 (r. c. n° 34/2003; ponente Moliner Tamborero).

³⁷ Esta sentencia aplica a un proceso individual la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada de una sentencia de conflicto colectivo en la que se declaran contrarios a derecho unos Acuerdos de exclusión de las Bolsas de empleo de Correos y Telégrafos de determinados trabajadores por infringir el principio de igualdad que recoge el art. 14 CE, mientras que en el proceso individual se alegaba la vulneración del art. 24 CE, en el que se integra la garantía de indemnidad, en cuanto se le imputó a la empresa que sus decisiones de exclusión de las Bolsas de Empleo tuvieron su origen en las demandas de despido interpuestas por los actores.

³⁸ En este punto partimos de la concepción de Ortells Ramos sobre el objeto del proceso. Cfr. Ortells Ramos, M.: *Derecho Procesal Civil*, cit., pgs. 268 y ss.

Siendo el objeto inmediato del petitum o petición formulada al órgano jurisdiccional alguna de las modalidades de tutela jurisdiccional declarativa previstas en el art. 5 LEC, es decir, tutela declarativa de condena, meramente declarativa y constitutiva y, el objeto mediato, el bien jurídico respecto del cual se pide esa tutela, la determinación del primero ofrece un especial interés habida cuenta de la problemática existente en cuanto a las clases de acciones que pueden ejercitarse en el proceso de conflicto colectivo.

Así, conforme a la construcción de la denominada sentencia normativa, se vino considerando que, siendo la finalidad de este proceso la interpretación de una norma colectiva de aplicación general en el ámbito del conflicto, las acciones o pretensiones que en el mismo se ejercitan y las sentencias que le ponen fin son necesariamente de naturaleza meramente declarativa, con la consecuencia de la imposibilidad de ejecución de estas últimas, sólo posible a través del planteamiento de demandas individuales en virtud de lo dispuesto en el art. 158.3 LPL.

No obstante, como ya se ha puesto de manifiesto, a través del proceso de conflicto colectivo se encauza la tutela de una serie heterogénea de intereses que no siempre se ajusta a ese esquema típico y que ha dado lugar a la distinción ya reseñada entre conflictos colectivos indivisibles y divisibles, a partir de los cuales se han intentado resolver los problemas que, respecto de la cuestión que nos ocupa, plantea la interpretación conjunta de los arts. 151, 158.3, 158.2 y 301 LPL. Así, el art. 151 LPL, al referirse a las demandas “*que versen sobre la aplicación e interpretación*” de una norma colectiva, parece admitir no sólo las pretensiones meramente declarativas sino también las de condena; el art. 158.3 LPL, al declarar el efecto de cosa juzgada de la sentencia colectiva firme sobre los procesos individuales posteriores que “*versen sobre idéntico objeto*”, parece contemplar únicamente las primeras; y, por último, los arts. 158.2 y 301 LPL, al prever la posibilidad de ejecución de sentencias recaídas en este proceso, dan por supuesta la existencia de sentencias de condena, pues sólo éstas son susceptibles de ser ejecutadas.

Así, los conflictos colectivos indivisibles, caracterizados por la propia indivisibilidad de los intereses en juego, se refieren a asuntos netamente colectivos cuyo contenido afecta a todos los trabajadores del grupo sin que sea posible una individualización de sus consecuencias³⁹ y sin que sea aplicable a los mismos el mecanismo previsto en el art. 158.3 LPL. Por ello no puede haber restricciones en cuanto a las clases de pretensiones que pueden ejercitarse en estos conflictos colectivos. Así, frente a la postura tradicional, basada en la sentencia normativa, conforme a la cual en el proceso de conflicto colectivo sólo eran

³⁹ Román Vaca, E.: *El proceso especial de conflictos de trabajo*, cit., pg. 116.

posibles pretensiones meramente declarativas, en este caso han de serlo también las pretensiones de condena⁴⁰, debiendo ser ejecutable la sentencia estimatoria a instancia del sujeto colectivo promotor del proceso puesto que carecería de sentido que sólo pudiera obtener un pronunciamiento meramente declarativo, obligándole a iniciar un proceso ordinario para lograr la sentencia de condena. Así lo ha entendido finalmente el Tribunal Supremo, aunque sin aceptar plenamente los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta materia, puesto que mientras éste admite las pretensiones y las sentencias de condena tanto en los conflictos indivisibles (STC 178/1996, de 12 de noviembre) como en los divisibles (STC 92/1988, de 23 de mayo), el Tribunal Supremo sólo lo hace en los primeros (STS de 28 mayo 2002 [r. c. n.º 1172/2001; ponente Desdentado Bonete]).

En definitiva, en los conflictos colectivos indivisibles el objeto inmediato del petitum puede serlo tanto la tutela declarativa de condena, es decir, la declaración de un deber de prestación y el mandato de cumplirlo, como la tutela meramente declarativa, es decir, la declaración jurisdiccional, con valor de cosa juzgada, respecto de una cierta relación jurídica. En el primer caso el objeto mediato será la realización de una prestación por el empresario demandado, y en el segundo la situación o relación jurídica, estado jurídico o algún elemento de los anteriores, o el negocio o acto jurídico (o alguno de sus componentes) sobre los cuales se pide, respectivamente la declaración de existencia, inexistencia o esencia⁴¹.

Por el contrario, los conflictos colectivos divisibles responden al esquema típico del proceso de conflicto colectivo en el que la sentencia meramente declarativa que le pone fin interpreta la norma y sobre la base de dicha interpretación, y en virtud del mecanismo previsto en el art. 158.3 LPL, los beneficiarios formulan pretensiones individuales de condena, siendo esta la opción del legislador para garantizar la solución uniforme del conflicto.

De conformidad con ello, para el Tribunal Supremo la pretensión propia del conflicto colectivo divisible es “*una pretensión declarativa, abstracta e indivisible en su formulación que no deja de serlo por el hecho de que con*

⁴⁰ Montero Aroca, J.: *El proceso laboral, II*, Barcelona, 1981, pg. 408; Román Vaca, E.: *El proceso especial de conflictos de trabajo*, cit., pg. 170; y Desdentado Bonete, A.: “El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia reciente...”, cit., pg. 896. Señala este último autor que estas pretensiones ya no responden al esquema del proceso colectivo típico: conflicto de interpretación, pretensión declarativa y sentencia normativa. Pero existe en ellas un interés colectivo tutelable como tal por una vía urgente, aunque la introducción del debate sobre la existencia y valoración de los hechos –propia de un conflicto de aplicación– produzca un mayor grado de complicación.

⁴¹ Ortells Ramos, M.: *Derecho Procesal Civil*, cit., pg. 270.

posterioridad a su reconocimiento pueda ser individualizada en diversas pretensiones concretas y particulares” (STS de 12 junio 2003 [r. c. n.º 107/2002; ponente Moliner Tamborero]) y, en consonancia con lo anterior, dicho Tribunal no admite en estos conflictos las pretensiones ni las sentencias de condena (SSTS de 21 noviembre 2001 [r. c. n.º 1171/2001; ponente Varela de la Escalera] y de 28 junio 2006, cit.), a pesar del reconocimiento de esta posibilidad por parte del Tribunal Constitucional en la STC 92/1988, de 23 de mayo.

Por lo tanto, en los conflictos colectivos divisibles el objeto inmediato es la tutela meramente declarativa, mientras que el objeto mediato está constituido por el elemento concreto de la relación jurídica laboral regulado por la norma colectiva respecto del que se solicita al tribunal la declaración de existencia, inexistencia o esencia. Por ejemplo, la naturaleza de un “seguro de sueldo” (STS de 26 junio 2001 [r. c.u.d. n.º 2370/2000; ponente Moliner Tamborero]); el carácter pensionable de determinados complementos retributivos (STS de 31 enero 2007 [r. c.u.d. n.º 5481/2005; ponente De Castro Fernández]); o la posibilidad de que un determinado complemento de dispersión geográfica se abone también en las vacaciones y licencias (STS de 5 octubre 2000 [r. c.u.d. n.º 3138/1998; ponente Gullón Rodríguez]).

Además del *petitum*, la identificación del objeto de las pretensiones ejercitadas en los dos procesos requiere examinar la causa de pedir.

La causa de pedir es el fundamento de la pretensión ejercitada, estando integrada por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes en los que se basa la petición formulada por el actor, distinguiéndose, por tanto, dos elementos unidos, uno meramente fáctico y otro jurídico. En este sentido, la LPL impone al sujeto colectivo que incoa el proceso de conflicto colectivo la carga de alegar los hechos y los fundamentos jurídicos de su pretensión. Ello es así puesto que, frente a la regla general del proceso laboral que sólo exige al demandante “*la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que versa la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas*” (art. 80.1.c LPL), en el proceso de conflicto colectivo es necesario que la demanda contenga, “*además de los requisitos generales, la designación general de los trabajadores y empresas afectados por el conflicto así como una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la pretensión formulada*” (art. 155.1 LPL).

Para el Tribunal Supremo la causa de pedir es la relación entre la norma y los hechos, “*relación que permite sustanciar la pretensión en cuanto denuncia un eventual incumplimiento de la norma alegada en atención a determinados hechos*” (STS de 12 mayo 2003 [r. c. n.º 115/2002; ponente Desdentado Bonete]). No obstante, si bien ello es así en la pretensiones de condena que se ejercitan en los conflictos colectivos indivisibles, cuando se trata de apreciar la

identidad de la causa de pedir a los efectos negativos o excluyentes de la sentencia meramente declarativa dictada en el conflicto colectivo divisible, la cuestión ofrece mayor complejidad puesto que, fijada por dicha sentencia la interpretación de la norma colectiva, este efecto impide nuevos procesos colectivos respecto de conflictos posteriores surgidos en el ámbito del conflicto dirimido por la sentencia colectiva, en los que los hechos serán distintos. Es decir, que el elemento fáctico no es determinante a la hora de apreciar la identidad de la causa de pedir.

Además, también es importante tener en cuenta que para la delimitación de la causa de pedir entra en juego la regla de preclusión de alegaciones prevista en el art. 400 LEC que, dando lugar al denominado objeto virtual del proceso, determina que la cosa juzgada cubre no sólo lo alegado sino también lo alegable, de modo que el sujeto colectivo que interponga la demanda de conflicto colectivo deberá alegar todos los hechos y fundamentos de derecho conocidos, sin que puedan reservar su alegación para un proceso ulterior, ya que podrá apreciarse en ese segundo proceso la función excluyente de la cosa juzgada.

Si a ello se le añade, de una parte, el criterio del Tribunal Supremo anteriormente examinado sobre la existencia de identidad subjetiva a los efectos de la cosa juzgada material en este proceso y, de otra, que dicho Tribunal considera que existe identidad objetiva a estos mismos efectos entre las normas idénticas de convenios colectivos sucesivos o de diferente ámbito temporal⁴², la consecuencia es una ampliación desmesurada de los efectos de cosa juzgada de la sentencia meramente declarativa recaída en el proceso de conflicto colectivo divisible, con la petrificación de la interpretación de la norma colectiva en el ámbito del conflicto dirimido por dicha sentencia y el peligro de que la torpeza de los sujetos colectivos en la formulación de su demanda de conflicto colectivo de lugar a un perjuicio para los derechos individuales de los trabajadores incluidos en dicho ámbito.

Y ello es así no ya porque, fijada por la sentencia con eficacia de cosa juzgada material la interpretación de la norma colectiva, la función negativa o excluyente impedirá que posteriores conflictos surgidos en el mismo ámbito en la interpretación de dicha norma –o de normas idénticas de convenios colectivos posteriores– den lugar a que los sujetos que fueron parte en el primer proceso –o tuvieron legitimación para ello– puedan obtener un nuevo pronunciamiento jurisdiccional sino porque, en virtud de la función positiva o prejudicial, la solución vincula a los Tribunales que conozcan de conflictos poste-

⁴² Entre otras, SSTs de 28 mayo 1999, cit. y de 20 julio 2002 [r. cud. n° 2115/2001; ponente Gil Suárez].

riores que surjan en ámbitos distintos, aunque comprendidos en el de la sentencia con eficacia de cosa juzgada material. Así, señala el Tribunal Supremo en el caso resuelto en la Sentencia de 9 marzo 2007 [r. c.u.d. n.º 1968/2005; ponente Souto Prieto] que “*No cabe argumentar sobre la diversidad del sujeto demandante –la empresa demandada es la misma– y del ámbito de afectación, porque la actuación como demandante del Comité de Empresa del Centro de Trabajo viene dada por el ámbito de afectación escogido, y éste estaba comprendido en el ámbito nacional que abarcaba el anterior conflicto dirimido ante la Audiencia Nacional, y ya hemos explicado que para este efecto positivo no se necesita una completa identidad, bastando una especial conexión entre los objetos procesales*”.

En estos casos, lo resuelto con eficacia de cosa juzgada material en el primer proceso no es tanto un antecedente necesario de lo que ha de resolverse en el proceso posterior, sino una parte de lo que en éste se plantea, de modo que la fuerza positiva o vinculante consiste en resolver en el mismo sentido. Existe, por tanto, una gran similitud entre las funciones positiva y negativa, consistente en la unidad de propósito entre ambas, que no es otra que evitar pronunciamientos judiciales contradictorios. Pero no son funciones idénticas, ya que la función negativa determina la exclusión del proceso posterior, mientras que la función positiva necesita de una segunda sentencia sobre el fondo⁴³.

4.3. Límites temporales

Como precisa la doctrina más autorizada, los tradicionalmente denominados “límites temporales” de la cosa juzgada no significan que ésta esté limitada por el factor tiempo, sino que hacen referencia a la posibilidad de que nuevas circunstancias, fácticas o jurídicas, no cubiertas por la regla de preclusión de alegaciones del art. 400 LEC, determinen una situación diferente de la que originó el primer proceso y sobre la que recayó la sentencia con fuerza de cosa juzgada. Ello dará lugar a la aparición de una nueva causa de pedir y, por tanto, de un objeto procesal distinto respecto del que no surtirá efecto la cosa juzgada de la sentencia recaída en el proceso anterior⁴⁴.

En este punto las peculiaridades se producen, nuevamente, respecto de la sentencia firme sobre el fondo que pone fin al proceso de conflicto colectivo

⁴³ Cfr. De La Oliva Santos, A.: *Objeto del proceso...*, cit., pgs. 265 a 267. Para este autor la especial conexión entre los objetos procesales, necesaria para que opere la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada, no se limita a la prejudicialidad sino que también incluye este supuesto que, a nuestro juicio, permite explicar lo que sucede en el caso que nos ocupa.

⁴⁴ Cfr. De La Oliva Santos, A.: *Objeto del proceso...*, cit., pgs. 246 a 253.

divisible puesto que en este caso, al carecer de relevancia los hechos, aún siendo distintos y posteriores los de los nuevos conflictos colectivos surgidos en la interpretación de la misma norma colectiva –o norma idéntica de convenio colectivo posterior–, la primera sentencia colectiva proyecta su eficacia sobre los conflictos futuros que se planteen en el mismo ámbito o en un ámbito inferior comprendido en aquél. Sólo la derogación de la norma colectiva interpretada en la sentencia o la promulgación de una norma de superior rango jerárquico que contradiga a aquélla darán lugar a una nueva causa de pedir que podrá fundamentar una demanda de conflicto colectivo frente a la que ya no podrá oponerse la eficacia excluyente o negativa de la cosa juzgada. Y, por otra parte, ello determinará que tampoco exista la conexión de objetos exigida para la aplicación de la función positiva o prejudicial.

5. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

Con la expresión “tratamiento procesal” se refiere comúnmente la doctrina a los mecanismos procesales concretos encaminados al cumplimiento de las normas reguladoras de un determinado tema o institución procesal, en nuestro caso, la cosa juzgada material, así como al juicio sobre su eventual infracción y a la producción de los efectos legales ligados a tal infracción⁴⁵.

Atendiendo a los distintos efectos que la cosa juzgada material de la sentencia firme sobre el fondo recaída en el proceso de conflicto colectivo despliega sobre los ulteriores procesos de la misma naturaleza, es preciso distinguir:

5.1. Función negativa o excluyente

Frente a la concepción tradicional, en virtud de la cual esta eficacia de la cosa juzgada material, excluyente de un nuevo pronunciamiento sobre el fondo, sólo podía ser apreciada por los Tribunales cuando era alegada por la parte demandada utilizando la correspondiente excepción, la Sala 4ª del Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina de la Sala 1ª, viene admitiendo su apreciación de oficio “*pues consideraciones de seguridad jurídica y hasta de prestigio del organismo jurisdiccional imponen evitar decisiones contradictorias, respetando el apotegma “non bis in idem”, siempre partiendo de la indispensable certeza de una resolución precedente sobre el mismo conflicto*” (STS de 28 mayo 1999, cit.).

⁴⁵ Cfr. De La Oliva Santos, A.: *Objeto del proceso...*, cit., pg. 273.

Así pues, conforme al art. 85.2 LPL, en la fase de juicio oral del proceso de conflicto colectivo, el demandado podrá alegar como excepción procesal, en su contestación a la demanda, la función negativa o excluyente de la cosa juzgada (cfr. art. 405.3 LEC), debiendo abrirse un trámite para su contestación por la parte demandante. El demandado deberá aportar, en la proposición de prueba, la sentencia firme sobre el fondo recaída en proceso de conflicto colectivo en la que funde tal alegación, como documento público relativo al fondo del asunto (arts. 87 y 94 LPL). También será el juicio oral el momento en el que el Tribunal de oficio podrá poner de manifiesto a las partes la existencia de cosa juzgada material en su función negativa o excluyente. Si la aprecia en el momento de dictar sentencia, antes de resolver deberá convocar a las partes a una audiencia.

Tanto si se aprecia de oficio como a instancia de parte, la función negativa o excluyente de la cosa juzgada material dará lugar a la terminación del proceso de conflicto colectivo sin pronunciamiento sobre el fondo, debiendo dictarse una sentencia meramente procesal o de absolución en la instancia.

5.2. Función positiva o prejudicial

A diferencia del efecto negativo o excluyente que sólo beneficia al demandado, debiendo hacerlo valer a través de la correspondiente excepción procesal, la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada puede aprovechar tanto al demandante, que lo alegará en su demanda como fundamento de su pretensión, como al demandado, que lo utilizará en su contestación oral a la demanda como excepción material o defensa de fondo⁴⁶, debiendo las partes aportar en la proposición de prueba del juicio oral la sentencia firme sobre el fondo recaída en el anterior proceso de conflicto colectivo en la que se funde la pretendida eficacia prejudicial como documento público relativo al fondo del asunto (arts. 80.1.c), 155.1, 85.2, 87 y 94 LPL). Esta eficacia vinculante se manifestará en la sentencia sobre el fondo que se pronuncie sobre la pretensión formulada en el segundo proceso, en la que el Tribunal deberá atenerse al contenido de aquella, tomándola como indiscutible punto de partida.

Junto a la apreciación a instancia de parte, el Tribunal Supremo sostiene que la cosa juzgada, en su función o efecto positivo también puede y debe ser apreciada de oficio puesto que, al integrarse el principio de la cosa juzgada en los mandatos constitucionales de los arts. 9 y 24, “*la cosa juzgada en su manifestación positiva ha entrado en el derecho público al obligar al Juzgador a reco-*

⁴⁶ Cfr. De La Oliva Santos, A.: *Objeto del proceso...*, cit., pgs. 288, 289 y 292; y. ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho Procesal Civil*, cit., pg.603.

nocer su existencia en todas las resoluciones que adopte, de modo que ni siquiera se exige que sea excepcionada, sino que puede apreciarse de oficio” (STS de 20 de julio de 2002, cit.). No obstante, esa pretendida apreciación de oficio, que iría en contra de los principios dispositivo y de aportación de parte, consiste en realidad en la aplicación por el Tribunal del efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada de una sentencia previamente aportada al proceso por una de las partes aún cuando ésta no hubiera hecho valer dicho efecto⁴⁷. Esto es también lo que puede suceder en el recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que esa sentencia puede ser aportada como contradictoria a los efectos de cumplir la exigencia del art. 222 LPL⁴⁸. No obstante, debe resaltarse que las peculiaridades de este recurso, en cuanto en el mismo prima el interés público de la unificación de doctrina sobre el interés de las partes, pueden, en ocasiones, compaginarse mal con la función positiva o prejudicial de la cosa juzgada, especialmente si se aplica en estos casos la concepción jurisprudencial, avalada por la doctrina, de acuerdo con la cual en el recurso de casación para la unificación de doctrina el Tribunal Supremo no está constreñido a elegir entre la doctrina de la sentencia recurrida y la de la sentencia aportada como contradictoria sino que puede estimar el recurso con una “tercera opinión”⁴⁹.

Por último, la sentencia dictada en un proceso de conflicto colectivo aplicando indebidamente o desconociendo la función negativa o excluyente de la cosa juzgada material, o bien la función positiva o prejudicial, de una anterior sentencia colectiva podrá ser recurrida alegando la vulneración del 222 LEC, en cuanto infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por el motivo previsto en el art. 191.a) LPL, si este recurso es el de suplicación, o en el art. 205.c) LPL, si se trata del recurso de casación. Esta infracción también podrá fundar el recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia recaída en suplicación cuando se cumplan los requisitos previstos en el art. 217

⁴⁷ Cfr. Montero Aroca, J: “La cosa juzgada: conceptos generales”, *Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, núm. XXV, 1995, pg. 107; De La Oliva Santos, A.: *Objeto del proceso...*, cit., pg. 290; y Ortells Ramos, M.: *Derecho Procesal Civil*, cit., pg. 611.

⁴⁸ A la apreciación de oficio de este efecto en casación para la unificación de doctrina se refieren, entre otras, las SSTS de 28 mayo 1999 y de 20 julio 2002, cit.

⁴⁹ Esta concepción se recoge, entre otras, en las SSTSud de 14 de julio de 1992 [r. cud. n° 2273/1991; ponente Martín Valverde], de 8 de julio de 1993 [r. cud. n° 2719/1992; ponente Martín Valverde] y de 21 de marzo de 1995 [r. cud. n° 1712/1003; ponente Martínez Emperador], siendo también la posición de Montero Aroca, J: *Comentarios a la LPL. II* (con Iglesias Cabero, Marín Correa y Sampredo Corral), Madrid, 1993, pg. 124; y Rodríguez Piñero Royo, M.: *El recurso de casación para la unificación de doctrina: revisión crítica*, Madrid, 1999, pg. 128 y ss.

LPL. Y finalmente, agotada la vía judicial ordinaria, cabe acudir al recurso de amparo puesto que para el Tribunal Constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material tanto en su aspecto negativo o excluyente como en el positivo o prejudicial aunque, al corresponder a los órganos judiciales la determinación del alcance que deba atribuirse a la cosa juzgada, sus decisiones en esta materia sólo son revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables (STC 226/2002, de 9 de diciembre).

Mercado de Trabajo

“¿SIRVE EN ESPAÑA EL MODELO ALEMÁN?” UNA PANORÁMICA SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA

INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (CUARTO TRIMESTRE DE 2009)*

SANTOS M. RUESGA BENITO
Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
Catedrático E.U. de Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ
Profesora Asociada de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Crisis económica, Modelo Alemán

La crisis económica está afectando de forma muy aguda al mercado de trabajo en España. La pérdida de empleo y el aumento del desempleo sitúan a la economía española en una situación de especial gravedad en comparación con los países de su entorno. En el presente artículo pasamos revista a la evolución reciente de las principales variables laborales en España y en Andalucía. En primer lugar se hace una breve descripción de la situación de España entre los países de nuestro entorno. A continuación, se utiliza la metodología tradicional de análisis empezando por la oferta de trabajo, continuando con la demanda y finalizando con la dinámica del desempleo. Utilizamos el mismo esquema para presentar la evolución del mercado de trabajo en Andalucía en el mismo periodo.

ABSTRACT

Key Words: Crisis, Germany Model

The economic crisis is severely beating the Spanish Labour Market. The destruction of employment and the increasing number of unemployed placed the Spanish economy in a situation of especial danger compared with other European countries. In this article we review the recent evolution of the main labour variables both in Spain and in Andalusia. We use a traditional methodology and begin with a brief description of the economic situation of Spain. Then, we analyse firstly the evolution of labour supply, secondly the evolution of employment and finally the dynamics of unemployment. We follow the same method to present the recent characteristics of the Andalusian labour market in the same period of time.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 1 de febrero de 2010.

ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO
5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

La situación económica está siendo mucho más preocupante de lo que las primeras previsiones hacían pensar. La economía española está registrando una paralización de la actividad que arrastra al mercado de trabajo a un desequilibrio feroz, con unas tasas de desempleo que superan con creces a las de nuestros socios comunitarios. De hecho, la media de la Unión Europea de los 27 se situaba, en el tercer trimestre de 2009, en el 8,9 por ciento, la mitad de la tasa de desempleo española (17,9 por ciento). En ese trimestre, sólo Letonia alcanzaba una tasa de paro superior, del 18,4 por ciento.

Contabilidad Nacional Trimestral. Base 2000. Tasas interanuales (% variación volumen encadenado, datos corregidos de efectos estacionales y de calendario)

DEMANDA	2007	2008	1T- 2009	2T- 2009	3T- 2009	Previsiones	
						2009	2010
Gasto en consumo final	4,1	0,9	-2,4	-3,1	-2,4		
de los hogares	3,6	-0,6	-5,4	-6,0	-5,1	-5,0	-0,1
de las ISFLSH	4,5	0,8	1,7	3,5	4,0		
de las AAPP	5,5	5,5	6,4	5,2	4,9	5,2	1,2
Formación bruta de capital fijo	4,6	-4,4	-15,1	-17,2	-16,2	-15,7	-6,5
Bienes de equipo	9,0	-1,8	-24,4	-28,9	-24,3		
Construcción	3,2	-5,5	-11,3	-11,8	-11,5		
Otros productos	3,6	-4,3	-14,2	-17,5	-19,9		
Variación de existencias ¹	-0,1	0,1	0,1	0,0	0,0	0,0	0,0
<i>Demanda Nacional¹</i>	4,4	-0,5	-6,2	-7,4	-6,5	-6,4	-1,4
Exportaciones	6,6	-1,0	-16,9	-15,1	-11,1	-12,4	-2,8
Importaciones	8,0	-4,9	-22,6	-22,0	-17,0	-18,7	-1,3
<i>Demanda externa neta¹</i>	-1,6	1,4	3,0	3,2	2,5	2,8	1,1
PIB p.m.	3,6	0,9	-3,2	-4,2	-4,0	-3,6	-0,3

¹ Contribución al crecimiento del PIB, en puntos porcentuales.

² Incluye ISFLSH.

Fuente: Elaboración propia a partir de *Contabilidad Nacional Trimestral de España*, INE y *Actualización del Programa de Estabilidad 2009-2013*, aprobado en Consejo de Ministros el 29 de enero de 2010.

El gasto en consumo final se sostiene por el gasto de las Administraciones Públicas. La inversión ha desaparecido: hemos pasado de tasas de crecimiento del 4,6 por ciento en términos interanuales en el año de comienzo de la crisis (2007), a una caída del 16,2 por ciento en el último trimestre publicado, el tercero de 2009. Y las previsiones no auguran grandes mejoras en los próximos años, pues se estima que caiga un 6,5 por ciento en el año 2010 y crezca apenas un 0,3 por ciento en el año 2011.

Atendiendo a la aportación de cada sector al Valor Añadido Bruto de nuestra economía, la mayor caída se registra en el sector industrial, con un desplome interanual del 15,7 por ciento, más del doble de la caída registrada en el sector de la construcción (-6,6 por ciento). Incluso la reducción del sector energético supera durante este año a la de la construcción (cae un 7,9 por ciento). Los servicios caen un 1,3 y la agricultura un 0,6 por ciento. La recaudación de impuestos también se ve afectada por el vacío de actividad económica, tanto en el IVA que grava los productos (cuya recaudación ha disminuido un 4,6 por ciento respecto al año anterior) como, sobre todo, los impuestos netos sobre los productos importados (que decrecen en un 12,8 por ciento) debido a la no entrada de productos del exterior. Todo ello sitúa a la economía española un 4,0 por ciento por debajo de lo que sucedía hace un año.

Las cuentas públicas para hacer frente a este deterioro de la economía tampoco permiten ser optimistas. Los años anteriores, España había aprovechado la etapa expansiva para acumular un superávit que permitió franquear la primera etapa de dificultades con mayor holgura, haciendo frente a un coste social creciente como suponían las elevadas tasas de desempleo que se registraban trimestre tras trimestre. Pero las arcas públicas no se rellenan con una varita mágica y la reducción del consumo conlleva la disminución de la recaudación de los impuestos asociados; la paralización de actividad económica y el recorte de las importaciones, lo mismo.

El denominado *Plan E* de estímulo a la economía resultó completamente coyuntural, y para lo que aún no hay cuantificación clara de sus resultados. Los principales Fondos que se crearon en el marco de este Plan fueron el Fondo para Entidades Locales, con 8.000 millones de euros, y el Fondo Especial para la Dinamización de la Economía y el Empleo, de carácter más sectorial, con 3.000 millones de euros. El Plan local fue el que más repercusiones tuvo sobre las cifras del empleo en los meses anteriores al verano, pero después se ha ido diluyendo ese efecto sobre el mercado de trabajo.

Esta combinación de circunstancias y hechos ha provocado que el déficit público previsiblemente haya terminado el año 2009 en un 11,4 por ciento. Y dentro del *Pacto de Estabilidad y Crecimiento* de la Unión Europea hay de plazo hasta 2013 para volver a los límites acordados en dicho PEC: un déficit del 3 por ciento como máximo. Para lograrlo, el Gobierno ha enviado a

Bruselas una *Actualización del Programa de Estabilidad* para el periodo 2009-2013 donde plantea las herramientas y medidas que contempla el ejecutivo para volver a la senda de la estabilidad en las finanzas públicas.

Un *Plan de Acción Inmediata para 2010* y un *Plan de Austeridad de la Administración General del Estado para 2011-2013* son las principales medidas que el gobierno pretende poner en marcha para recuperar los 8,4 puntos que en estos momentos separan del objetivo. Así, el Estado presentará, gracias a estos dos planes, un ajuste del 5,2 por ciento del PIB en el periodo.

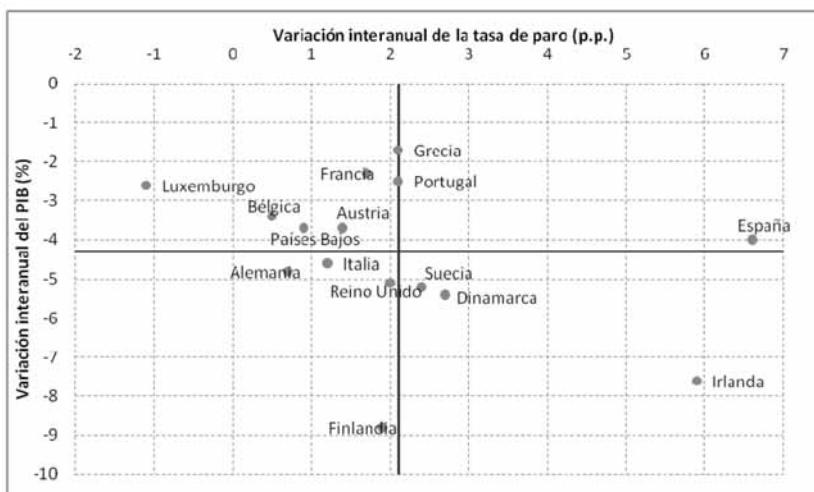
Además, con la firma de *Acuerdos Marco con Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales*, trata de implicar a todas las Administraciones Públicas en la austeridad presupuestaria necesaria, ya que el conjunto de las Administraciones Públicas, según las cuentas del gobierno, debe llevar a cabo un ajuste equivalente al 5,7 por ciento del PIB.

Habría que añadir, además, los ajustes derivados de las medidas antifraude y los menores gastos programados en los *Presupuestos Generales del Estado de este año 2010*.

Pero las medidas van más allá, con propuestas que afectan a la edad de jubilación y los tiempos de cotización necesaria para alcanzarla (aunque en este punto el gobierno se ha retractado, pero el debate alcanzará a la Comisión del Pacto de Toledo, que es el marco donde se tratan estas sensibles cuestiones) y pretendidas reformas laborales, que no parece vayan a modificar sustancialmente las condiciones de la necesaria recuperación de la actividad económica. Entre estas medidas se incluyen las aprobadas en Consejo de Ministros el 5 de febrero y presentadas a los interlocutores sociales para definir en la mesa de Diálogo Social, orientadas a reducir la segmentación del mercado laboral, actuaciones para favorecer el empleo de los jóvenes, para mejorar los Servicios Públicos de Empleo y la intermediación laboral, revisión de las políticas de bonificaciones a la contratación. Además, se abre la puerta a la necesidad de reformar la negociación colectiva y ahondar en la flexibilidad interna en las empresas, actuaciones para mejorar los procesos de incapacidad temporal, y para fomentar el uso de la reducción de trabajo como instrumento de ajuste temporal del empleo.

Y esto sucede en un contexto internacional en el que España parece quedar por detrás de los socios europeos.

Variación del PIB y de la tasa de paro en la Unión Europea-15, 3^{er} trimestre de 2009



Fuente: Elaboración propia a partir de la *Labour Force Survey* y *National Accounts*, Eurostat.

Respecto a la situación comparada con nuestro entorno más inmediato, la Unión Europea, si nos fijamos en el núcleo de los 15 países, el PIB español ha disminuido de forma muy similar a la media (un 4 por ciento España y un 4,2 por ciento la UE-15). Por el contrario, países como Finlandia, Irlanda, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Alemania o Italia, reflejan caídas en su producción más profundas que la media comunitaria, en algunos casos, como Irlanda o Finlandia, disminuciones realmente considerables.

Sin embargo, la situación en el mercado laboral, especialmente en términos de desempleo, es muy distinta: España no sólo presenta la mayor tasa de desempleo del grupo, sino que el incremento anual ha sido también el mayor de todos los países del entorno. En un año, entre el tercer trimestre de 2008 y el tercero de 2009, se ha incrementado la tasa de paro en 6,8 puntos porcentuales.

Los mecanismos de reducción del tiempo de trabajo y de ajuste de las plantillas en tiempo y no en volumen de empleo (es decir, el recurso a la flexibilidad interna en lugar de la externa) han permitido, hasta el momento, que en algunos países las tasas de desempleo se hayan mantenido estables. No obstante, desde diversos organismos internacionales, incluida la Comisión

Europea, se duda de la eficacia de estas medidas en caso de que la recuperación apuntada de la actividad económica no sea sólida.

Porque el ajuste vía reducción del tiempo de trabajo es eficaz cuando la recesión está acotada en el tiempo y, sobre todo, puede ser exitosa en economías con sectores de alto valor añadido, con plantillas altamente cualificadas y difícilmente sustituibles. En países como España, donde el mayor ajuste se ha producido en sectores con elevada temporalidad (como es el caso de la construcción), y con exceso de oferta de mano de obra (porque no es necesaria, en términos generales, una elevada cualificación), retener a dicha mano de obra no es la solución, sino llevar a cabo medidas de flexibilidad externa.

Al expandirse las dificultades económicas al resto de sectores, como el industrial, con un elevado porcentaje de contratos indefinidos y una mayor cualificación específica, las posibilidades de realizar ajustes vía reducción de jornada ya se están llevando a cabo (bajo el mecanismo de expedientes de regulación de empleo de suspensión y de reducción, ya que entre enero y noviembre de 2009 aumentó el número de trabajadores afectados por estos EREs en casi un 600 por cien respecto al mismo periodo de 2008, por un incremento del 70 por ciento de los trabajadores sujetos a expedientes de extinción).

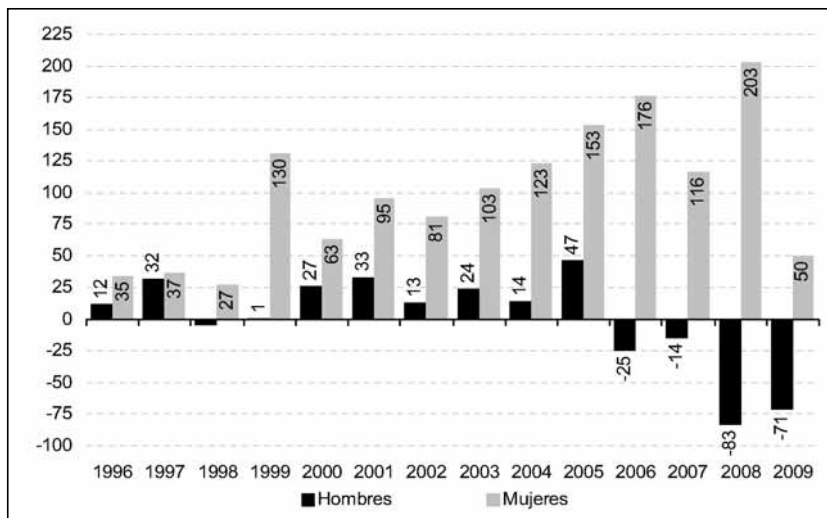
El peligro que acecha ahora a economías como la alemana, que han empleado masivamente el recurso de la flexibilización interna, es que si la recuperación económica no es sólida, los recursos ya se habrán agotado (las empresas no tendrán más margen de maniobra, ni los trabajadores de ajustar sus salarios) y será necesaria una flexibilización externa: los ajustes en volumen de empleo se producirán entonces en los próximos trimestres, al mismo tiempo que se reactiva la economía.

2. LA OFERTA DE TRABAJO

La población activa, a pesar de la crisis, no está mostrando los signos de debilidad que se le auguraban, debido al conocido como efecto desánimo (cuando las cosas pintan mal, provoca la desmoralización entre los que buscan empleo, de manera que se retiran del mercado laboral debido a las dificultades de encontrar un puesto de trabajo). Todo ello, a pesar de que ha caído el número de activos respecto al año anterior en un 0,4 por ciento.

El desánimo está cundiendo más entre los hombres: los inactivos que se consideran activos potenciales desanimados han aumentado un 59,3 por ciento respecto al cuarto trimestre de 2008. En el mismo periodo, el incremento de mujeres desanimadas ha sido del 39,8 por ciento. Desde que la crisis diera sus primeros avisos, allá por el verano de 2007, los hombres desanimados han aumentado en un 154,8 por ciento (pasando de 44.200 a 112.600) y las mujeres, un 91,9 por ciento (de 131.500 a 252.400).

Variación trimestral de la población activa durante el cuarto trimestre del año, por sexos, 1996-2009 (en miles)



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

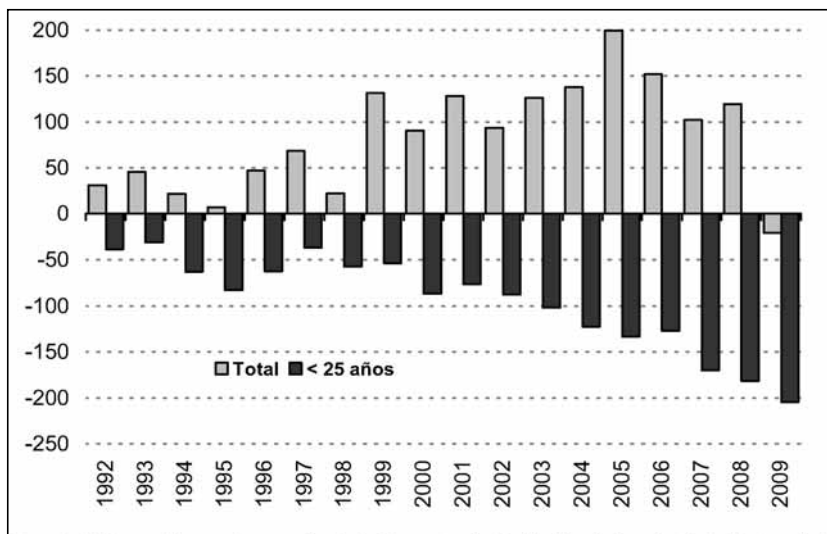
Aunque el cuarto trimestre presenta unas oscilaciones estacionales elevadas, desde el año 2006 ya se reduce el número de hombres activos con respecto al tercer trimestre del año. Cosa que no ha sucedido entre las mujeres.

Por tanto, la mayor pérdida de activos se produce entre los hombres, cuya disminución se cifra en un 1,5 por ciento de varones menos que participan activamente en el mercado de trabajo. Llevamos un año ya arrastrando disminuciones trimestrales sistemáticas en la población activa masculina.

En buena medida, en este último trimestre provienen de la reducción de los hombres activos tanto españoles como inmigrantes, pues la caída es del 1,4 y 1,9 por ciento, respectivamente en términos interanuales.

Por el contrario, la población activa femenina continúa creciendo, a un ritmo muy inferior (del 1 por ciento interanual, frente a crecimientos superiores al 5 por ciento hace solo un año). Y la tasa positiva se mantiene gracias a las mujeres españolas que participan en el mercado de trabajo, que aumentan en un 1,3 por ciento, mientras las mujeres extranjeras descienden en un 0,2 por ciento, en la comparación interanual.

Variación trimestral del número de activos jóvenes y total de activos en los cuartos trimestres, 1992-2009 (miles de personas)



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Donde desciende sobremanera la población activa es en el grupo de edad de los jóvenes, menores de 25 años, que trasladan sus esfuerzos al estudio, en lugar de a la búsqueda activa de un empleo. En un año, la participación de los jóvenes se ha reducido en un 11 por ciento, la tasa de mayor caída en la historia reciente de nuestro país.

Esto pone de manifiesto que, por un lado los jóvenes han retomado los estudios y, por otro, que el efecto desánimo es más fuerte en este grupo de edad.

En cuanto a las jubilaciones, parece que la crisis estimula la necesidad de alargar la vida laboral, pues los activos mayores de 55 años, a pesar de los expedientes de regulación de empleo, están aumentando (un 1,9 por ciento más que hace un año).

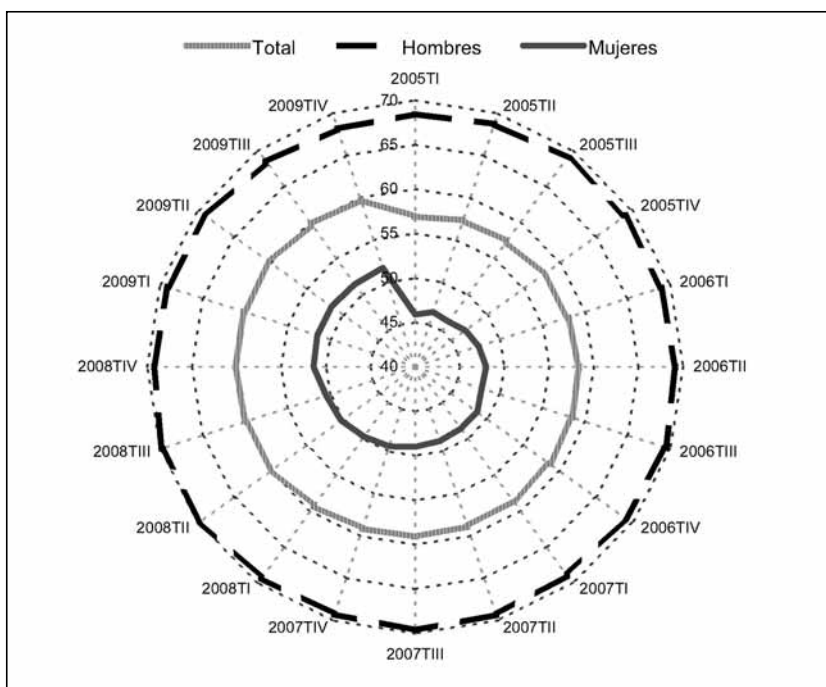
De entre las causas que se señalan como razones de inactividad, la principal entre los hombres es la jubilación o prejubilación: el 59,6 por ciento de los varones inactivos se encuentran en esta situación; la segunda causa es el estudio (19 por ciento de los varones inactivos lo es por dedicarse a los estudios).

El panorama cambia en el sexo femenino, pues la principal causa de inactividad es la dedicación a las labores del hogar: el 43,2 por ciento de las mujeres

inactivas lo son por esta razón, seguida de la jubilación o prejubilación (el 18,3 por ciento de las inactivas) y los estudios (el 13,6 por ciento). Aunque cada vez es menor la proporción de mujeres inactivas cuya principal ocupación consiste en atender a las labores del hogar, a la vez que ha aumentado la proporción de hombres.

De manera que hay que distinguir según género cuando se quieren establecer las causas de la inactividad.

Tasas de actividad por sexo, 1985-2009 (porcentaje)



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Así, las tasas de actividad de hombres y mujeres presentan una evolución distinta: el importante incremento entre las mujeres, que aún se mantiene creciente en el cuarto trimestre de 2009 (en el 51,7 por ciento, tres décimas más que hace un año), contrasta con la caída en la tasa de actividad masculina (en el 68,14 por ciento, 1,1 puntos por debajo de la que había hace un año).

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

La destrucción de empleo continúa también, a un ritmo inferior al del año pasado, pero todavía se destruyen empleos: hay 1.210.900 ocupados menos que en el cuarto trimestre de 2008, lo cual supone una caída relativa del 6,1 por ciento. De ellos, hay 900.000 hombres que han dejado de ocupar un puesto de trabajo, por tan sólo 310.900 mujeres menos. La disminución en tasas de variación supone una caída del 7,9 y del 3,7 por ciento, respectivamente.

También en la comparación con el trimestre anterior es mayor la destrucción de empleo masculino (un 1,6 por ciento) que femenino (un 0,6 por ciento).

El ritmo de pérdida de ocupados es superior entre los hombres extranjeros, pues hay un 16 por ciento menos que el año anterior (lo que en términos absolutos se traduce en 254.700 hombres extranjeros ocupados menos en nuestra economía). Entre los hombres nacionales, el número de ocupados se ha reducido en un 6,6 por ciento, cifra que, plasmada en valores absolutos, significa 645.300 hombres españoles ocupados menos.

En el caso de las mujeres, la pérdida de empleos entre las extranjeras ha supuesto que haya un 6,5 por ciento de ocupadas menos que en el cuarto trimestre de 2008, mientras las mujeres ocupadas españolas son un 3,1 por ciento menos que el año anterior. De nuevo en términos absolutos, el volumen de pérdida de empleos es muy superior para las mujeres de nacionalidad española, 226.400 menos que hace un año, y 84.500 ocupadas menos con nacionalidad extranjera.

Las tasas de ocupación de los hombres han disminuido hasta niveles que no se registraban desde el año 1998, del 55,4 por ciento. Es decir, de cada cien hombres en edad de trabajar (potencialmente activos), sólo poco más de 55 están ocupados. En el caso de las mujeres, aunque la tasa de ocupación también ha descendido, se encuentra aún, desde mediados del año 2005, por encima del 40 por ciento (en el 41,8 por ciento en este cuarto trimestre de 2009). Cuestión que confirma, una vez más, que la presencia femenina en el mercado de trabajo no es coyuntural.

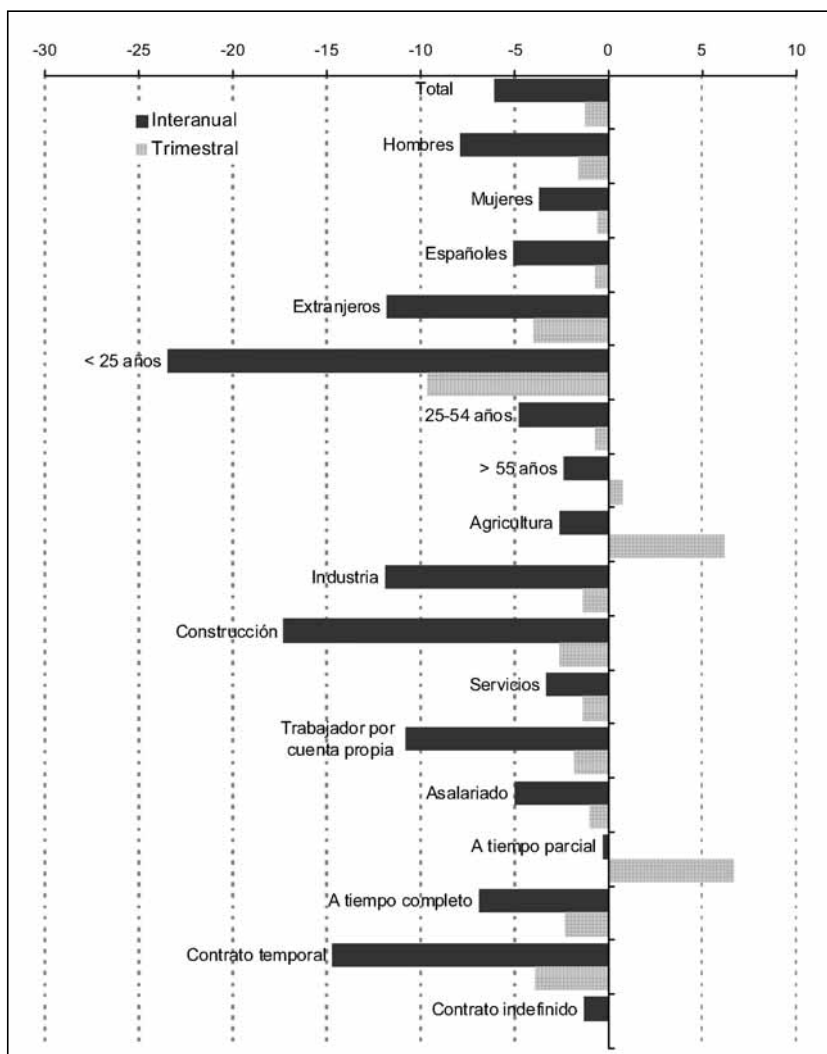
El uso del potencial de mano de obra que hace nuestra economía es bastante escaso. Si consideramos las tasas de empleo entre 16 y 64 años, tal y como se definían en los objetivos de Lisboa para el presente año 2010, la tasa de empleo, en el 59,9 por ciento, se aleja del citado objetivo (que se fijaba en el 70 por ciento). En el caso de la tasa de empleo femenina, el objetivo era alcanzar el 60 por ciento, y en el cuarto trimestre de 2009 se situaba en el 53,3 por ciento. Y el objetivo de la tasa de ocupación entre los mayores (de 55 a 64 años) era lograr un 50 por ciento, y el último dato señala que la tasa de ocupación de los mayores es del 43,6 por ciento.

La mayor incidencia de la falta de demanda sobre el mercado de trabajo se ha reflejado en la caída de ocupados por cuenta propia, en la primera etapa de las dificultades económicas. En el último año, los ocupados por cuenta propia han descendido en un 10,8 por ciento (en mayor medida en el caso de los hombres, cuya caída ha sido del 12 por ciento, frente a las mujeres, con una disminución del 8,2 por ciento) mientras el conjunto de asalariados, tanto del sector público como del privado, ha menguado en un 5 por ciento.

De nuevo la principal explicación se encuentra ligada al peso que a cada sector le ha correspondido en el ajuste. El sector que concentra mayor proporción de trabajadores por cuenta propia (incluyendo en este concepto a todos los que no son asalariados) es el de la agricultura, muy sometido a las variaciones de los precios de los productos energéticos, que en la primera parte de 2008 se elevaron sin descanso hasta alcanzar el máximo en el mes de julio. Desde entonces, la variación de los precios no ha hecho sino reflejar la acuciante diferencia con la evolución del precio de la energía y los productos no elaborados en el año 2009. En el sector agrícola, casi la mitad de los trabajadores (el 45,3 por ciento en el cuarto trimestre de 2009) lo son por cuenta propia.

Pero el siguiente sector en concentrar trabajadores por cuenta propia es el de la construcción, con una concentración en el sector del 24 por ciento de los trabajadores por cuenta propia. Y éste ha sido uno de los sectores más castigados por el estallido de la burbuja inmobiliaria, entre otras cosas, lo que ha arrastrado a una disminución de los ocupados en el sector.

**Tasa de variación anual de la ocupación por grupos socio-demográficos,
4º trimestre de 2009 (en porcentaje)**

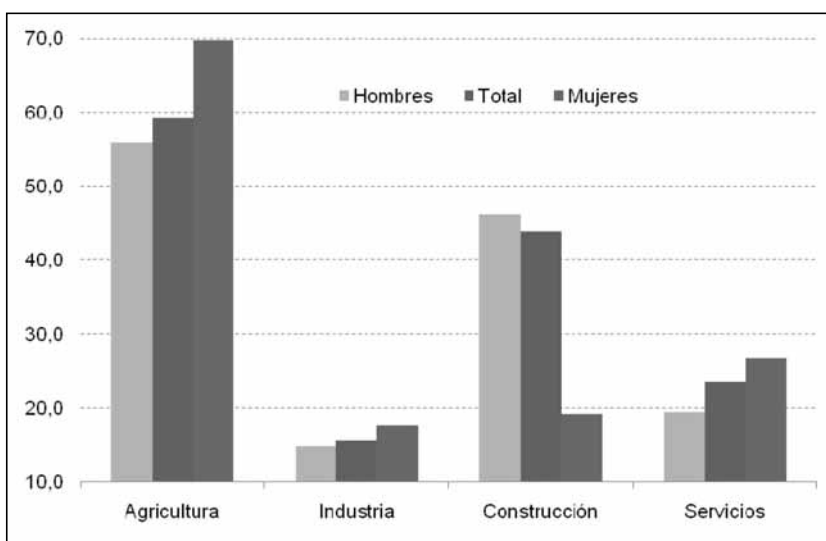


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

La tasa de temporalidad ha disminuido por tanto, al ser los contratos de carácter temporal los que no se han renovado en este último año, desapareciendo 1.502.400 ocupados con contrato temporal desde que se iniciaran los primeros bandazos de la inestabilidad financiera internacional, en el tercer trimestre de 2007. Esto ha hecho que la tasa de temporalidad se haya reducido en siete puntos porcentuales desde entonces, hasta llegar al 25,1 por ciento del total de asalariados, situación que no se observaba en nuestra economía desde finales de los años ochenta.

De nuevo son los sectores de la agricultura y la construcción los que tienen las tasas de temporalidad más elevadas (del 59,2 y el 43,9 por ciento, respectivamente), de manera que también en este sentido han sido los más perjudicados en pérdidas de ocupados.

Tasas de temporalidad por sexo y sectores,
4º trimestre de 2009 (en porcentaje)



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

En términos interanuales, el único incremento relativo se recoge en los ocupados hombres a tiempo parcial, un 11,7 por ciento más que en el cuarto trimestre de 2008, aunque en términos absolutos el aumento es de 57.700

varones. Esto hace que la tasa de empleo a tiempo parcial de los hombres sea la más alta nunca registrada: el 5,3 por ciento de los hombres ocupados desarrolla un trabajo a tiempo parcial.

No obstante, prácticamente la mitad de los hombres que ocupan un empleo a tiempo parcial alegan no haber encontrado un trabajo a tiempo completo. Podríamos señalar entonces que es una jornada no deseada, al menos en la mitad de los casos.

Las respuestas de las mujeres a esta misma pregunta cada vez se parecen más, pues un 44,7 por ciento declara no haber encontrado un empleo a tiempo completo. La diferencia sigue siendo el que las mujeres eligen un trabajo a tiempo parcial para poder compaginarlo con el cuidado de niños o dependientes, así como otras obligaciones personales (el 27,4 por ciento, dos puntos y medio menos de las que respondían lo mismo hace un año y casi 6 menos que hace dos años). Los hombres que responden trabajar a tiempo parcial para compaginarlo con el cuidado del hogar son sólo el 3,4 por ciento de los hombres que trabajan a tiempo parcial.

El trabajo a tiempo parcial sigue siendo femenino (el número de mujeres con jornada a tiempo parcial casi cuadruplica al número de hombres en las mismas condiciones), aunque está creciendo proporcionalmente más entre los hombres.

Sin embargo, el aumento en el número de hombres que declaran desempeñar un trabajo a tiempo parcial, puede estar reflejando el mayor uso de las reducciones de jornada en los Expedientes de Regulación de Empleo. En la encuesta de este trimestre, 33.200 hombres respondieron estar trabajando menos horas de las habituales debido a regulación de empleo, lo que representa un 690 por ciento más de los que lo hicieron el año anterior (4.200 hombres). Aunque el aumento es también significativo en las mujeres (un 618 por ciento más en el mismo periodo contestaron trabajar menos horas por expediente de regulación), el volumen es muy inferior (7.900 mujeres).

Así, aunque la proporción sigue siendo muy pequeña, los trabajadores que responden trabajar menos horas de las habituales por un expediente de regulación de empleo se han disparado en el último año: han pasado de 5.300 en el último trimestre de 2008, cuando ya se había producido un fuerte ajuste del mercado de trabajo (en ese momento, especialmente del número de trabajadores de carácter temporal que perdieron su empleo), a 41.100 en el último trimestre publicado.

Estos datos son acordes con las estadísticas del Ministerio de Trabajo, pues los trabajadores afectados por expedientes de suspensión y reducción de jornada que perciben una prestación contributiva, en el cuarto trimestre de 2009 eran 43.200, un 143 por ciento más de los que percibían prestación por esta causa hace un año.

Entre el último trimestre del año 2008 y el último de 2009, las prestaciones por desempleo por causa de un expediente de regulación de extinción, aunque mayores en volumen (hay 223.200 beneficiarios), han crecido a un ritmo inferior, un 68,7 por ciento.

Mientras se recurrió más al ajuste del empleo por la vía de expedientes de extinción en la primera etapa de la crisis, ahora el ajuste se está produciendo en mayor medida en términos de tiempo de trabajo. Parece que es al revés del tan aplaudido sistema alemán y acorde con la evolución sectorial de la crisis, primero se realiza el ajuste vía no renovación de temporales y disminución del trabajo para los autónomos (sector de la construcción) y al llegar la crisis a la industria, se recurre más a la suspensión y reducción del tiempo de trabajo.

4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

El desempleo es uno de los problemas más acuciantes de la crisis: la falta de actividad económica, provocada por una enorme crisis de confianza, las dificultades de acceso al crédito para familias y empresas, el desmoronamiento del patrimonio de los hogares al hundirse el sector inmobiliario, es decir, la contracción de la demanda, especialmente la interna, se ha reflejado de inmediato en el mercado de trabajo. Y esto ha ahondado más en la difícil recuperación de la demanda, pues la disminución de ingresos que conlleva la pérdida del puesto de trabajo (aunque existan políticas pasivas que han actuado rápidamente) y la falta de expectativas positivas, han disparado los niveles de ahorro por motivo precaución: el miedo generalizado ante el futuro más inmediato hace retraer el consumo incluso entre aquellos que no han perdido el empleo.

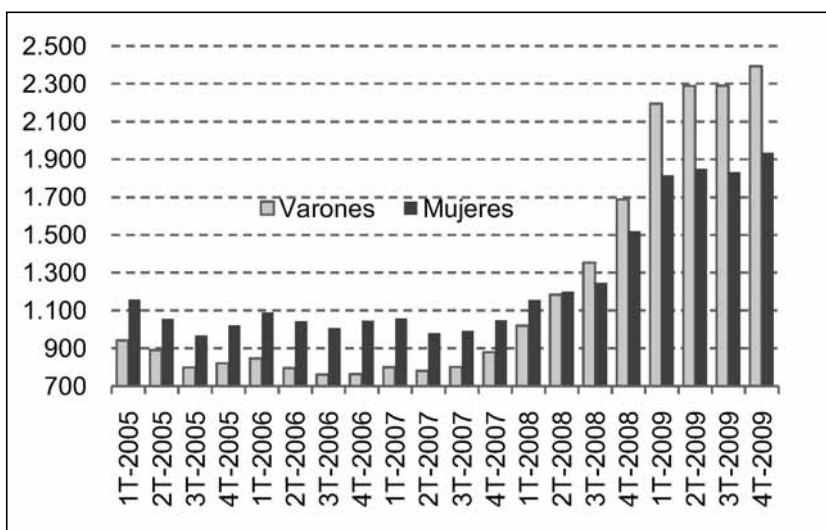
Por tanto, una economía productiva paralizada lleva a no demandar trabajo. Y si no hay demanda y, además, hay empresas que ajustan sus plantillas para mantenerse en activo, el resultado es un mercado de trabajo donde no sólo se destruye empleo, sino que además el desempleo sigue creciendo.

El número de desempleados ha alcanzado, al finalizar el año 2009, la abrumadora cifra de 4.326.500 personas, lo cual supone un incremento anual del 34,9 por ciento, es decir, 1.118.600 más de desempleados. Las cifras del anterior trimestre habían recogido las actuaciones que se llevaron a cabo bajo el auspicio del Plan E. En este trimestre, pasado ese efecto coyuntural, el repunte ha sido considerable.

Hay 203.100 desempleados más que en el tercer trimestre del año, de los cuales, el 73 por ciento son parados de nacionalidad española, y del 27 por ciento restante, 54.600, lo son de nacionalidad extranjera. Esa proporción se mantiene si contamos el año completo: del total de desempleados en 2009, el 26,5 por ciento son extranjeros.

Por sexos, el aumento del desempleo en este cuarto trimestre se ha repartido entre hombres y mujeres: 101.500 más en cada grupo. No obstante, esta no ha sido la tónica habitual desde que se desencadenara la crisis, ya que los hombres que han perdido su puesto de trabajo en el último año han sumado 703.600, mientras las mujeres que pasan a ser desempleadas se han quedado en la mitad, 415.000.

Evolución del número de desempleados por sexo,
2005-2009 (miles de personas)

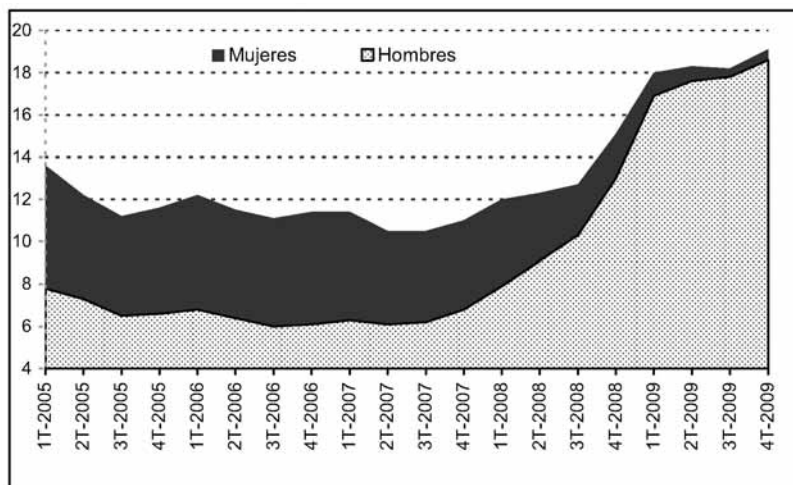


Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la *Encuesta de Población Activa*, INE.

La evolución del desempleo (y de la población activa) está llevando a una situación insólita en nuestro mercado de trabajo: las tasas de paro de hombres y mujeres nunca han estado tan cercanas, apenas medio punto de diferencia.

Otro de los repuntes preocupantes en las tasas de paro es el del desempleo juvenil. No tanto por la cifra, que también, sino por la rapidez con que se han destruido los puestos de trabajo creados en la etapa expansiva entre este grupo de edad.

Tasa de paro por sexo, 2005-2009 (%)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la *Encuesta de Población Activa*, INE.

Una tasa de paro entre los jóvenes del 39,1 por ciento es muy elevada, pero si recordamos las cifras de la crisis de 1993-1994, cuando se superó el 46 por ciento de paro juvenil, el dato se relativiza. El problema se ha puesto de manifiesto en los primeros trimestres de destrucción de empleo, ya que las variaciones trimestrales en este grupo de edad fueron del 12 y el 18 por ciento hace un año y en el primer trimestre de 2009, respectivamente. Es decir, el empleo del que primero se prescindió fue de aquellos que se habían incorporado recientemente (los jóvenes), lo que supuso incrementos trimestrales de las tasas de paro del orden de 4,9 y 6,5 puntos porcentuales en esos mismos trimestres.

Como ya veníamos señalando desde estas páginas, el estancamiento de la economía productiva está haciendo que el desempleo de larga duración vaya en aumento, y con pocas perspectivas de recuperación. Este paro que se convierte en estructural es mucho más difícil de recuperar, por la obsolescencia de la mano de obra si no se establecen las políticas de formación y políticas activas en general, que permitan mantener cualificaciones y adquirir nuevas competencias, que faciliten la reincorporación al mercado de trabajo.

El total de desempleados que llevan un año o más en situación de desempleo, respecto al total de la población activa, alcanza en este trimestre el 6,5 por ciento, tres puntos y medio porcentuales por encima de la tasa de paro de larga duración que se recogía hace un año. Si lo que contamos es el número de

parados de larga duración respecto al total de parados, la proporción alcanza ya al 34,5 por ciento de los parados, 13,1 puntos por encima de la proporción del año anterior.

5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

Los datos de los que se dispone para hacer una valoración de la evolución del mercado de trabajo en Andalucía en el último trimestre de 2009 no aportan una visión muy positiva. Según la Encuesta de Población Activa, en Andalucía se estima un número total de 1.034.000 personas desocupadas. Esta cifra representa un record negativo en reciente historia de Andalucía ya que se ha superado la cifra *mágica* de un millón de desocupados en nuestra comunidad autónoma. En términos de tasa de desempleo nos encontramos todavía lejos de los máximos históricos, pero la cifra estimada por el INE es del 26,33% lo que significa que una de cada cuatro personas activas está en situación de desempleo en Andalucía. Estos dos datos constituyen, a nuestro juicio, las coordenadas básicas en torno a las que se debe analizar la situación del actual del mercado de trabajo andaluz y el efecto de la crisis financiera y económica internacional que se ha desatado a partir del verano de 2007.

Como se ha señalado, la economía española está siendo especialmente afectada por la crisis económica más allá de lo que está ocurriendo en el entorno europeo. La economía andaluza sigue las pautas básicas de lo ocurrido en la economía nacional, ya que reproduce básicamente la estructura productiva española aunque con algunos rasgos que acentúan su debilidad como es un mayor peso del sector de la construcción y un menor peso de la industria que en el conjunto de España. Como consecuencia de esta especialización productiva, el ajuste en el empleo se ha producido de forma más abrupta aún que en el conjunto nacional.

Esta situación nos lleva a preguntarnos por qué una crisis económica como la actual está afectando de forma tan dura a las variables laborales españolas y andaluzas en comparación con lo ocurrido en otros países de nuestro entorno europeo. Se plantea la necesidad de hacer una reforma laboral para que se transforme el crecimiento económico en empleo pero ¿es la regulación laboral la culpable de este comportamiento diferencial de nuestro país? ¿No se habían alcanzado unas tasas de desempleo mucho más reducidas con la misma legislación laboral que ahora contempla tasas de desempleo como las señaladas? ¿No sería necesario un cambio más profundo en la actividad económica para que el crecimiento económico se sitúe en unos niveles más adecuados? En el caso de Andalucía, la posición relativa de nuestra comunidad autónoma entre el conjunto de las españolas presenta particularidades específicas que van más

allá de los efectos de la legislación que en el caso regional es idéntica para toda la nación y que están relacionadas, a nuestro juicio, con la estructura productiva, la calidad y densidad del tejido empresarial, el papel del sector público e incluso, yendo a estratos sociales más profundo, la cultura del trabajo en nuestro país y en más concretamente en nuestra región.

Estas cuestiones tienen un calado profundo, que va más allá del mucho más modesto objetivo de esta parte del trabajo de exponer la evolución reciente de las principales variables laborales en Andalucía en el último trimestre de 2009. Sin embargo, esas preguntas son vectores claves para situar el comportamiento reciente del mercado de trabajo regional.

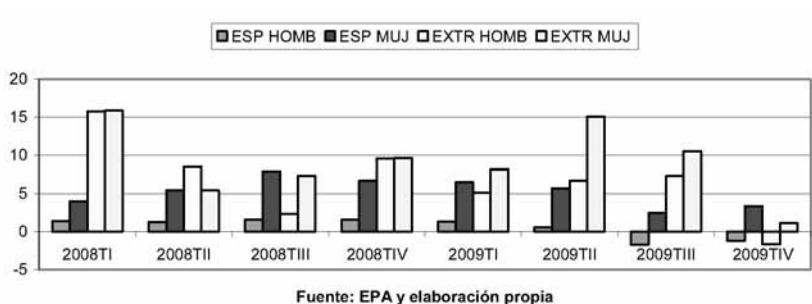
OFERTA DE TRABAJO

La oferta de trabajo en Andalucía ha roto su tendencia de los últimos dos trimestres y ha aumentado en 48.800 personas en este último cuarto del año. En aumento en el número de activos ha sido debido a la incorporación de 56.700 mujeres al mercado laboral que han compensado a 7.800 hombres que por el contrario, se han retirado del mercado de trabajo. Esta tendencia es similar a lo que está ocurriendo en el conjunto de España pero mucho más acusada respecto a aquella y nos informa de un cambio importante que está ocurriendo en los comportamientos laborales de los españoles que tiene que ver con la crisis pero también con tendencias más profundas de orden social y cultural como es el fenómeno de la incorporación de la mujer al mundo laboral que se extiende por varias décadas. En esta época de crisis económica se está produciendo una activación laboral de mujeres que como consecuencia de la pérdida de empleo o el riesgo de la pérdida de empleo de la familia, tradicionalmente el hombre. Esta pérdida de rentas familiares, en potencia o en acto, está provocando la incorporación de otros miembros de la unidad familiar a la búsqueda activa de empleo y, en la medida de lo posible, a su ocupación. Es necesario tener en cuenta este fenómeno para comprender lo que está ocurriendo en la oferta de trabajo y que ha sido estudiado por la literatura económica en sus análisis de comportamiento de oferta de trabajo del hogar más allá de los modelos simples de oferta de trabajo individual.

El aumento de la oferta de trabajo femenina en Andalucía que hemos señalado está ocurriendo fundamentalmente entre las mujeres de nacionalidad española y, en menor medida, entre las extranjeras. El aumento de la población activa de mujeres de nacionalidad española ha sido del 3,77% en este trimestre respecto al anterior, mientras que el colectivo de mujeres de nacionalidad extranjera ha crecido este mismo periodo en un 1,29%. Este fenómeno tiene que ver también con el comportamiento agregado de la población activa en Andalucía. Mientras que la nacional crece este trimestre en 49.900 personas (un

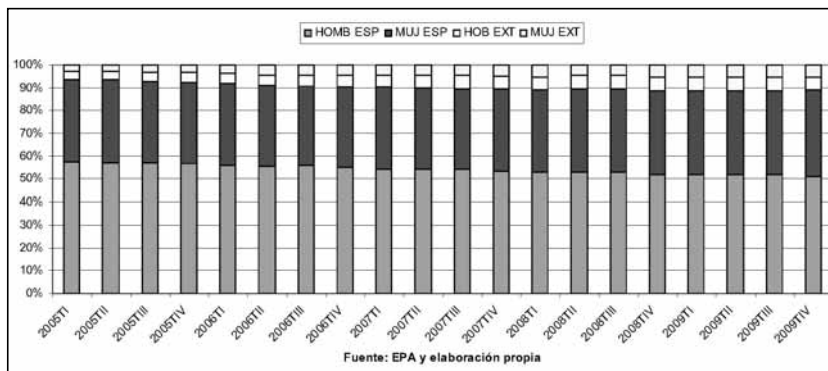
1,45%) la extranjera disminuye en 1.100 personas o sea en un porcentaje del -0,25%. En términos interanuales, la población activa de nacionalidad española crece en un 0,71% mientras que la extranjera disminuye en un 0,40%.

Tasa variación interanual población activa por sexo y nacionalidad. Andalucía 2008-2009



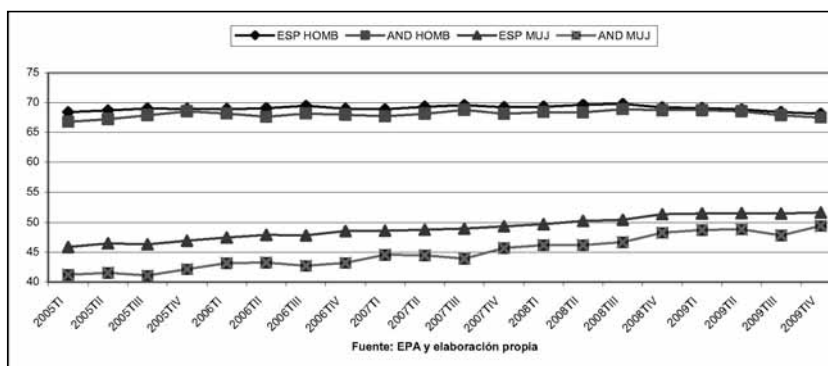
La estructura de la oferta de trabajo en Andalucía a partir de 2005 presenta una paulatina variación en lo que se refiere a su composición. La población activa de nacionalidad española según la estima la EPA era el 92,31% del total en el cuarto trimestre de 2005. En el cuarto trimestre de 2009, el porcentaje de la población activa de nacionalidad española se ha reducido al 88,97%. El aumento de la población activa de nacionalidad extranjera ha aumentado en 163.200 personas en este mismo lapso de tiempo, si bien se observa que en los últimos años se reduce la población activa de nacionalidad extranjera. Como se observa en el gráfico, la estructura de la población activa andaluza ha cambiado paulatinamente al reducirse la presencia de varones de nacionalidad española que significaba el torno al 57% de la población activa hasta un 51% en el año 2009. Por el contrario, la población activa femenina ha crecido ligeramente.

Composición de la población activa en Andalucía, según sexo y nacionalidad 2005-2009



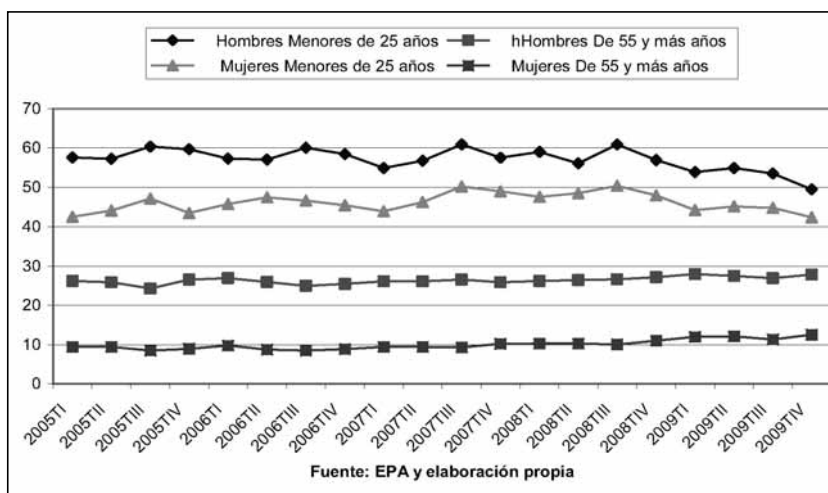
El estallido de la crisis económica tiene un impacto evidente sobre el empleo pero también tiene efectos diferenciados sobre distintos grupos de la población como se puede apreciar si observamos la evolución de las tasas de actividad de los diversos grupos. La tasa de actividad masculina se está reduciendo en los últimos trimestres, tanto en Andalucía como en el conjunto nacional, mientras que, por el contrario, la oferta de trabajo de las mujeres que mostraba una tendencia creciente se ha estabilizado en una media del año 2009 del 51,57% y en el 48,72% para el caso de Andalucía.

Tasa de actividad. Andalucía y España 2005-2009



Otro factor que tenemos que tener en cuenta es la evolución de la oferta de trabajo según diversos grupos de edad, sobre todo en los grupos extremos pues mientras que los más jóvenes tienen la alternativa de la formación a la de su incorporación al mercado laboral, los más jóvenes pueden optar por la jubilación. Es indudable que la oferta de trabajo de los más jóvenes, tanto hombres como mujeres, está cayendo en los últimos trimestres en Andalucía, mientras que los grupos de población de mayor edad están creciendo si bien muy paulatinamente. La tasa de actividad de los varones mayores de 55 años ha pasado de una media de 26,6% de media en 2008 a 27,6 en 2009, mientras que la de las mujeres de ese mismo grupo de edad ha pasado del 10,4% al 12,02 en este mismo periodo. Por el contrario, los más jóvenes están experimentando una reducción de sus activos.

Tasas actividad por grupo de edad y sexo. Andalucía 2005 TI-2009 TIV



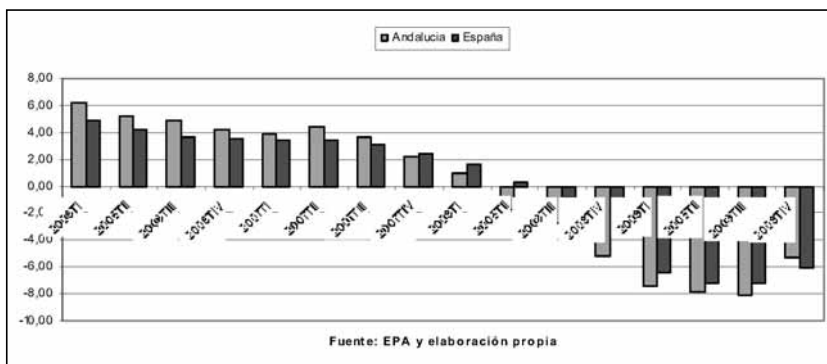
En resumen, observamos cómo, desde el punto de vista de la oferta de trabajo, las mujeres, de nacionalidad española están mostrando una tendencia al aumento de su presencia laboral, mientras que los jóvenes y los varones en general están en cierto retroceso en su presencia laboral. Es de interés el comportamiento laboral diferenciado entre las personas más jóvenes y de más edad.

OCUPACION

Una de los efectos más evidentes de la crisis económica es la pérdida de empleo. El número de personas ocupadas en Andalucía en el último trimestre de 2009 se ha estimado por el INE en una cifra total de 2.893.500 personas, lo que significa un aumento de 9.200 respecto al tercer trimestre del año, pero una disminución de 160.900 personas respecto al mismo trimestre del año 2008. De nuevo, se observa a partir de los datos de la EPA, que el ajuste de la ocupación está afectando de forma más acentuada a los hombres que a las mujeres. En términos interanuales, la pérdida del empleo por parte de los hombres ha sido de 147.000 efectivos frente a una pérdida de empleo de 13.900 mujeres.

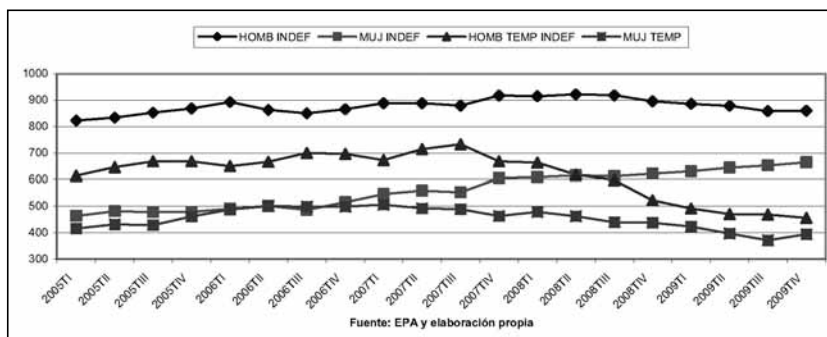
Una imagen que da una idea muy evidente de la evolución de la ocupación en los últimos años y del efecto de la crisis económica se obtiene si representamos en un gráfico las tasas de variación interanual del empleo. Hasta el segundo trimestre de 2007, el empleo muestra tasas de variación positivas aunque decrecientes. A partir de entonces, las tasas de variación interanual toman valores negativos, si bien este último trimestre del año muestra una moderación en la caída del empleo. En general, se observa que el ajuste del empleo, medido en términos de variación interanual, es mayor en la comunidad autónoma andaluza que en la media nacional, tanto en la fase de crecimiento como en la de recesión. Aquí tendríamos un elemento para la reflexión en torno a lo que podríamos llamar *volatilidad del empleo*, mayor en Andalucía cuyas causas merecerían un estudio singular que podría arrojar luz sobre las causas últimas del comportamiento del mercado laboral en España respecto a la media europea y también en Andalucía respecto a la media nacional.

Tasa variación interanual ocupación. Andalucía y España 2006-2009



Del conjunto de los ocupados, la crisis económica está afectando de forma singular al grupo de los trabajadores asalariados. Este hecho es hasta cierto punto lógico ya constituye el colectivo más numeroso como indica la tasa de *salarización* se sitúa en Andalucía en el 82,15% en el cuarto trimestre de 2009. Sin embargo, el ajuste en el empleo de los trabajadores asalariados se está produciendo de forma muy significativa en el subgrupo de los asalariados con contrato de duración temporal, y especialmente entre los hombres. Mientras que el conjunto de los asalariados con contrato indefinido se ha mantenido estable, fundamentalmente por la incorporación de mujeres con este tipo de contratos que ha compensado la caída del número de varones con este tipo de contrato, la caída del número asalariados con contratos de duración temporal ha sido acelerada y especialmente entre los varones, colectivo que ha experimentado una pérdida de 212.000 efectivos si comparamos el último trimestre de 2009 con el de 2007. También se ha producido una reducción en el número de mujeres con este tipo de contrato temporal pero en los últimos dos años la pérdida de empleo ha sido de 69.000 mujeres.

Total asalariados por tipo de contrato y sexo. Andalucía 2005-2009. En miles

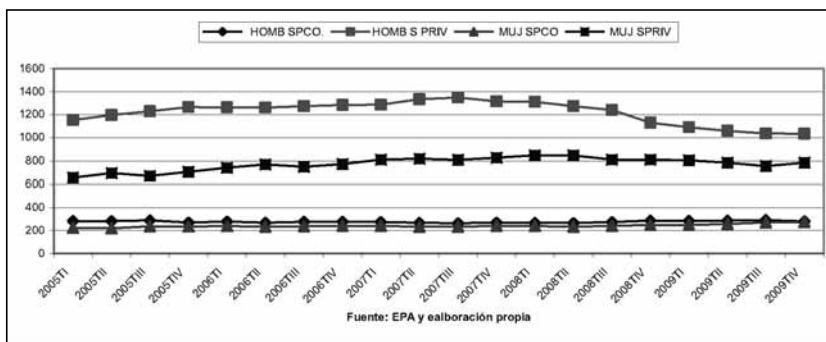


A la luz de estos datos es evidente que el mercado de trabajo en España, y en Andalucía, presenta una significativa segmentación entre los asalariados con contrato de duración indefinida y de duración temporal. Por tanto, la necesaria adaptación de la producción y del empleo al ciclo económico se ha producido a través de la adopción de medidas de flexibilidad externa. Este proceso de adaptación al ciclo en nuestro entorno, es significativamente diferente a lo ocurrido en otros países de nuestro entorno y plantea un reto importante: cómo afrontar el diseño de un modelo de relaciones laborales que reduzca esta duali-

zación del mercado laboral. Esta cuestión constituye uno de los elementos básicos de debate a la hora de afrontar los términos de una nueva reforma laboral en España.

La dualización laboral a la que nos estamos refiriendo tiene también un impacto evidente en el tipo de actividad económica que realizan los asalariados. Si tenemos en cuenta el sector de actividad, público o privado en el que está contratado el trabajador. En los últimos trimestres se observa que, en la economía andaluza, la caída en el número de asalariados se ha producido fundamentalmente entre los varones contratados en el sector privado. El porcentaje de asalariados contratados en el sector público en Andalucía se ha situado en el cuarto trimestre de 2009 en el 23,4% del total de los asalariados andaluces, un porcentaje que en el mismo trimestre de 2007 era del 19,2%. El aumento del peso relativo del sector público tiene que ver con el ajuste producido en el empleo en sector privado. Sin embargo, también es significativo que en los años de crisis el empleo público ha seguido su tendencia creciente de los años anteriores al estallido de la crisis. Un último elemento para la reflexión, el número de mujeres ocupadas en el sector público se acerca de forma tendencial al de los hombres ocupados en este mismo sector.

**Asalariados por tipo de sector público o privado.
Andalucía 2005-2009. En miles**



La caída del empleo está centrándose pues entre los varones, los asalariados con contrato de duración temporal y del sector privado. En lo que se refiere a este último factor podemos señalar la evolución tan negativa que han tenido las áreas de actividad económica fundamentalmente en el sector de la construcción, pero también en la industria, el comercio, las actividades inmobiliarias y financieras, todas ellas actividades que están ligadas al sector

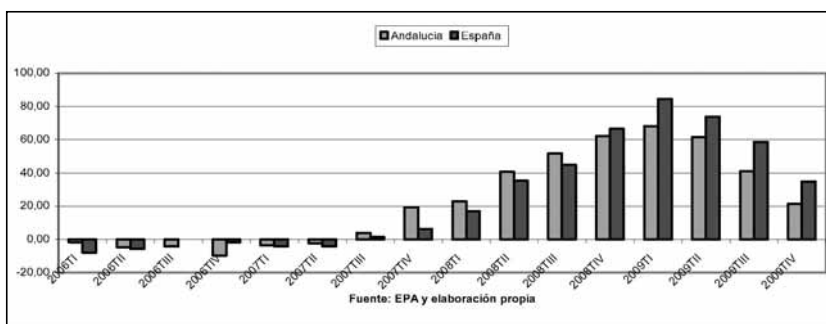
privado. Por el contrario, la ocupación en el sector público ha aumentado en el último año en 22.100 personas. En un contexto de caída general de la ocupación, el mantenimiento del empleo en el sector público y en la Administración constituye un baluarte ante el impacto de la crisis económica. No obstante, la crisis económica plantea un reto significativo a la propia sostenibilidad financiera del sector público a largo plazo, e introduce un elemento de reflexión sobre el tema del tamaño óptimo y sostenible del sector público.

DESEMPLEO

El impacto más evidente de la crisis económica en el mercado laboral se aprecia en la evolución del desempleo. El total de desempleados en Andalucía en el cuarto trimestre de 2009 es estimado por la EPA en 1.034.000 personas, lo que constituye la cifra más alta que en términos absolutos se ha estimado en Andalucía. En número de desempleados ha crecido en 39.600 personas en comparación con el trimestre anterior y en 183.700 personas si se compara con el mismo trimestre del año 2008. En términos interanuales en Andalucía, el desempleo está afectando de forma más intensamente a los varones cuyo número ha crecido en 118,900 frente a un aumento de 64.800 mujeres. La población de nacionalidad extranjera en Andalucía ha visto aumentar el número de desempleados en el último año en 5.800 personas (un 4,44%) mientras que la de nacionalidad española ha aumentado su desempleo en 177.900 personas (un 24,70%).

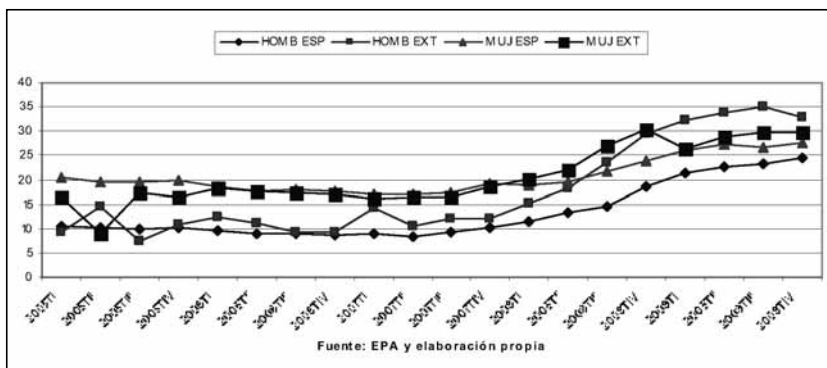
El desempleo está desacelerando su crecimiento en los últimos trimestres, aunque presenta tasas de variación interanual de dos dígitos parece que se modera el crecimiento del paro en los últimos trimestres. En términos relativos, las tasas de crecimiento del desempleo están siendo en el año 2008 menores en Andalucía que en el conjunto de la media nacional.

Tasa variación interanual desempleo Andalucía y España 2006-2009



El total de personas desempleadas es un dato que hay que poner en el contexto de la población activa, información que aporta la tasa de paro. Si distribuimos la población entre diversos subgrupos podemos obtener una información adicional sobre cuáles son los colectivos a los que más está afectando el paro por lo que podemos tener una idea más amplia de la dinámica del mercado de trabajo en Andalucía en este periodo de crisis. En términos relativos, el desempleo está afectando en mayor medida a la población andaluza que a la media nacional. En el cuarto trimestre de 2009, la tasa de paro andaluza se situó en el 26,33%, frente a una tasa de paro del 18,83% de media española. En este mismo periodo el grupo que sufre una tasa de paro más alta es el de los hombres de nacionalidad extranjera (32,76%) seguido por el de las mujeres de nacionalidad extranjera (29,63%). La población de nacionalidad española presenta tasas de paro más reducidas tanto para las mujeres (27,47%) como para los hombres (24,40%). Es de destacar que el grupo de las mujeres de nacionalidad española es el que, en términos relativos, está aguantando mejor el azote de la crisis. En 2005 era este grupo el que tenía las tasas de paro diferencial más elevadas, en torno a 9 puntos superior al de los hombres. En 2009, las mujeres de nacionalidad española experimentan tasas de paro menores que la correspondiente a los extranjeros y la diferencia con la tasa de paro masculina se ha reducido a 3,07 puntos en el cuarto trimestre de 2009.

Tasas de paro por nacionalidad y sexo. Andalucía 2005-2009

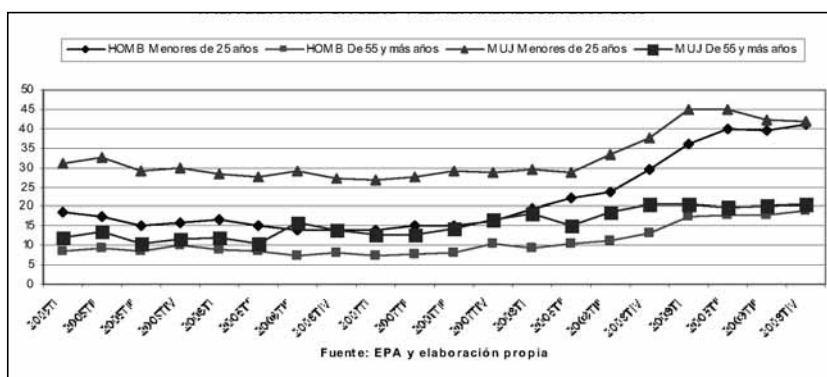


Otra de las características más relevantes del desempleo en España respecto a los países de nuestro entorno es el elevado nivel de tasa de las personas más jóvenes. El grupo de las mujeres menores de 25 años registraba una tasa de paro en torno al 30% hasta el segundo trimestre de 2008, a partir de entonces experimenta un acelerado aumento hasta niveles que lo sitúan en torno

al 45%, posteriormente, experimenta una ligera reducción a lo largo del año 2009 cerrando el año en el 41,7%. El grupo de los varones de misma edad registraba tasas medias del 15% para experimentar desde final de 2007 un aumento sostenido de la tasa de paro hasta alcanzar en el último trimestre de 2009 un valor del 40,98%, cifra muy cercana a la tasa de paro femenina de esa misma cohorte de edad. La evolución descrita es un indicador del deterioro en términos de paro tan rápido y sostenido, que debido a la crisis económica, ha experimentado el colectivo de los varones jóvenes.

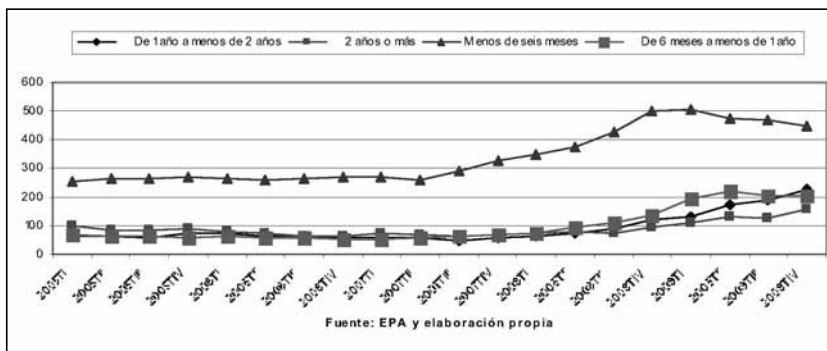
En lo que corresponde al grupo de personas de más edad (de 55 años y más) la tasa de paro ha experimentado un aumento, tanto para hombres como para mujeres así como la convergencia entre ambos colectivos.

Tasa de paro por sexo y edad. Andalucía 2005-2009



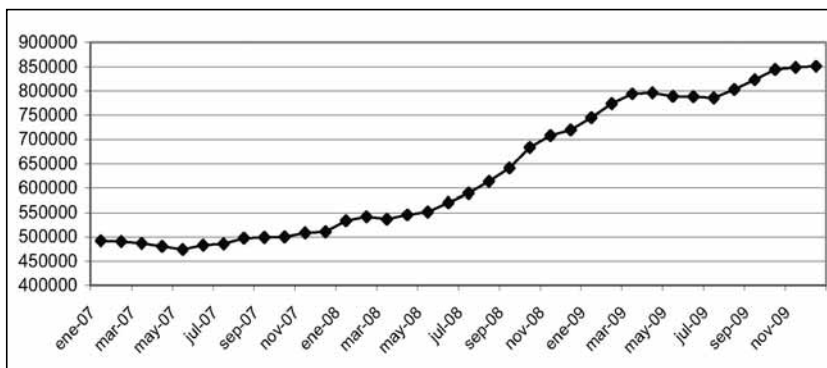
Como es evidente, la crisis económica está afectando a la dinámica del desempleo en Andalucía de forma muy acerada. El tiempo de búsqueda de empleo está aumentando por término medio como muestra que el grupo de personas que llevan buscando empleo entre uno y dos años y más de dos años está aumentando, mientras que el número de desempleados que llevan menos de seis meses buscando empleo ha alcanzado un máximo a finales de 2008 y empieza a descender paulatinamente.

**Total desempleados por tiempo de búsqueda de empleo.
Andalucía 2005-2009. En miles**



En Ministerio de Trabajo e Inmigración aporta información sobre la evolución del desempleo a partir de los datos del paro registrado en los Servicios Públicos de Empleo. Como se sabe, las cifras aportadas por la EPA y las del paro registrado no son homogéneas, pero ambos datos pueden usarse a modo de contraste con objeto de conocer la situación del mercado de trabajo en Andalucía. La evolución del paro registrado muestra un deterioro en el tercer trimestre de 2009 y una estabilización en torno a los 850.000 efectivos en el último trimestre del año. La diferencia con respecto a la cifra del paro estimado por la EPA se situó en torno a casi 180.000 personas de media en el último trimestre del año 2009.

Para registrado. Andalucía enero 2007-diciembre 2009



INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Tercer trimestre 2009

	Unidad	Periodo	Dato	ESPAÑA		ANDALUCÍA		
				VA ^(*)	VB ^(*)	Dato	VA ^(*)	VB ^(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	4º Trim. 09	22.972,50	-0,1	-0,4	3.927,50	1,2	0,6
Tasa de actividad	Porcentaje	4º Trim. 09	59,76	-0,1	-0,6	58,32	1,1	-0,1
Hombres	68,14	-0,4	-1,6	67,52	-0,6	-1,9
Mujeres	51,7	0,4	0,6	49,42	3,2	2,3
16-19 años	20,93	-21,6	-21,4	21,77	-21,8	-41,5
20-24 años	65,1	-4,4	-4,6	63,5	-3,4	-7,1
25-54 años	84,91	0,8	0,6	81,54	1,6	1,3
Más de 55 años	21,23	1,3	0,4	19,47	5,5	6,0
Ocupados	Miles	4º Trim. 09	18,645,90	-1,2	-6,1	2.893,50	0,3	-5,6
Agricultura	782,6	6,2	-2,6	226,1	20,5	4,6
Industria	2.680,90	-1,4	-11,9	267,9	0,1	-12,8
Construcción	1.802,70	-2,6	-17,3	269,1	-2,7	-29,7
Servicios	13.379,70	-1,4	-3,3	2.130,40	-1,4	-2,7
Asalariados del sector público	..	4º Trim. 09	3.065,70	-1,2	1,2	556	-0,7	3,4
Asalariados temporales	..	4º Trim. 09	3.886,20	-4,0	-14,7	851,4	1,2	-12,9
Parados encuestados	..	4º Trim. 09	4.326,50	4,9	34,9	1.034,00	3,8	17,7
Hombres	2.392,50	4,4	41,7	565	2,2	21,0
Mujeres	1.934,00	5,5	27,3	469	5,8	13,8
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	4º Trim. 09	18,83	5,0	35,4	26,33	2,6	17,3
Hombres	18,64	5,0	43,8	25,27	2,5	22,0
Mujeres	19,07	5,0	25,9	27,73	2,6	11,1
16-19 años	57,58	7,9	25,8	63,72	9,2	16,2
20-24 años	34,97	0,9	41,1	40,98	-2,7	18,6
25-54 años	17,45	7,5	37,3	24,62	4,4	19,2
Más de 55 años	12,39	7,1	45,9	19,52	4,8	20,2
Parados de larga duración	Porcentaje	4º Trim. 09	34,52	4,9	34,9	36,83	13,2	32,2
Parados registrados	Miles	4º Trim. 09	3.866,97	6,6	29,8	848,2	5,5	20,6
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	4º Trim. 09	624	0,0	0,0	624	0,0	0,0
Coste laboral por trabajador	€/mes	3er Trim. 09	2.428,69	-4,7	3,3	2.290,10	-4,2	0,0
Industria	2.680,62	-4,2	2,9	2.469,50	-2,1	0,0
Construcción	2.490,56	-5,4	4,9	2.376,20	-3,2	0,0
Servicios	2.364,44	-4,7	3,5	2.247,40	-4,7	0,0
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	3er Trim. 09	124,2	-7,9	-0,8	127,9	-5,8	0,0
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	3er Trim. 09	4.396	-22,7	206,1	262	-29,6	78,2
Trabajadores Extinción de empleo	109.185	-23,9	455,4	4.124	-19,0	212,0
Suspensión de empleo	13.987	-21,8	40,0	3.072	-18,0	746,3
Reducción de jornada	89.558	-24,5	879,8	375	-3,4	240,9
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	2º Trim. 09	332	55,1	-5,4
Participantes	Miles	..	220,7	94,4	-31,9
Jornadas no trabajadas	296,4	-26,3	-57,8
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	3er Trim. 09	-4,0	-0,3	0,5
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	En-oct. 09	-45,9	..	-89,2
Inflación	Porcentaje	2º Trim. 09	0,1	-1,1	2,5
Tipo de interés (Euribor 12 meses)	Porcentaje	4º Trim. 09	1,2	0,1	3,2

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

Informes y Documentos

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA EN 2009*

ÍNDICE

1. PRINCIPALES MAGNITUDES
2. TIPOLOGÍA
 - 2.1. Convenios Originarios
 - 2.2. Convenios Revisados
3. ÁMBITO FUNCIONAL
 - 3.1. Convenios Sectoriales
4. ÁMBITO TEMPORAL
5. ÁMBITO TERRITORIAL
6. TIEMPO DE TRABAJO
7. ORDENACIÓN DEL SALARIO

1. PRINCIPALES MAGNITUDES

En el análisis de la evolución de la negociación colectiva en Andalucía se ha partido como premisa de un examen global del número de convenios, de su tipología, de su estructura y organización.

En primer término resulta idóneo conocer tanto su importancia cuantitativa o numérica, como su trascendencia cualitativa en función del grado de afectación del número de trabajadores y empresarios que se ven cubiertos por los mismos. Todo ello sin olvidar las posibles interconexiones, los distintos niveles y la ordenación de los distintos productos generados por este proceso de negociación colectiva, así como las posibles peculiaridades de sus cláusulas de configuración. En este sentido podemos indicar que a 31 de Enero de 2010, se constata la vigencia en Andalucía de 800 convenios colectivos referidos al 2009, los cuales extienden su afectación a algo más de 219.033 empresas y a 1.412.791 trabajadores.

* El informe, referido a convenios colectivos vigentes en 2009 y recepcionados en el C.A.R.L., hasta el 31/01/2010, está realizado por los servicios técnicos de dicho organismo.

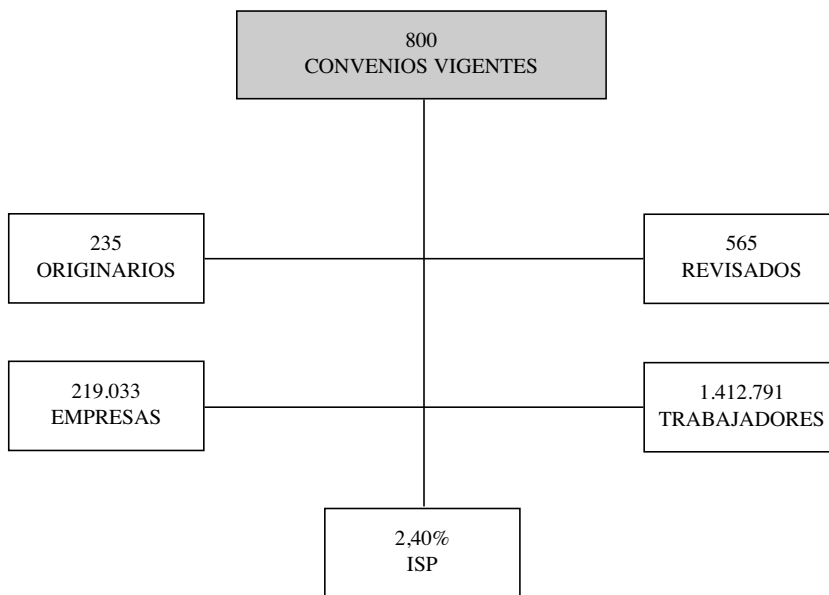


Tabla 1. Convenios Colectivos Vigentes

Ámbito geográ.	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	85	5.179	104.595	3,23
Cádiz	137	12.759	113.025	1,92
Córdoba	83	26.162	150.932	2,02
Granada	66	17.666	148.373	2,59
Huelva	63	6.705	139.153	2,75
Jaén	58	52.495	178.874	1,45
Málaga	123	49.623	278.478	3,05
Sevilla	136	44.549	244.948	1,91
Interpr.	49	3.895	54.413	3,59
Totales	800	219.033	1.412.791	2,40

Base de Datos: 800 Convenios

Gráfico 1. Convenios colectivos vigentes: Distribución provincial

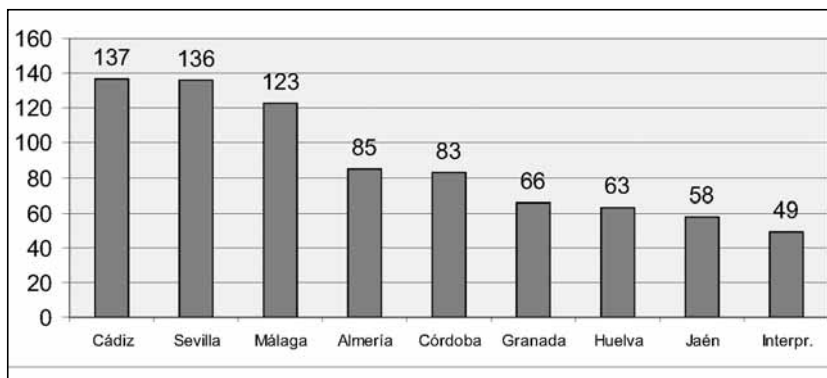
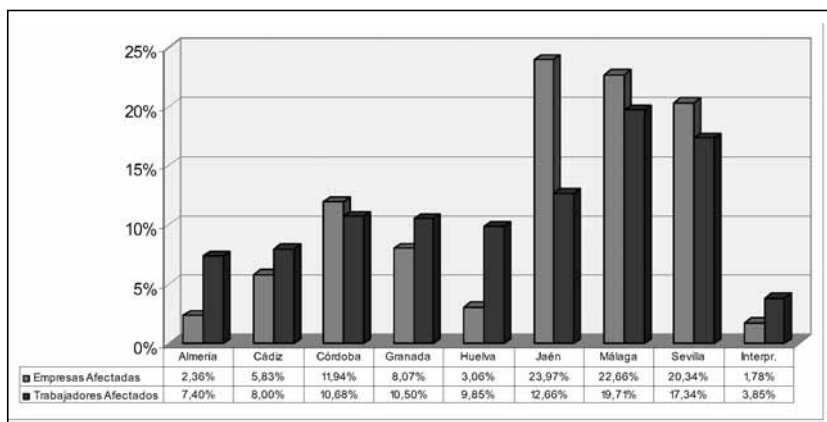


Gráfico 2. Distribución provincial de empresas y trabajadores afectados



Estos datos suponen una variación global porcentual negativa respecto al año anterior en el número de convenios colectivos vigentes, número de empresas y trabajadores del 5,55%; 7,26% y 8,02% respectivamente. Ello se ha debido fundamentalmente a que en el año 2009 se han encontrado dos problemas fundamentales en las negociaciones de convenios colectivos sectoriales:

- **El cierre de las tablas salariales definitivas de 2008.** Se trata de uno de los conflictos que más se ha producido en este primer semestre. El cierre del año 2008 con un IPC real del 1,4 ha supuesto una alteración en la dinámica habitual, provocando desajustes con la mayoritaria previsión en nuestros convenios colectivos de dar por válido el IPC previsto en un 2%. Ello ha supuesto que las tablas provisionales de 2008 hayan aplicado incrementos superiores al IPC real. Este cierre de tablas es fundamental para aplicar sobre las mismas el incremento salarial para el año 2009.
- **La aplicación de las cláusulas de revisión salarial.** Como hemos dicho, la mayor parte de los convenios colectivos referencia las subidas salariales al IPC previsto por el Gobierno introduciendo una cláusula de referencia al IPC real a final de año. El segundo problema se está produciendo por no existir una referencia oficial del IPC previsto. En este sentido se comienza a cuestionar la validez de la previsión, aceptada hasta ahora, de fijar en el 2% el IPC previsto, máxime teniendo en cuenta que el IPC real a finales de este año muy probablemente sea inferior a dicha cifra.

Otro factor determinante de los problemas que ha sufrido nuestra negociación colectiva en el año 2009 viene dado por la ausencia de ANC a nivel estatal, *paraguas* que ha dado cobertura a nuestra negociación sectorial en los últimos años, y que venía marcando las directrices a seguir en cuanto a la fijación de los incrementos salariales.

Gráfico 3. Variación porcentual respecto a año anterior. Convenios, empresas y trabajadores

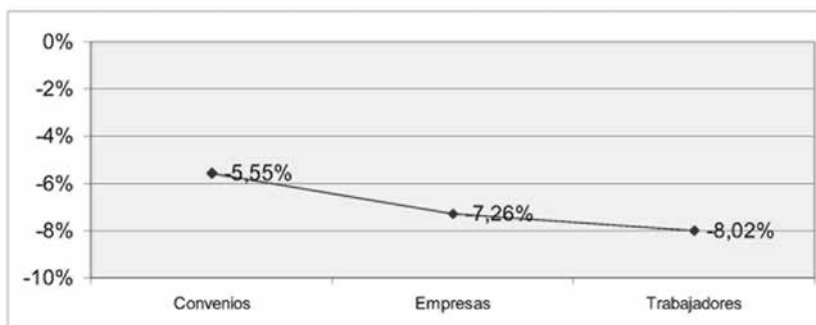


Gráfico 4. Comparativa interanual número de convenios colectivos vigentes por provincias

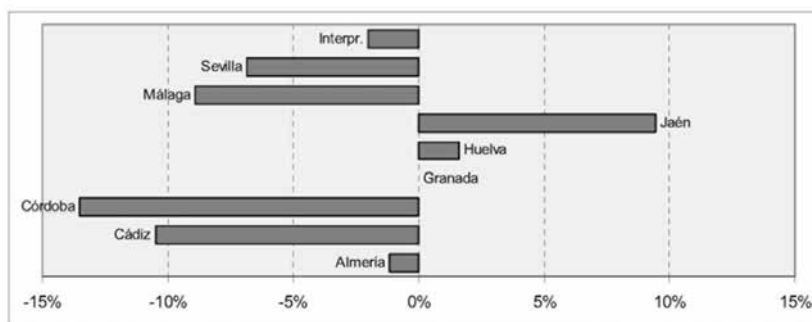
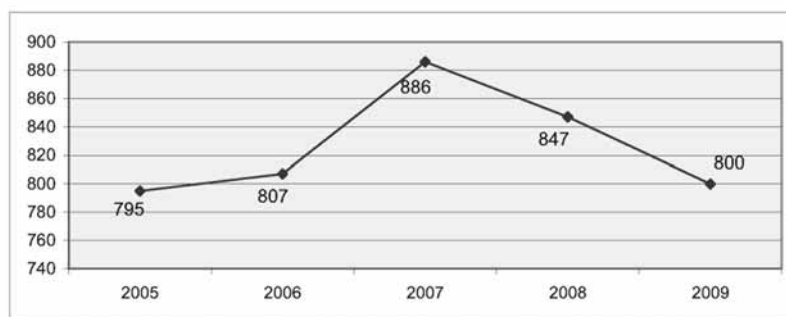


Gráfico 5a. Número de convenios colectivos vigentes: Evolución



2. TIPOLOGÍA

Bajo este epígrafe se va a proceder al encuadramiento de los convenios colectivos vigentes en Andalucía según sean éstos originarios o revisados.

Un total de 235 de tales textos negociales son convenios originarios, estos es, han sido registrados durante el año 2009, los cuales tienen un ámbito de afectación que abarca a 33.543 empresas, lo que significa un 15,31% del total de las incluidas en la afectación de los convenios de ámbito andaluz. Estos convenios afectan a 284.151 trabajadores (20,11% del total de los incluidos en la negociación colectiva andaluza). Con respecto a los 235 convenios originarios, 39 son de naturaleza sectorial. No obstante, estos últimos, a pesar de su inferioridad numérica, extienden su campo de aplicación personal al 90,64% de los trabajadores y al 99,42% de las empresas incluidas en el campo de aplicación de los convenios originarios de este año. Respecto a las revisiones salariales, 450 son de empresa y 115 de sector.

Los 565 convenios vigentes restantes son convenios revisados, los cuales afectan a 185.490 empresas (84,69% del total de las inmersas en convenios de ámbito andaluz) y a 1.128.640 trabajadores (79,89% de todos los afectados por convenios colectivos andaluces).

Gráfico 6. Convenios Originarios- Convenios Revisados. Porcentajes de afectación

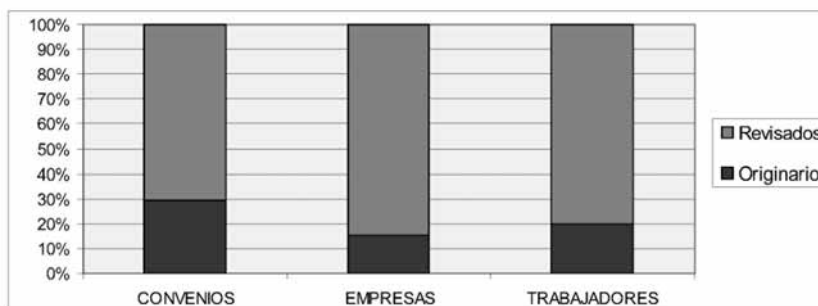
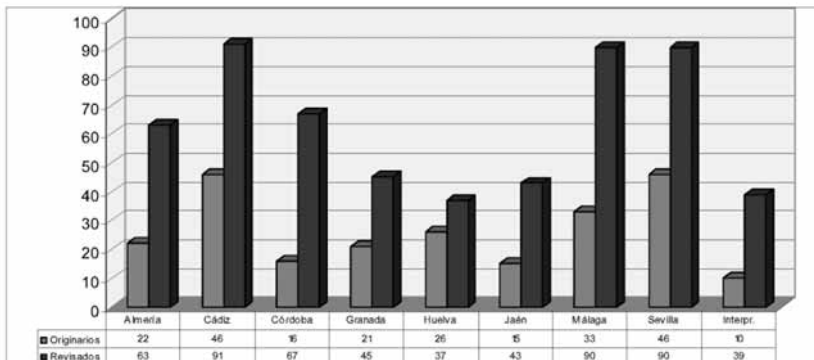


Gráfico 7. Convenios Originarios- Convenios Revisados. Distribución Provincial



2.1. Convenios Originarios

Tabla 2. Convenios originarios/ Primeros Convenios

Ámbito geogr.	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	22	25	1.789	4	5	285
Cádiz	46	1.621	18.353	10	10	993
Córdoba	16	8.561	77.873	3	3	91
Granada	21	7.590	68.347	2	2	130
Huelva	26	860	34.827	5	5	336
Jaén	15	5.334	10.167	1	1	240
Málaga	33	409	4.945	7	7	247
Sevilla	46	6.134	52.521	9	9	830
Interpr.	10	3.009	15.329	4	4	1.840
Totales	235	33.543	284.151	45	46	4.992

Base de Datos: 280 Convenios Originarios

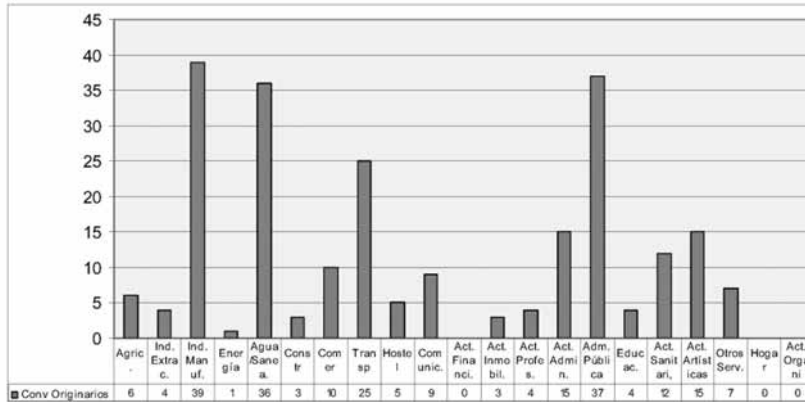
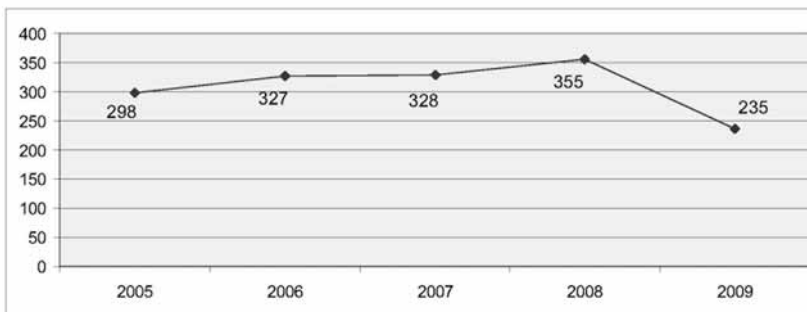
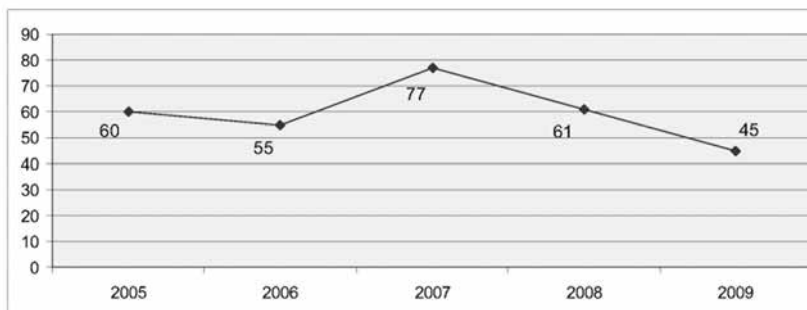
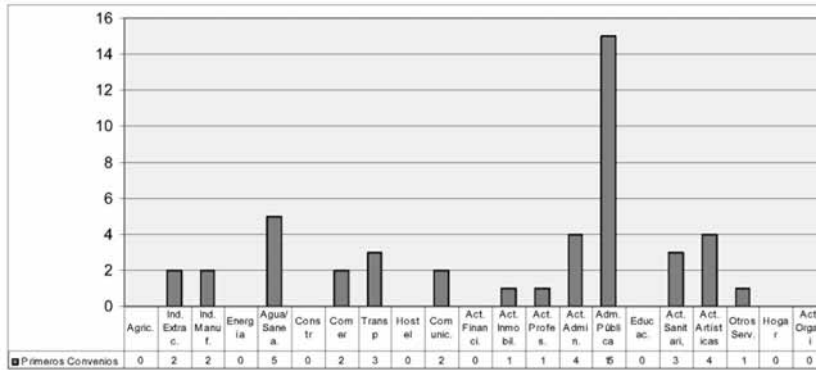
Gráfico 8. Convenios originarios clasificados por CNAE**Gráfico 9. Evolución del número de convenios originarios****Gráfico 10. Evolución del número de primeros convenios**

Gráfico 11. Primeros convenios clasificados por CNAE

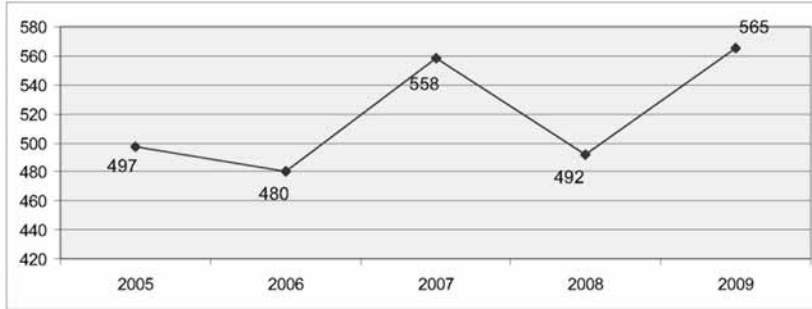
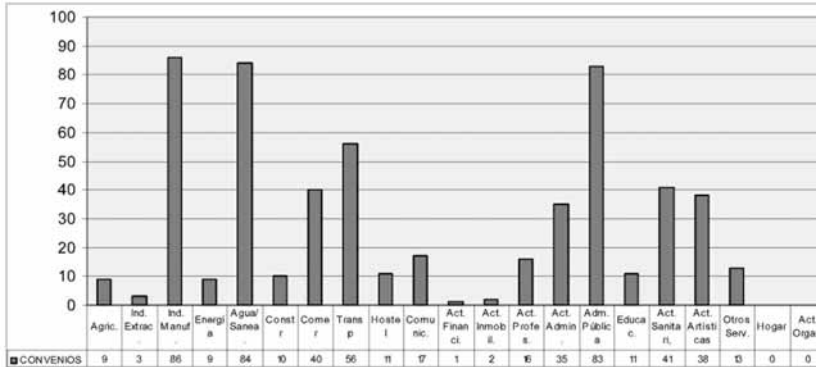


2.2. Convenios Revisados

Tabla 3. Convenios revisados

Ámbito geogr.	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	63	5.154	102.806	3,24
Cádiz	91	11.138	94.672	2,06
Córdoba	67	17.601	73.059	2,21
Granada	45	10.076	80.026	3,04
Huelva	37	5.845	104.326	2,54
Jaén	43	47.161	168.707	1,43
Málaga	90	49.214	273.533	3,06
Sevilla	90	38.415	192.427	2,00
Interpr.	39	886	39.084	3,59
Totales	565	185.490	1.128.640	2,48

Base de Datos: 565 Convenios Revisados

Gráfico 12. Evolución del número de convenios revisados**Gráfico 13. Convenios revisados clasificados por CNAE.**

3. ÁMBITO FUNCIONAL

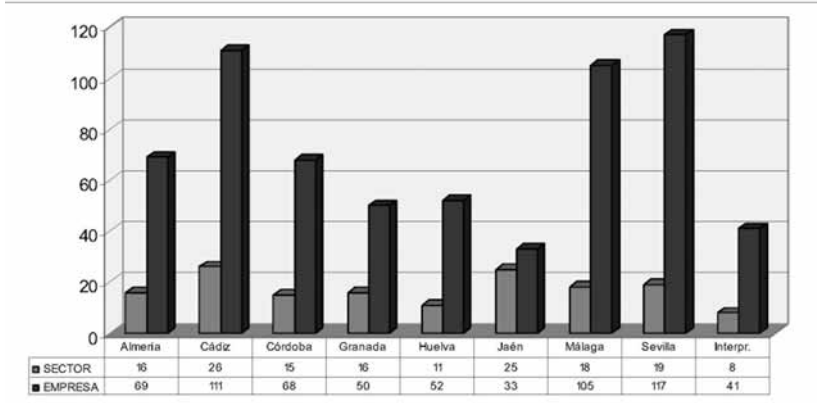
Al examinar la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación personal, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. La situación descrita es una pauta que se reitera en todas las provincias andaluzas. En este sentido podemos indicar que de los 800 convenios colectivos vigentes 154 son convenios de sector, lo que supone el 19,25% del total. 1.320.985 trabajadores se incluyen en este ámbito funcional, lo que supone el 93,5% del global. Esta incidencia es aún más acusada respecto a las empresas, ya que el 99,71% de las mismas –218.387– se acogen a convenios de sector.

De los 800 convenios vigentes, 646 son convenios de empresa o de ámbito inferior, lo que significa un 80,75 % del total, siendo 91.806 los trabajadores que regulan sus relaciones laborales a través de este tipo de convenios (6,5% del total de los incluidos en convenios andaluces), cifra muy inferior a los acogidos a convenios sectoriales. La incidencia del número de empresas incluidas en convenios de empresa con respecto al global de esta magnitud es aún menor, no superando el 0,29% del total.

Tabla 4. Convenios vigentes: sector/empresa

Ámbito geogr.	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	16	5.110	99.855	69	69	4.740
Cádiz	26	12.648	101.389	111	111	11.636
Córdoba	15	26.094	145.785	68	68	5.147
Granada	16	17.616	143.908	50	50	4.465
Huelva	11	6.653	134.411	52	52	4.742
Jaén	25	52.462	175.282	33	33	3.592
Málaga	18	49.518	263.440	105	105	15.038
Sevilla	19	44.432	227.124	117	117	17.824
Interpr.	8	3.854	29.791	41	41	24.622
Totales	154	218.387	1.320.985	646	646	91.806

Base de Datos: 800 Convenios Colectivos

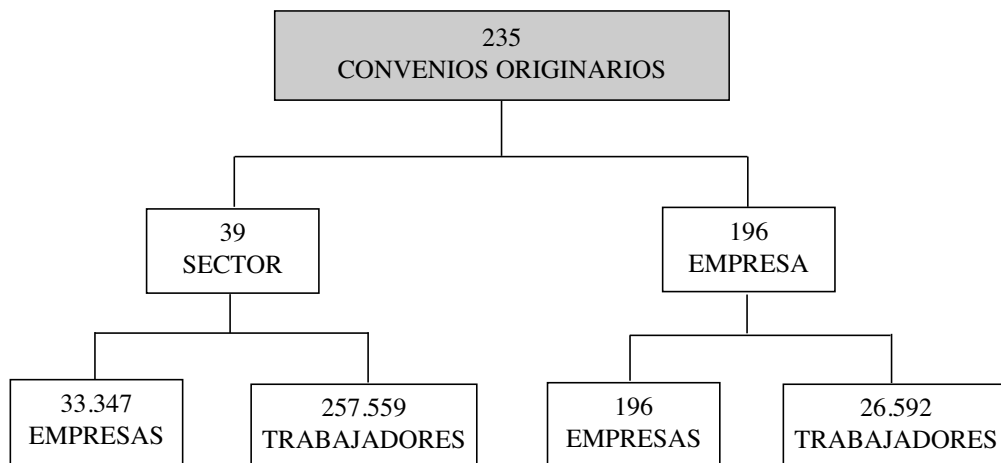
Gráfico 14. Ámbito funcional por provincias. Convenios vigentes**Tabla 5. Convenios Originarios: sector/empresa**

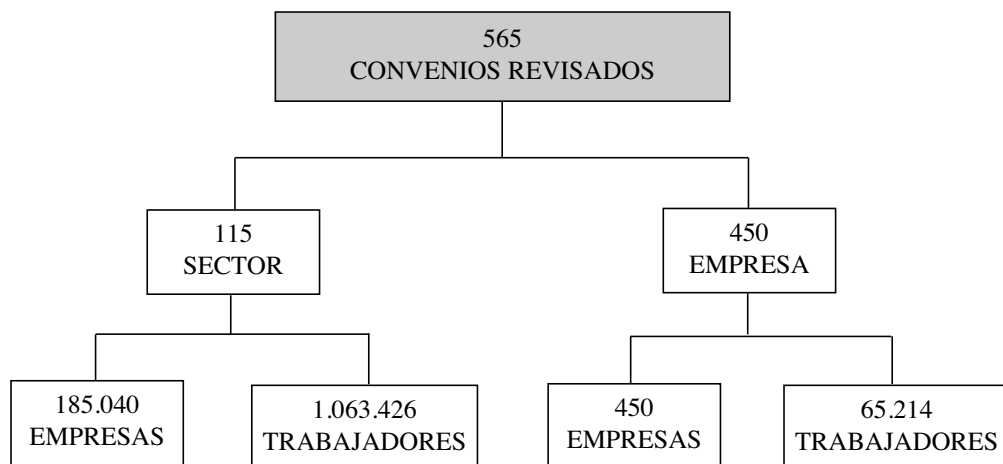
Ámbito geogr.	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	2	5	300	20	20	1.489
Cádiz	9	1.584	15.771	37	37	2.582
Córdoba	3	8.548	76.138	13	13	1.735
Granada	6	7.575	67.150	15	15	1.197
Huelva	3	837	32.250	23	23	2.577
Jaén	5	5.324	9.190	10	10	977
Málaga	5	381	2.640	28	28	2.305
Sevilla	5	6.093	44.920	41	41	7.601
Interpr.	1	3.000	9.200	9	9	6.129
Totales	39	33.347	257.559	196	196	26.592

Tabla 6. Convenios Revisados: sector/empresa

Ámbito geogr.	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	14	5.105	99.555	49	49	3.251
Cádiz	17	11.064	85.618	74	74	9.054
Córdoba	12	17.546	69.647	55	55	3.412
Granada	10	10.041	76.758	35	35	3.268
Huelva	8	5.816	102.161	29	29	2.165
Jaén	20	47.138	166.092	23	23	2.615
Málaga	13	49.137	260.800	77	77	12.733
Sevilla	14	38.339	182.204	76	76	10.223
Interpr.	7	854	20.591	32	32	18.493
Totales	115	185.040	1.063.426	450	450	65.214

Examinando separadamente los convenios originarios y los convenios revisados, desde una perspectiva funcional, los resultados que se obtienen son porcentualmente similares.





3.1. Convenios Sectoriales

Tabla 7. Convenios sectoriales vigentes: Empresas y trabajadores afectados

Ámbito geográ.	CONVENIOS SECTOR			
	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	16	5.110	99.855	3,27
Cádiz	26	12.648	101.389	1,87
Córdoba	15	26.094	145.785	2,02
Granada	16	17.616	143.908	2,59
Huelva	11	6.653	134.411	2,76
Jaén	25	52.462	175.282	1,44
Málaga	18	49.518	263.440	3,1
Sevilla	19	44.432	227.124	1,91
Interpr.	8	3.854	29.791	4,11
Totales	154	218.387	1.320.985	2,41

Base de Datos: 154 Convenios Sector

3.2. Convenios Empresariales

Tabla 8. Convenios colectivos vigentes de empresa. Empresas y trabajadores afectados

Ámbito geográ.	CONVENIOS SECTOR			
	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	66	66	4.705	2,25
Cádiz	101	101	10.643	2,33
Córdoba	65	65	5.056	2,21
Granada	48	48	4.335	2,44
Huelva	47	47	4.406	2,41
Jaén	32	32	3.352	2,23
Málaga	98	98	14.791	2,11
Sevilla	108	108	16.994	1,97
Interpr.	37	37	22.782	2,91
Totales	602	602	87.064	2,37

Base de Datos: 602 Convenios Empresa (excluidos los primeros convenios)

Tabla 9. Convenios de empresa: Tipología

Ámbito geográ.	Grupo Profesional	Centro de Trabajo	Intercentro	Grupo de Empresas	Empresas	Total
Almería	1	19	3	3	43	69
Cádiz	3	29	2	5	72	111
Córdoba		12	1		55	68
Granada		12	1	1	36	50
Huelva	1	18		2	31	52
Jaén		11		1	21	33
Málaga	2	36	1	2	64	105
Sevilla	1	28	3	3	82	117
Interpr.	4	5	1	1	30	41
Totales	12	170	12	18	434	646

Base de Datos: 646 Convenios de Empresas

Gráfico 15. Convenios vigentes de empresa. Porcentajes provinciales según ámbito público/privado

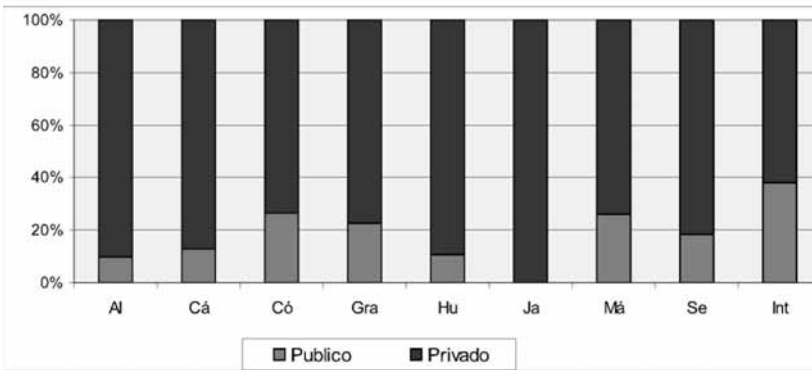
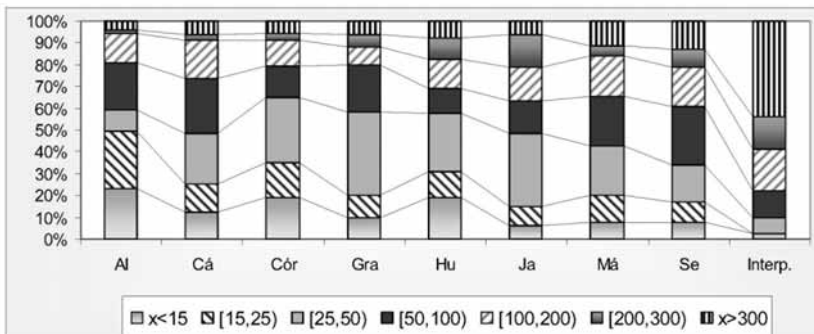


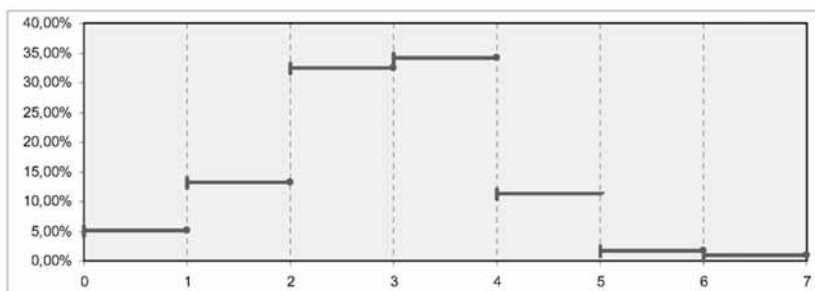
Gráfico 16. Porcentajes por provincias de convenios colectivos vigentes según el tamaño de las empresas



4. ÁMBITO TEMPORAL

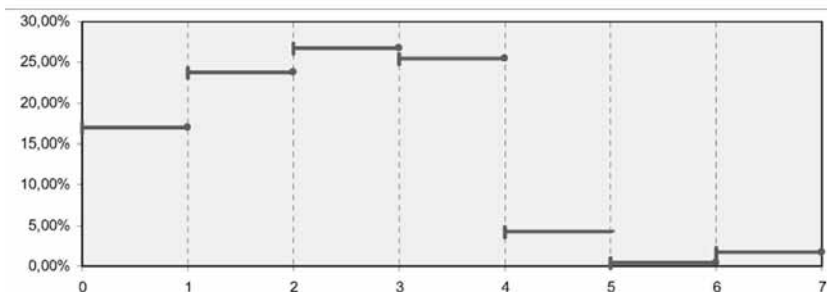
Por lo que se refiere al periodo de vigencia determinado en los convenios en el momento de su suscripción, sigue constatándose un fuerte predominio de aquellos que se han pactado por un periodo de duración superior al año, frente a los que se han ultimado con una vigencia de carácter anual.

Gráfico 17. Convenios colectivos vigentes. Ámbito temporal

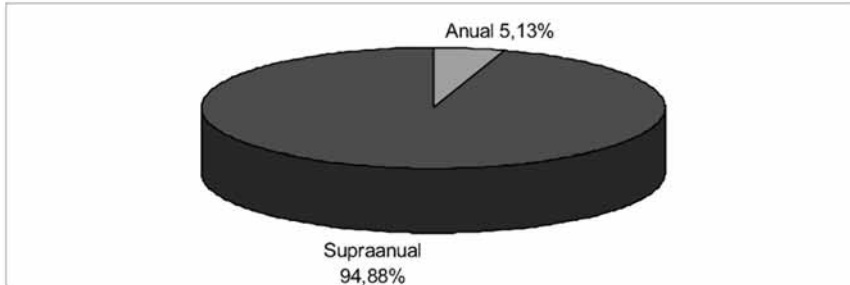
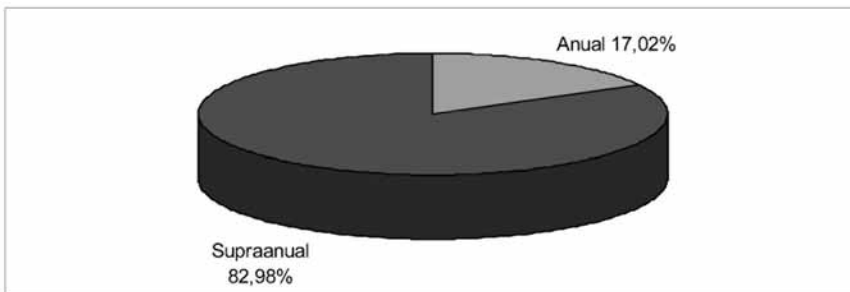
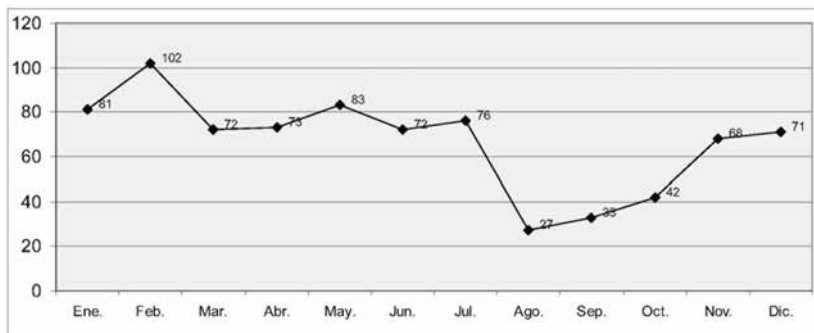


Base de datos: 800 convenios vigentes

Gráfico 18. Convenios colectivos originarios año 2009. Ámbito temporal



Base de datos: 235 convenios originarios

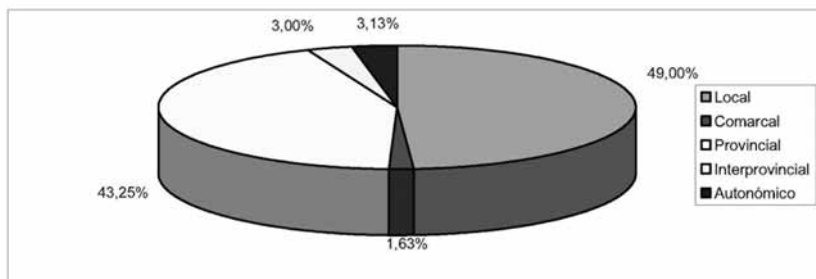
Gráfico 19. Convenios vigentes anuales/supraanuales**Gráfico 20. Convenios originarios año 2009 anuales/supraanuales****Gráfico 21. Fecha firma convenios vigentes**

Base de datos: 800 convenios vigentes

5. ÁMBITO TERRITORIAL

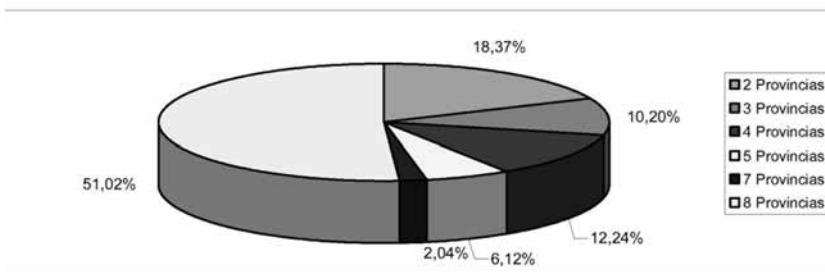
Manteniendo el esquema consolidado en el ámbito andaluz, por otra parte, similar al estatal, territorialmente es el ámbito provincial el de mayor incidencia.

Gráfico 22. Ámbito territorial de convenios colectivos vigentes



Base de datos: 800 convenios vigentes

Gráfico 23. Convenios interprovinciales: Porcentaje por provincias afectadas



Base de datos: 49 convenios vigentes de ámbito interprovincial

6. TIEMPO DE TRABAJO

El estudio de la jornada laboral, su duración y distribución en el tiempo exige primariamente conocer la jornada plasmada en los convenios colectivos,

haciendo coincidir el módulo de cómputo de la misma sobre una base uniforme que, en este caso será el cómputo anual, realizando para ello la correspondiente transformación en los textos que fijan dicha jornada en cómputo semanal.

Si tomamos como base de datos el total de convenios vigentes en Andalucía, la jornada convencional unificada en cómputo anual se cifra en 1704,05 horas de promedio; la jornada de los convenios de sector en 1773,8 horas; siendo 1685,65 la jornada media de los convenios de empresa, cifra sensiblemente más baja resultante de los convenios colectivos del sector público. En este sentido la jornada de los convenios de empresa privada se fija en 1736,48 h, frente a las 1599,14 h de los convenios de empresa del sector público.

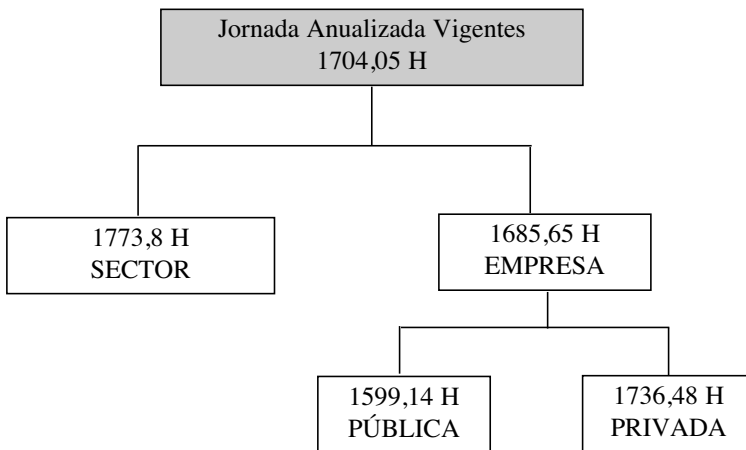


Tabla 10. Jornada promedio convenios colectivos vigentes

Ámbito geogr.	Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
Almería	1.688,28	37,43	1.701,54
Cádiz	1.711,56	37,74	1.719,29
Córdoba	1.712,21	38,17	1.666,23
Granada	1.717,19	38,10	1.725,12
Huelva	1.704,64	37,51	1.722,12
Jaén	1.713,80	37,62	1.724,81
Málaga	1.720,20	38,05	1.736,83
Sevilla	1.692,52	37,12	1.699,49
Interpr.	1.676,02	36,83	1.678,95
Totales	1.704,05	37,62	1.708,26

Bases de datos: 800 convenios vigentes

Tabla 11. Jornada promedio convenios colectivos originarios año actual

Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
1.698,94	37,46	1.694,34

Base de datos: 235 convenios originarios año 2009

Tabla 12. Jornada anual/semanal unificada en cómputo anual: Promedio en convenios sector/empresa

Ámbito geográ.	SECTOR	EMPRESA
Almería	1.794,10	1.663,74
Cádiz	1.785,03	1.694,35
Córdoba	1.776,67	1.697,99
Granada	1.768,20	1.700,86
Huelva	1.797,55	1.684,99
Jaén	1.769,45	1.671,64
Málaga	1.800,83	1.706,37
Sevilla	1.774,00	1.679,28
Interpr.	1.698,35	1.671,66
Totales	1.773,80	1.685,65

Base de datos: 800 convenios vigentes

Tabla 13. Jornada anual/semanal unificada en cómputo anual: Promedio en convenios empresa pública/privada

Ámbito geográ.	SECTOR	EMPRESA
Almería	1.588,70	1.728,65
Cádiz	1.618,89	1.715,17
Córdoba	1.564,66	1.780,53
Granada	1.608,61	1.757,40
Huelva	1.599,52	1.730,24
Jaén	1.627,31	1.683,58
Málaga	1.618,41	1.754,23
Sevilla	1.571,58	1.746,59
Interpr.	1.594,61	1.731,96
Totales	1.599,14	1.736,48

Gráfico 24. Evolución promedio jornada anualizada convenios colectivos vigentes

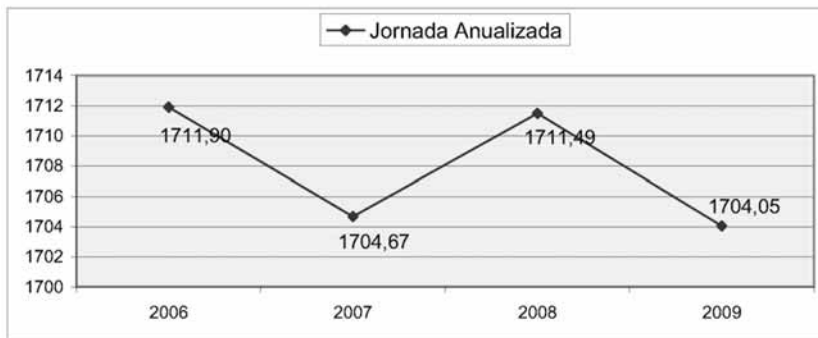


Gráfico 25. Evolución promedio jornada anualizada convenios de empresa privada

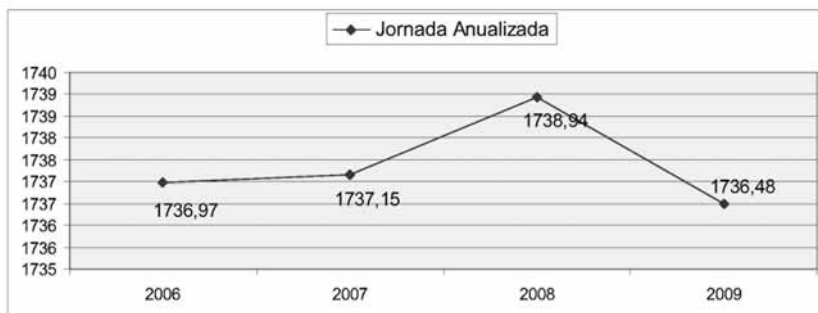


Gráfico 26. Evolución promedio jornada anualizada convenios de empresa pública

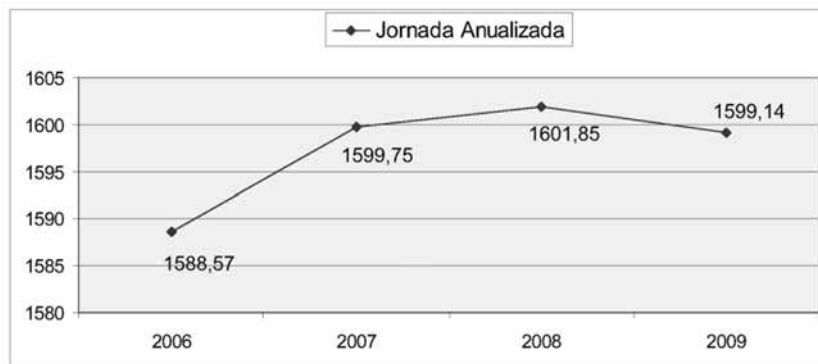


Gráfico 27. Evolución promedio jornada semanal convenios colectivos vigentes

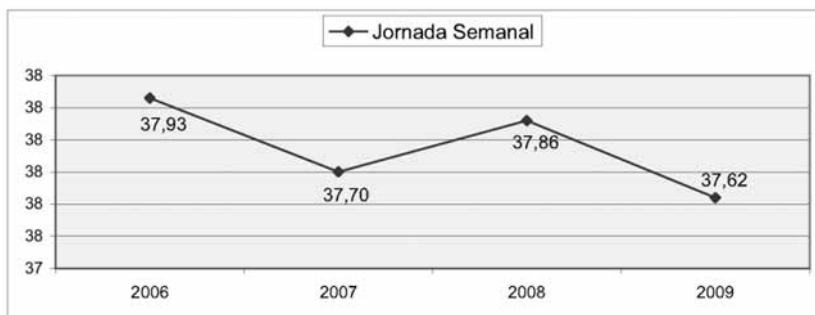
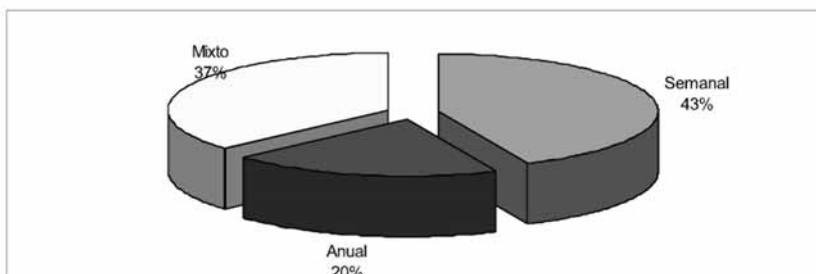
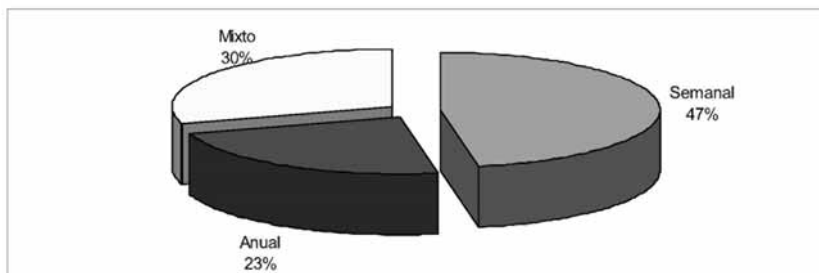


Gráfico 28. Módulo Determinación de la Jornada de Trabajo de Convenios Colectivos Vigentes



Base de datos: 800 convenios vigentes

Gráfico 29. Módulo Determinación de la Jornada de Trabajo de Convenios Colectivos Originarios



Base de datos: 235 convenios originarios año 2009

7. ORDENACIÓN DEL SALARIO

Si tomamos como base de datos la globalidad de los convenios colectivos vigentes, se observa que el incremento salarial ponderado global medio (I.S.P.) resultante en Andalucía, incluyendo convenios originarios y revisados, se sitúa en el 2,4%, correspondiendo el 2,41% a los convenios de sector y el 2,37% a los de empresa. A su vez, estos últimos se subdividen en un 2,37% para el ámbito público y un 2,36% para el privado. Son datos todos ellos en los que comienza a reflejarse la bajada producida en el último año del IPC, toda vez que la mayor parte de los convenios fijan sus incrementos salariales con algún tipo de referencia al IPC.

En los convenios originarios recepcionados en el presente año, el incremento salarial medio alcanza el 2,09%, situándose en el 2,09% en los convenios sectoriales y en el 2,1% en los empresariales. En los convenios revisados, el promedio de incremento salarial se eleva al 2,48%, adscribiéndose una vez más el promedio superior al ámbito sectorial (2,48%) frente al empresarial (2,46%).

En efecto, la bajada del IPC se hace notar en todos los incrementos salariales de los distintos tipos de convenios colectivos, excepto en los convenios del sector público, en los que la referencia para dichos incrementos no se referencia al IPC sino a las leyes de presupuesto generales.

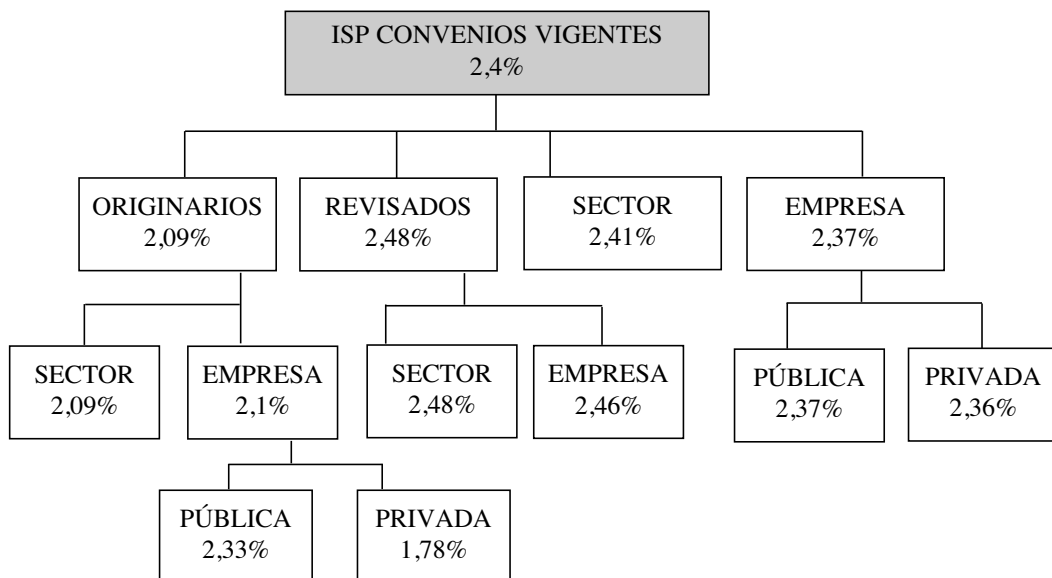
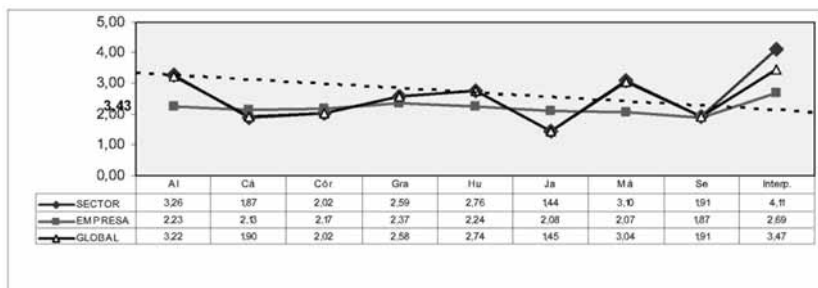


Gráfico 30. ISP en convenios vigentes (según sector-empresa) a nivel provincial



Base de datos: 800 convenios vigentes (154 de sector, 646 de empresa)

Gráfico 31. Comparativa interanual I.S.P. convenios vigentes

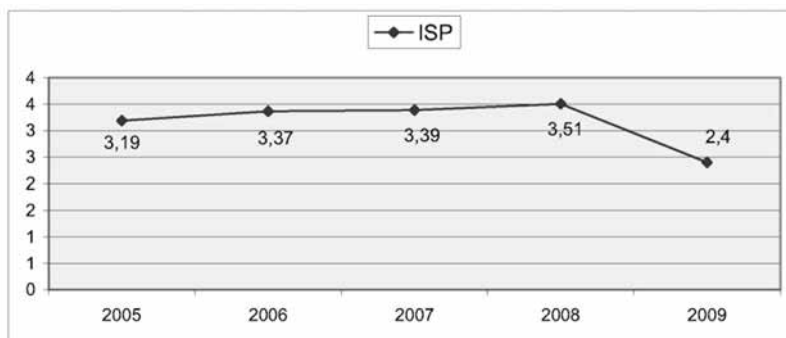


Gráfico 32. Comparativa Interanual I.S.P. convenios originarios

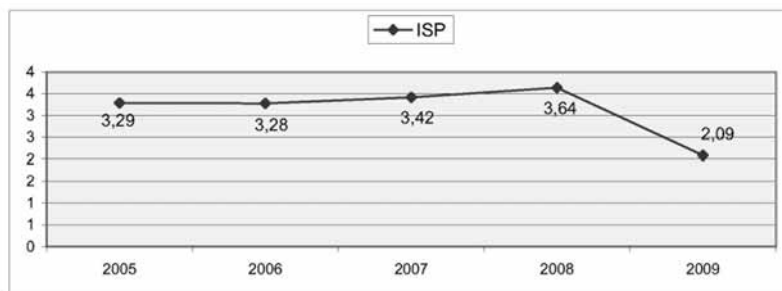
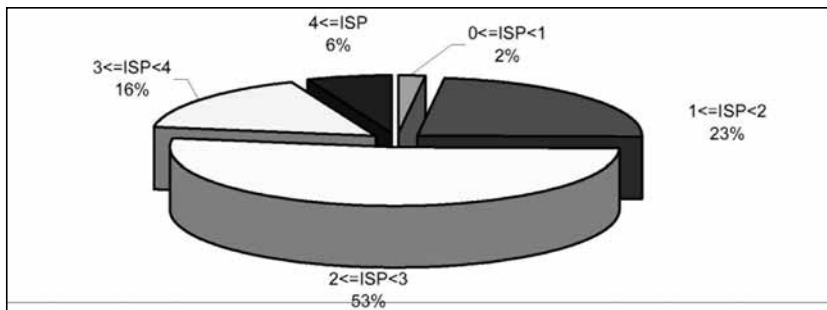
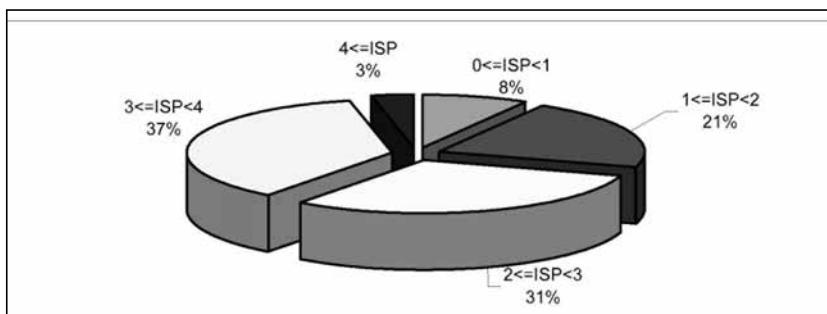


Gráfico 33. Convenios colectivos vigentes agrupados por tramos de I.S.P.



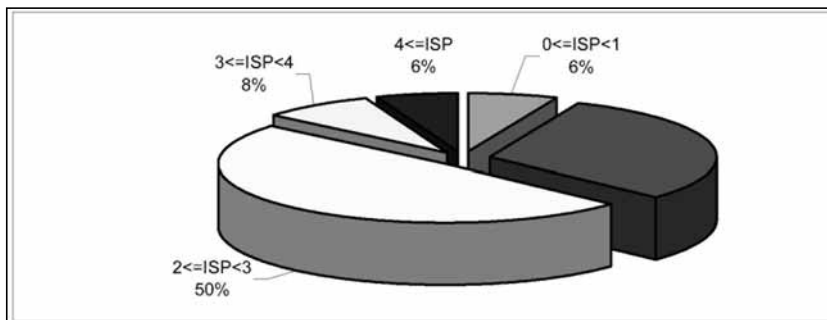
Base de datos: 800 convenios vigentes (154 de sector, 646 de empresa)

Gráfico 34. Afectación personal de convenios colectivos vigentes por tramos de I.S.P.



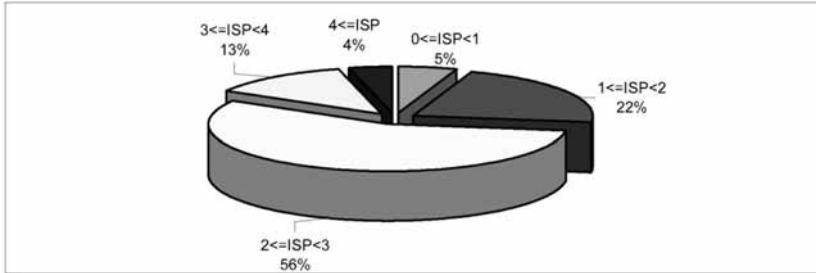
Base de datos: 1.412.791 trabajadores afectados por los 800 convenios vigentes

Gráfico 35. Convenios colectivos originarios agrupados por tramos de I.S.P.

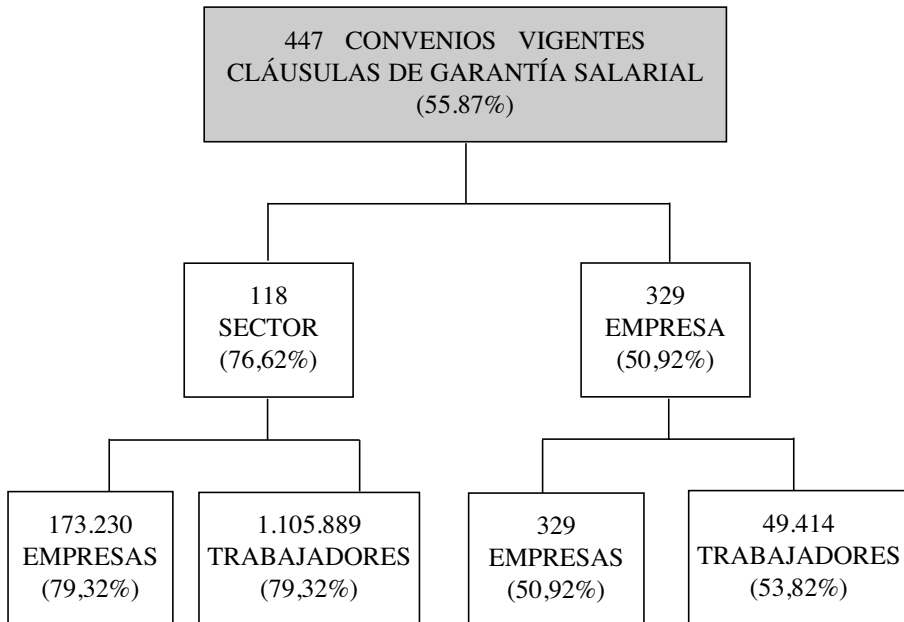


Base de datos: 235 convenios originarios año 2009

Gráfico 36. Afectación personal de convenios colectivos originarios por tramos de I.S.P.



Base de datos: 284.151 trabajadores afectados por los 235 convenios originarios año 2009



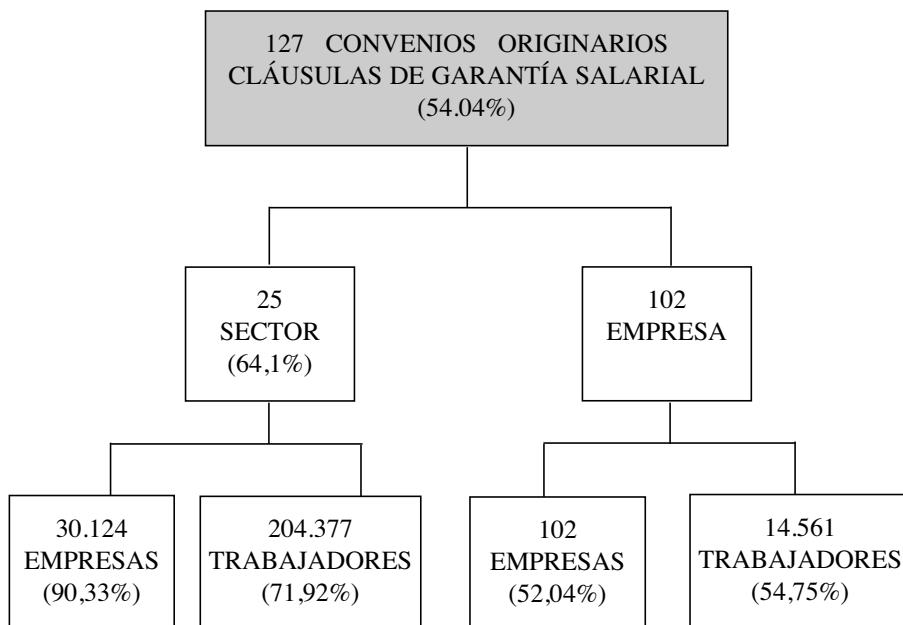
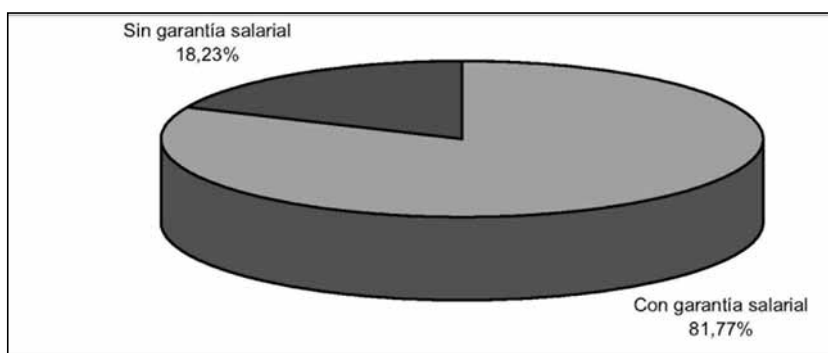
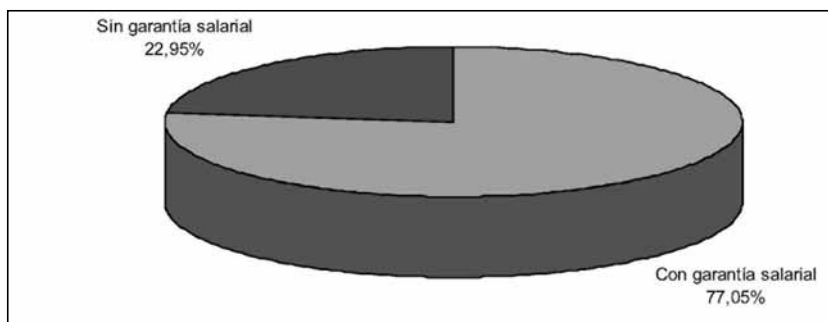


Gráfico 37. Afectación personal de cláusulas de garantía salarial. Convenios colectivos vigentes



Base de datos: 1.412.791 trabajadores afectados por los 800 convenios vigentes

Gráfico 38. Afectación personal de cláusulas de garantía salarial. Convenios originarios año 2009



Base de datos: 284.151 trabajadores afectados por los 235 convenios originarios año 2009

NOVEDADES EN LA FORMACIÓN EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN ESPAÑA

FERNANDO BLANCO SILVA
ALFONSO ISIDRO LÓPEZ DÍAZ*

ÍNDICE

1. LAS CUALIFICACIONES PROFESIONALES EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
2. EXIGENCIAS PROFESIONALES PARA LOS TÉCNICOS EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
3. LA APLICACIÓN DEL REAL DECRETO 39/1997 EN FORMACIÓN HASTA 2003
4. LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES
5. NOVEDADES EN LAS EXIGENCIAS DEL NIVEL INTERMEDIO: EL CICLO SUPERIOR EN PREVENCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES
6. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (2007–2012) Y EL MÁSTER UNIVERSITARIO DE POSTGRADO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
7. CONCLUSIONES

1. LAS CUALIFICACIONES PROFESIONALES EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

En España la normativa en Prevención de Riesgos Laborales (P.R.L.) tiene su documento básico en la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales*. Esta Ley supone la norma de referencia y su aprobación supone un cambio jurídico muy importante para el sector; ya que la situación previa se caracterizaba por estar anticuada, ser incompleta y la existencia de numerosas lagunas legales en cuanto a las obligaciones y derechos de los sujetos intervinientes; sobre este último problema la Ley 31/1995 recoge la obligación explícita de los empresarios de asegurar que todos sus empleados desarrollen sus tareas en condiciones seguras garantizando la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio. Entre estas obligaciones están las de constituir un sistema de P.R.L. dentro de la empresa, existiendo las siguientes posibilidades¹:

* Ingeniero Industrial y Técnico Superior en P.R.L. Director de la Oficina de Gestión de Infraestructuras de la Universidad de Santiago de Compostela y Profesor coordinador de la titulación de Grado en Ingeniería Industrial de la Universidad Católica de Ávila, respectivamente.

¹ Se reproducen las posibilidades que recoge el Capítulo VI de la Ley.

1. Asumir el empresario la Prevención, en empresas de menos de seis trabajadores. En este caso el empresario debe desarrollar su actividad de forma habitual en el centro de trabajo y tener la formación suficiente para ello.
2. Designación de uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad. Estos trabajadores tendrán la información de la empresa, formación, tiempo y capacidad necesaria para realizarla.
3. Constituir un servicio de prevención propio, este cumplirá los requisitos que se establezcan para ello, siendo sometida a una auditoría o control externa. El servicio de prevención será el conjunto de medios humanos y materiales para realizar las actividades preventivas y garantizar la adecuada protección de la seguridad y salud del trabajador y tendrá los medios suficientes para cumplir sus funciones (formación, especialidad, número de componentes...) en función del tamaño de la empresa, tipos de riesgos y distribución de riesgos en la empresa.
4. Concertar dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa; éstas tendrán la acreditación por la Autoridad Laboral.

En esta línea la Ley 31/1995 define recurso preventivo como aquellos trabajadores que están realizando tareas de P.R.L. designados por la empresa, a los del servicio de prevención propios o a los del servicio de prevención ajenos. Los recursos preventivos deberán tener la capacidad, disponer de medios necesarios y ser suficientes en número para vigilar el cumplimiento de la actividad preventiva. Además la Ley 31/1995 afirma que los recursos preventivos contarán con la formación preventiva correspondiente a las funciones de Nivel Básico aunque no especifica qué entiende por este concepto.

La Ley 31/1995 era un documento genérico pero por su naturaleza es imposible que detalle todas las exigencias en cuanto a la Prevención, que son completadas por normativa posterior, sectorial o genérica. *El Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención* es la norma que más afecta a la organización de la P.R.L. en las empresas, y en particular a los niveles de formación. Este Real Decreto identifica los niveles Básico, Intermedio y Superior², resolviendo un vacío legal importante ya que hasta 1997 no había titulaciones especializadas ni habilitantes para trabajar en este sector. En el Nivel Básico y Nivel Intermedio no existen especialidades mientras que en el Nivel Superior identifica cuatro, que son las siguientes:

- Medicina del Trabajo
- Seguridad

² En el interior se identifican las cuatro especialidades antes citadas: Seguridad, Higiene, Ergonomía y Psicología y finalmente Medicina de Trabajo.

- Higiene Industrial
- Ergonomía y Psicología Aplicada

Otro aspecto importante es profundizar en las cuatro posibilidades de desarrollar la Prevención en una empresa que citábamos. Respecto a la primera posibilidad (*Asumir el empresario la prevención*) el *Artículo 11*, identifica los casos en los que el empresario puede realizar dicha acción que serán:

- Empresas con menos de seis trabajadores
- Que las actividades no sean peligrosas³
- El empresario desarrollará su actividad profesional en el propio centro de trabajo
- El empresario tendrá la capacidad correspondiente a las funciones preventivas a desarrollar.

En la cuarta condición se exige que el empresario debe tener la *capacidad correspondiente*; el Real Decreto no especifica cuál es esa capacidad. En la práctica la exigencia es la de disponer del Nivel Intermedio, ya que las funciones del Nivel Básico son muy simples mientras que el Nivel Superior exige una titulación universitaria, cosa de la que muchos empresarios carecen y no tendría sentido exigir.

Siguiendo con este Real Decreto el *Artículo 14* afirma que se constituirá un servicio propio de prevención:

- Empresas de más de 500 trabajadores
- Empresas entre 250 y 500 trabajadores con actividades peligrosas incluidas en el Anexo I
- Cuando así lo determine la Autoridad Laboral (en este caso la autonómica por estar las competencias transferidas a las comunidades autónomas).

Cuando la empresa cuenta con un servicio de prevención propio, el Real Decreto exige que disponga de al menos dos personas que tengan el Nivel Superior, y en dos especialidades distintas de las cuatro antes citadas.

Existe un vacío legal en cuanto a las exigencias para la *Designación de uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad*, no desarrolladas por el Real Decreto 39/1997, aunque es obvio que las exigencias serán intermedias entre el servicio de prevención propio y las de un empresario desarrollando las funciones de prevención. En la práctica esta situación intermedia hace que sea la opción menos común entre las disponibles.

³ Existe una relación de actividades peligrosas que se identifican en el Anexo I del Real Decreto 39/1997.

La última opción que nos falta por analizar son los servicios de prevención ajenos, recogidas en el Artículo 18 del Real Decreto. La principal exigencia en cuanto a personal es que los servicios de prevención dispondrán de personal experto con el título de Técnico Superior, cubriendo las cuatro especialidades citadas, así como personal que les auxiliará y que disponga de la formación de nivel básico e intermedio. El resto de exigencias son genéricas como las que citamos a continuación:

- Disponer de la organización, instalaciones, personal y equipo necesarios para el desempeño de su actividad.
- Constituir una garantía que cubra su eventual responsabilidad.
- No mantener con las empresas concertadas vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, distintas a las propias de su actuación como servicio de prevención, que puedan afectar a su independencia e influir en el resultado de sus actividades, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22.
- Obtener la aprobación de la Administración sanitaria, en cuanto a los aspectos de carácter sanitario.
- Ser objeto de acreditación por la Administración laboral.

2. EXIGENCIAS PROFESIONALES PARA LOS TÉCNICOS EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Una vez expuesta la necesidad de disponer de profesionales en prevención nos queda analizar cuáles son las exigencias para reconocer dichas figuras. El *Capítulo VI. Funciones y niveles de cualificación* recoge los requisitos de los niveles Básico⁴ (artículo 35), Intermedio (artículo 36) y Superior (artículo 37).

Las exigencias del primero son de 50 horas de formación específica si desarrollan su responsabilidad en actividades consideradas como peligrosas (las recogidas en el Anexo I), y de 30 horas en el resto de los casos. Están desarrolladas en el Anexo IV⁵. Las funciones de Nivel Intermedio vienen recogidas en el Anexo V con un mínimo de 300 horas de formación, mientras que los

⁴ En la práctica las funciones del nivel básico se corresponden a las del recurso preventivo, como persona que en el trabajo se encarga de la P.R.L. para pequeños grupos; a las personas que disponen del nivel superior les corresponde la planificación de la acción preventiva mientras que el nivel intermedio servirá de auxiliar al superior, así como dar formación e información a los trabajadores.

⁵ Esta formación se acreditará mediante una formación expedida por un servicio de prevención, entidad pública o entidad privada con capacidad para desarrollar actividades formativas específicas en esta materia.

contenidos del Superior están recogidos en el Anexo VI y tendrán una duración de 600 horas, siendo necesario optar por una especialización entre las citadas.

En el caso de las funciones básicas existe la posibilidad de que una persona que posea formación profesional o académica pueda ejercer estas funciones⁶, así como aquellas personas que acrediten una experiencia previa no inferior a dos años realizando las funciones equivalentes.

Podemos ver en las tablas siguientes los contenidos de la formación para los tres niveles

Nivel Básico (Anexo IV)	Actividades peligrosas recogidas en Anexo I	Actividades no peligrosas
1. Conceptos básicos sobre seguridad y salud en el trabajo	10 horas	7 horas
2. Riesgos generales y su prevención	25 horas	12 horas
3. Riesgos específicos y su prevención en el sector correspondiente a la actividad de la empresa	5 horas	5 horas
4. Elementos básicos de la gestión de la P.R.L.	5 horas	2 horas
5. Primeros auxilios	50 horas	30 horas
Total		

Nivel intermedio (Anexo V)	Contenido
1. Contenidos básicos sobre seguridad y salud en el trabajo	20 horas
2. Metodología de la prevención I: Técnicas generales de análisis, evaluación y control de los riesgos	170 horas
3. Metodología de la prevención II: Técnicas específicas de seguimiento y control de los riesgos	40 horas
4. Metodología de la prevención III: Promoción de la prevención	20 horas
5. Organización y gestión de la prevención	50 horas
	300 horas

⁶ Este capítulo está previsto para aquellas personas que en su formación previa hayan cursado módulos o asignaturas de Seguridad y P.R.L., como pueda ser el caso de Ciclos Formativos de Grado Medio o Superior.

Nivel superior (Anexo VI)	Contenido
1. Parte obligatoria y común, con conocimientos generales de las cuatro especialidades (Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y psicología)	350 horas
2. Especialización obligatoria en una de las tres especialidades accesibles	150 horas
3. Trabajo final o prácticas en un centro de trabajo	100 horas
	600 horas

La especialidad de Medicina del Trabajo se obtendrá mediante la formación específica dependiente del Ministerio de Sanidad y únicamente podrán obtenerla profesionales sanitarios.

Un año más tarde se aprobó el Real Decreto 780/1998, de 30 de abril, que modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Este Real Decreto adapta las exigencias para las personas que ya estaban realizando las funciones de Nivel Intermedio y Superior en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto 39/1997. En el caso de las funciones de Nivel Superior se exigirá que sean personas con titulación universitaria, cinco años de experiencia laboral en el sector y la formación específica en P.R.L. de al menos cien horas, mientras que para las funciones de Nivel Intermedio la experiencia se acredita mediante tres años y un curso cien horas de duración.

3. LA APLICACIÓN DEL REAL DECRETO 39/1997 EN FORMACIÓN HASTA 2003

El Real Decreto 39/1997 introduce numerosa normativa en Prevención de Riesgos, así como la obligación de que todas las empresas dispusiesen de un servicio ajeno o personal especializado propio. Esto ha supuesto que la Prevención se convirtiese en uno de sectores los más dinámicos en cuanto a la generación de empleo y con una oferta muy importante en formación de Nivel Básico y Superior, aunque escasa para el Intermedio.

Tanto en el Nivel Básico como en el Superior la modalidad más habitual ha sido a distancia, on line o semipresencial, siendo impartida por centros de formación privados o públicos y homologada por la Administración Laboral (autonómica). En los dos casos existe un gran número de oportunidades para hacerlo mediante subvenciones de forma que al trabajador le resulta gratuito o a un precio muy bajo.

El Nivel Intermedio ha tenido una presencia mucho menor, la oferta de formación ha sido escasa, así como la demanda de personal cualificado. El motivo más importante, a nuestro juicio, es que mientras que son muy claras las exigencias del Nivel Básico y Superior las referidas al Intermedio quedan diluidas al plantearse éste como una figura auxiliar no exigida explícitamente; otros aspectos que también han podido influir es que trescientas horas son escasas para que una persona adquiera los conocimientos suficientes para desempeñar una profesión⁷ y que las funciones intermedias han sido asumidas por personas que han cursado el Nivel Superior (con una oferta de profesionales muy abundante).

4. LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES

El Artículo 24 de la Ley 31/1995 recoge la necesidad de que cuando coexisten trabajadores de varias empresas en el mismo centro de trabajo éstos cooperarán para la aplicación de la normativa en Prevención, siendo el responsable de esto el titular del Centro de Trabajo aunque las empresas que subcontraten tareas serían responsables de asegurar la seguridad de sus trabajadores así como de todas las subcontratas por debajo.

En 1995 empezaba a ser habitual la subcontratación de tareas pero en la actualidad en todas las actuaciones empresariales hay una subcontratación sucesiva que supone muchos problemas para asegurar el cumplimiento de la normativa en P.R.L. Así en el año 2004 se aprueba el *Real decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales*. Este Real Decreto tiene como fin desarrollar las obligaciones en caso de subcontrataciones⁸, estas son:

- Deber de cooperación entre los empresarios
- En el caso de concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo la máxima responsabilidad es asumida por el titular del mismo.

⁷ El Nivel Básico se exige para todas las empresas como recurso preventivo y el superior se exige en los servicios de prevención ajenos y propios no hay una normativa explícita que exige el curso intermedio. La realización del curso de Nivel Superior faculta a la persona que lo realiza para ejercer como Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales, siendo necesario que las personas que lo hacen tengan previamente una titulación universitaria.

⁸ En el R.D. 171/2004 hay abundante normativa que repite los contenidos genéricos de la Ley 31/1995 pero por la extensión de este artículo no las incluimos.

- El titular debe impartir las instrucciones para garantizar la seguridad de todos los trabajadores, así como tomar las medidas de emergencia a aplicar.
- Cuando un empresario subcontrata taras debe asegurarse que las empresas subcontratadas cumplen toda la normativa en P.R.L.

En el *Capítulo V. MEDIOS DE COORDINACIÓN* se incluye la obligación de *designar una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas*⁹ en el caso de las actividades en las que intervengan varias empresas.

5. NOVEDADES EN LAS EXIGENCIAS DEL NIVEL INTERMEDIO: EL CICLO SUPERIOR EN PREVENCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES

Las necesidades docentes son dinámicas, y las titulaciones se adaptan a las demandas del mercado. El Ministerio de Educación aprobó el *Real Decreto 1161/2001, de 26 de octubre, por el que se establece el título de Técnico superior en Prevención de Riesgos Profesionales* y las correspondientes enseñanzas mínimas, para obtener dicho título es necesario cursar el Ciclo Superior en Prevención de Riesgos Profesionales que faculta para ejercer las funciones de nivel Intermedio, aunque no es hasta 2003 cuando se publica el correspondiente curriculum en el *Real Decreto 277/2003, de 7 de marzo, por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Prevención de Riesgos Profesionales*. El Ciclo superior tiene una duración de dos cursos lectivos, existiendo once módulos; de éstos módulos cuatro son genéricos¹⁰ (Tecnologías de la información y la comunicación en la empresa, Relaciones en el entorno de trabajo, Lengua extranjera y Formación y orientación laboral), seis específicos y el último son las prácticas que se realizarán una vez superados los módulos restantes (Formación en centros de trabajo).

⁹ Estas persona(s) serán designadas por el empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollan actividades en él, pudiendo formar parte de los recursos preventivos de la empresa o encargadas a personal que no forma parte de éste. En el artículo 14 se incluyen las funciones de la(s) persona(s) encargadas de la coordinación; entre éstas destacamos el asegurar el cumplimiento de la normativa recogida en la Ley 31/1995 y servir de cauce para el intercambio de informaciones entre empresas concurrentes en un mismo Centro de Trabajo. Para poder desempeñar esta función es necesario contar con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones del nivel intermedio que implica un curso de 300 horas o una titulación de un Ciclo Superior de Formación profesional.

¹⁰ Nos referimos a éstos para hablar de módulos que se repiten en los Ciclos de Grado Superior de todas las familias.

Primer curso	
Riesgos derivados de las condiciones de seguridad	220 horas
Riesgos físicos ambientales	180 horas
Riesgos químicos y biológicos ambientales	180 horas
Prevención de riesgos derivados de la organización y carga de trabajo	220 horas
Tecnologías de la información y la comunicación en la empresa	130 horas
Segundo curso	
Gestión de la prevención	230 horas
Emergencias	170 horas
Relaciones en el entorno de trabajo	65 horas
Lengua extranjera	160 horas
Formación y orientación laboral	65 horas
Formación en centros de trabajo	380 horas
TOTAL	2000 horas
Tabla 1: Estructura del Ciclo Superior en Prevención de Riesgos Profesionales, recogido en el Real Decreto 277/2003	

6. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (2007–2012) Y EL MÁSTER UNIVERSITARIO DE POSTGRADO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

En junio de 2007 el Consejo de Ministros aprobó la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007–2012)¹¹, que propone los objetivos en prevención entre 2007 y 2012. La Estrategia se organiza en seis capítulos del cual destacamos el IV, sobre OBJETIVOS OPERATIVOS Y LÍNEAS DE ACTUACIÓN:

- Objetivo 1: Lograr un mejor y más eficaz cumplimiento de la normativa, con especial atención a las pequeñas y medianas empresas
- Objetivo 2: Mejorar la eficacia y la calidad del sistema de prevención, poniendo un especial énfasis en las entidades especializadas en prevención
- Objetivo 3: Fortalecer el papel de los interlocutores sociales y la implicación de los empresarios y de los trabajadores en la mejora de la seguridad y salud en el trabajo

¹¹ Se puede consultar la Estrategia en la página web:
http://www.isciii.es/htdocs/centros/medicinadeltrabajo/ultima_hora/EESST.pdf

- Objetivo 4: Desarrollar y consolidar la cultura de la prevención en la sociedad española
- Objetivo 5: Perfeccionar los sistemas de información e investigación en materia de seguridad y salud en el trabajo
- Objetivo 6: Potenciar la formación en materia de prevención de riesgos laborales
- Objetivo 7: Reforzar las instituciones dedicadas a la prevención de riesgos laborales
- Objetivo 8: Mejorar la participación institucional y la coordinación de las Administraciones Públicas en las políticas de prevención de riesgos laborales

El que más nos interesa es el Objetivo 6: Potenciar la formación en materia de prevención de riesgos laborales. Para esto la Estrategia propone aumentar los contenidos en prevención de riesgos en todas las etapas educativas (Enseñanza Infantil y Enseñanza Secundaria Obligatoria), formativas (Formación profesional reglada y formación universitaria) y en la formación para el empleo (cursos de formación continua y ocupacional).

En cuanto a la formación profesional reglada, la Estrategia propone tomar soluciones, con carácter urgente, para atender el déficit de profesionales para el desempeño de funciones de Nivel Intermedio, incluidas las personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas a que se refiere el Real Decreto 171/2004, buscando fórmulas equilibradas basadas en la titulación de Formación Profesional como técnico superior de prevención de riesgos laborales profesionales, la obtención del certificado de profesionalidad de la ocupación de prevención de riesgos laborales¹² u otras posibles vías de capacitación (...).

En la formación universitaria se incluyen dos actuaciones, integrar la prevención en las titulaciones más afines y promover la formación universitaria de postgrado en materia de prevención de riesgos laborales en el marco del proceso de Bolonia, como forma exclusiva de capacitar profesionales para el desempeño de funciones de nivel superior. En la práctica esto es la retirada a la Autoridad Laboral de las competencias en formación de Nivel Superior, que pasarán a ser titulaciones universitarias de postgrado.

Para entender esta modificación es importante conocer los cambios en la estructura universitaria en la UE. La Declaración de Bolonia de 1999 introduce

¹² Existe una figura formativa reconocida en España denominada Certificado de Profesionalidad, regulado por la administración laboral de nivel inferior a los Ciclos Formativos. Si el lector desea más información puede consultar *Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad*.

importantes cambios para uniformizar los niveles existentes cesando la estructura actual de tres niveles: las titulaciones universitarias de ciclo corto (diplomaturas, ingenierías técnicas y arquitectura técnica), de ciclo largo (licenciaturas, ingenierías y arquitectura) y el título de doctor; además existían otras titulaciones de postgrado como máster, experto universitario, cursos de formación continua o el Diploma de Estudios Avanzados, aunque estas no están homologadas como niveles formativos finales.

En el nuevo marco del Espacio Europeo de Educación Superior las titulaciones de ciclo corto y largo se unifican en la titulación de grado, existiendo además las titulaciones de postgrado oficial, a realizar después de obtener la titulación de grado, manteniéndose en todo caso la formación no homologada. Entre las titulaciones de postgrado el alumno puede optar por la rama profesionalizante mediante el Master Universitario, o por la de investigación, obteniendo el título de doctor¹³.

En desarrollo de la Estrategia, a partir del 1 de enero de 2010 toda la formación de Nivel Superior será impartida como un Master Universitario, tarea que han empezado a realizar diferentes universidades. Este Master Universitario está regulado por el Real Decreto 1393/2007, que en su artículo 15 recoge las Directrices para el diseño de títulos de Master Universitario, reproduciendo a continuación su estructura:

(...) 2. Los planes de estudios conducentes a la obtención de los títulos de Master Universitario tendrán entre 60 y 120 créditos, que contendrá toda la formación teórica y práctica que el estudiante deba adquirir: materias obligatorias, materias optativas, seminarios, prácticas externas, trabajos dirigidos, trabajo de fin de Master, actividades de evaluación, y otras que resulten necesarias según las características propias de cada título.

3. Estas enseñanzas concluirán con la elaboración y defensa pública de un trabajo de fin de Master, que tendrá entre 6 y 30 créditos. (...)

Algunas universidades ya vienen impartiendo este Master desde cursos anteriores existiendo variadas situaciones. En la Universidad de Santiago se impartían dos Master de Técnico Superior, uno de ellos se ha reconvertido a Master Oficial (con su primera edición en el curso 2007–2008) mientras que el otro ha dejado de impartirse; la Universidad de Vigo lo implantó sin existir previamente el curso de Técnico Superior. En la Universidad de La Coruña existía un curso de postgrado desde hace varios cursos de duración 120 créditos

¹³ En el caso que el lector desee profundizar en el proceso de adaptación de las universidades al Espacio Europeo de Educación Superior toda la normativa está recogida en el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

(dos años lectivos) con denominación Gestión Integrada de la Calidad, Medio Ambiente y Prevención de Riesgos Laborales que se ha convertido en un Postgrado Oficial. Otras universidades que lo imparten son la de Valencia (60 créditos el obligatorio y 80 créditos con las tres especialidades), Salamanca o San Pablo-CEU.

CONCLUSIONES

Hemos analizado en este artículo las principales novedades en cuanto a las posibilidades profesionales de las funciones del Nivel Intermedio y Superior en Prevención de Riesgos Laborales, al transformar la formación actual en formación reglada.

Las funciones de Nivel Intermedio han tenido una débil penetración en el mercado, aunque opinamos que esto cambiará. La oferta del Ciclo Formativo de Grado Superior garantiza la existencia de profesionales cualificados en el mercado mientras que en cuanto a la demanda debemos citar que el aumento de los procedimientos de subcontratación, y la obligación del nombramiento de coordinadores de actividades preventivas, que la *Estrategia 2007-2012* asigna a las funciones de Nivel Intermedio.

En el caso del Nivel Superior también se mejora la cualificación de los profesionales, al ser impartida la formación desde las universidades y garantizando que los profesionales superen unas exigencias que hasta ahora los centros de formación no aseguraban. En el caso de la demanda de profesionales, cabe decir que ésta ya es elevada y es de esperar que vaya en aumento durante los próximos años, por la importancia que paulatinamente va adquiriendo el sector.

BIBLIOGRAFÍA

- CORTÉS DÍAZ, J.M.: *Técnicas de Prevención de Riesgos Laborales*, Tébar, Madrid, 2005.
- MELLADO ROMERA, M.D.: *La gestión integrada de la calidad, el medio ambiente y la prevención de riesgos laborales en las organizaciones*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2006.
- GUTIÉRREZ ARRANZ, R.: *Coordinación de actividades empresariales en prevención de riesgos laborales*. Prevención, trabajo y salud: Revista del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo, número 35. Págs. 10-19. Madrid, 2005
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *Manual del delegado de prevención de riesgos laborales*. Tecnos, Madrid, 2002.

Páginas webs consultadas:

<http://www.prevencioncastillayleon.com/>

<http://www.prevencionenriesgoslaborales.com/>

www.mtas.es/insht

<http://www.udc.es/uepp/Cursos/2008/Master/M052/index.htm>

<http://www.usc.es/gl/titulacions/pop/prlsaludmed.html>

http://webs.uvigo.es/victce/index.php?option=com_content&task=view&id=626&Itemid=242

Comentarios de Jurisprudencia

ELECCIONES PARCIALES A REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES. ERROR EN LOS CENSOS

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la
Comunidad Valenciana, de 5 de marzo de 2009*

MARÍA DEL JUNCO CACHERO¹

SUPUESTO DE HECHO: La Empresa A., S.L. presenta demanda contra U.G.T. y CC.OO. solicitando la nulidad de las elecciones parciales que tuvieron lugar en la citada Empresa, promovidas por el Sindicato U.G.T. que afectó a un total de 110 trabajadores. Las elecciones parciales tuvieron lugar porque en las celebradas anteriormente sólo se habían computado 80 trabajadores, detectándose errores tanto en el censo laboral y, como consecuencia de ello, también en el censo electoral, cuando debían haber sido 104 trabajadores los afectados, como certificará la Empresa en el juicio.

De esta forma, el Comité de Empresa elegido en las primeras elecciones se configuró con un total de 5 miembros, conforme a la escala que establece el E.T.² en su art. 66.1³ y en estas segundas se eligieron 4 representantes más, pasando a tener el correspondiente Comité de Empresa 9 miembros.

La Empresa pretendía la nulidad de las elecciones parciales a través de la impugnación del preaviso electoral de las mismas. Ello no tuvo lugar e impugnó dicho preaviso por el proceso ordinario.

Ni la Empresa, ni ninguno de los Sindicatos impugnaron en ningún momento de las primeras elecciones el censo erróneo publicado por la Mesa Electoral; ni siquiera la Mesa tuvo reclamación alguna al censo por parte de ningún trabajador.

¹ T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

² 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.

³ Art. 66.1 E.T.: “El número de miembros del comité de empresa se determinará de acuerdo con la siguiente escala: a) De cincuenta a cien trabajadores, cinco; b) De ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, nueve; c) De doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, trece; d) De quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, diecisiete; e) De setecientos cincuenta y uno a mil trabajadores, veintiuno; f) de mil en adelante, dos por cada mil o fracción, con el máximo de setenta y cinco”.

RESUMEN: Se declaran válidas las elecciones parciales, precisamente y entre otras causas, porque el camino que elige la Empresa para impugnarlas, se manifiesta en la Sentencia⁴ como no adecuado. Ciertamente el cauce para la impugnación del preaviso es el proceso ordinario y no el procedimiento electoral arbitral, y ocurre que en la Sentencia recurrida (que es la aquí comentamos) se desestima esta pretensión. El preaviso impugnado no adolece de ningún defecto, por lo que el petitum de la Empresa de anular las elecciones parciales no podría ir por esta vía, pues dicha nulidad que se pretende no se impugnó dentro del plazo a través del procedimiento electoral. Por tanto, aunque el argumento de la Empresa consistía en que no era necesario reclamar contra el resultado, ya que si la impugnación del preaviso prosperaba el proceso sería nulo en su totalidad, se desestima tanto en primera instancia⁵ como en Suplicación confirmando la sentencia recurrida.

Así, al encontrarse un error en el censo laboral, y no habiéndose impugnado en su momento, lo que podría haber producido la nulidad del proceso electoral, para subsanarlo se procede a la realización de elecciones parciales, aplicando por analogía el supuesto de incremento de plantilla.

ÍNDICE

1. CENSO LABORAL Y CENSO ELECTORAL
 - 1.1. Elaboración de censos
 - 1.2. Electores y elegibles
 - 1.3. Determinación de la representación
2. ELECCIONES PARCIALES
3. IMPUGNACIÓN

1. CENSO LABORAL Y CENSO ELECTORAL

1.1. Elaboración de censos

La Sentencia que se comenta⁶ parte de que la normativa impone claramente que para la confección del censo electoral por la Mesa, es precisa la colaboración del empresario, que debe facilitar previamente el censo laboral, los datos correctos y medios necesarios (art. 74.2 y 3 del E.T), pues la aportación del

⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 5 de marzo de 2009.

⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social núm 6 de Valencia, de 8 de septiembre de 2008.

⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 5 de marzo de 2009.

censo laboral por parte de la empresa es un instrumento esencial en orden al posterior desarrollo adecuado del proceso electoral y sirve como base para la elaboración del censo electoral por la Mesa.

Ciertamente, las previsiones contenidas en el E.T sobre el censo laboral⁷ se limitan a señalar la obligación del empresario de facilitar a la Mesa dicho documento para que ésta pueda elaborar correctamente el censo electoral. En las elecciones a miembros del Comité de Empresa, que es el caso que nos ocupa, se nos presenta una contradicción entre el E.T y el Reglamento de Elecciones⁸, dando lugar a un problema interpretativo⁹ que ha sido resuelto por la doctrina arbitral a favor, naturalmente, del tenor legal, en virtud del “principio de jerarquía normativa”, garantizado constitucionalmente por el art. 9.3 de la Constitución, que da prioridad a la dicción legal frente a la reglamentaria¹⁰. Resulta que el art. 74.3 E.T. establece la obligación de la Mesa Electoral de solicitar el censo laboral al empresario, mientras que el art. 6.2 del Reglamento de Elecciones traslada dicha obligación al empresario: “comunicado a la empresa el propósito de celebrar elecciones por sus promotores, ésta, en el término de siete días, dará traslado de dicha comunicación a los trabajadores que deberán constituir la mesa y en el mismo término remitirá a los componentes de la mesa electoral el censo laboral...”.

Así pues, el censo laboral es el documento que contiene la relación de trabajadores que prestan sus servicios en la empresa, mientras que el censo electoral es el documento que refleja el cómputo de electores del centro de trabajo o del colegio electoral. Es el empresario, tal como ha quedado establecido anteriormente, el obligado a facilitar el censo laboral a la Mesa como antecedente necesario para la elaboración de la lista de electores y elegibles, debiendo contener toda la información¹¹ precisa para comprobar la correspondencia o identidad entre el censo y la plantilla real¹².

⁷ Blasco Pellicer, C.: *El nuevo procedimiento de “elecciones sindicales”*: aspectos críticos. Tirant lo Blanch. Valencia 1995. Pág. 75.

⁸ Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa, en adelante Reglamento de Elecciones.

⁹ Rodríguez Ramos, M^a. J. y Pérez Borrego, G.: *Procedimiento de Elecciones a Representantes de Trabajadores y Funcionarios*. Aranzadi. Pamplona 1995. Pág. 264.

¹⁰ Merino Segovia, A.: El censo electoral: algunos problemas jurídicos derivados de adquisición de la condición de electores y elegibles. En *Aspectos conflictivos de las Elecciones Sindicales*. Bomarzo. Albacete 2006. Pág. 110.

¹¹ Fita Ortega, F. (coord.): *Laudos arbitrales de elecciones sindicales en la provincia de Valencia*. Tirant lo Blanch. Valencia 2008. Pág. 257.

¹² Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 5 de marzo de 2009: “Esta contribución empresarial se refuerza desde el punto de vista sancionador pues se considera infracción muy grave la trasgresión de este deber de colaboración (art. 8.7 LISOS) sancionable con la multa prevista en el art. 40.1 LISOS”.

Pero no hay que olvidar que este censo laboral sólo tiene por finalidad facilitar la información necesaria a la Mesa para que ésta pueda elaborar correctamente el censo electoral, señalando quiénes tienen derecho a emitir el voto y quiénes a recibirlo, funciones que sólo a este órgano gestor corresponde. Hay que subrayar la importancia del censo laboral aportado por la empresa que, aunque está desprovisto de carácter vinculante para la Mesa Electoral¹³, se ha considerado desde posiciones concretas que cuando es incompleto puede llegar a constituir un “vicio sobre el proceso electoral”.

Llama la atención en esta Sentencia la estimación clara y abierta que se hace de la existencia de un error en el cómputo de los trabajadores que configuran el censo electoral, que ha venido como consecuencia del censo laboral que la Empresa entrega a la Mesa y que en ese desfase -80 trabajadores figuran en las primeras elecciones y 104 ó 110, dependiendo de la parte que lo reconozca, en las segundas elecciones- no hubiera existido alguna reclamación por parte de nadie, ni del sindicato promotor, ni de los sindicatos participantes en las elecciones, ni los propios trabajadores que no pudieron ejercer su derecho al voto, máxime, cuando en ningún momento aparece que tal variación de trabajadores se haya debido a un incremento de la plantilla por incorporación de nuevos trabajadores desde la celebración de las primeras elecciones, el 30 de enero de 2007, hasta las segundas, el día 11 de junio de 2007 y además se reconozca por la Empresa que el número de trabajadores que se considera para las segundas elecciones es el que ya constaba en las primeras: “Conforme la certificación de la empresa de fecha dos de julio de dos mil ocho, la plantilla de la empresa el 4-6-2007 era de 102 trabajadores teniendo en cuenta los fijos y las jornadas de los contratos temporales. También certifica que en la fecha de celebración de las elecciones de enero el censo electoral era de 104 trabajadores”¹⁴. Creemos que en esta última consideración, confunde, no sabemos si la Empresa o el Tribunal, censo electoral con censo laboral, pues la Empresa no puede certificar un censo electoral, sólo y exclusivamente un censo laboral. El censo electoral corresponde a la Mesa Electoral.

1.2. Electores y elegibles

Serán electores todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo, mayores de 16 años y con una antigüedad en la empresa, de al menos un mes; y elegibles, los trabajadores que tengan 18 años cumplidos y una antigüedad en

¹³ Merino Segovia, A.: El censo electoral... op. cit. Bomarzo. Albacete 2006. Pág. 111.

¹⁴ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 5 de marzo de 2009.

la empresa de, al menos, seis meses, salvo en aquellas actividades, en que, por movilidad de personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad¹⁵.

La Mesa es la que después de resueltas las reclamaciones, si las hubiere, la que determina mediante el censo electoral definitivo, quiénes pueden votar y cuántos pueden resultar elegidos tras efectuar las operaciones que establece el art. 72 E.T.

Es pues la Mesa Electoral a quien la ley encomienda la función de fijación del censo electoral; es ella quien decide la inclusión o no de una determinada persona dentro del mismo, respetando o no el criterio selectivo previo de la dirección de la empresa. Así, si la Mesa necesita o quiere cotejar el censo laboral que el empresario le facilita, para saber qué sujetos tienen que ser incluidos o no en el censo electoral, parte de la doctrina¹⁶ argumenta que, en aras de esclarecer el número correcto de trabajadores a efectos de cómputo, sirven como prueba documental:

a) Los Boletines de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores existentes en la empresa en el año inmediatamente anterior a la convocatoria de elecciones.

b) Los trabajadores dados de alta en Seguridad Social en el momento de presentación del escrito de preaviso.

Pero en el censo electoral sólo pueden estar integrados los trabajadores que el día de la votación, tal como establece el art. 6.5 del Reglamento de Elecciones, reúnen uno y otro requisito -edad y antigüedad- con independencia, en consecuencia, de la edad o antigüedad ostentada en el momento de la promoción de elecciones o de la constitución de la Mesa Electoral.

De esta manera parecería, al menos, posible, que en el supuesto que nos ocupa quizás no hubiera un error del censo de la Empresa, pues como quedó expuesto, ésta certificó que era un total de 104 trabajadores, sino que al facilitarle el censo a la Mesa, la misma estimara, en base a los requisitos de edad y antigüedad, que en las elecciones de enero de 2007, eran 80 los posibles electores que tenían que conformar el censo electoral y en julio, para las elecciones parciales que se promueven, fueran el total de los 104 que la Empresa certifica que aportó. Ciertamente es que en la Sentencia nada se establece al respecto, ni siquiera se cuestiona. Es más, se asigna directamente la culpabilidad del error a la Empresa: “Resulta cuanto menos curioso que la mercantil se ampare en la

¹⁵ Blasco Pellicer, C.: *El nuevo procedimiento...* op. cit. Tirant lo Blanch. Valencia 1995. Págs 79 y 80.

¹⁶ Fita Ortega, F. (coord.): *Laudos arbitrales de elecciones...* op. cit. Tirant lo Blanch. Valencia 2008. Pág. 261.

mala contabilización de la plantilla, por un error por otra parte imputable a la propia empresa”¹⁷.

1.3. Determinación de la representación

Una vez establecidos qué tipo de censos son el laboral y el electoral, quién o quiénes son los encargados de elaborarlos o facilitarlos y qué sujetos pueden figurar en ellos, la importancia de la distinción entre el censo electoral y el censo laboral es que del censo laboral se determina el tipo de órgano que va a ser elegido -Comité de Empresa o Delegado de Personal-, el número de Mesas Electorales y el número de representantes a elegir, mientras que del censo electoral se extrae quiénes pueden ejercer el derecho de voto o derecho de sufragio activo.

El número de representantes y el órgano correspondiente a elegir no se establecen en función a los electores, sino a la plantilla de la Empresa, es decir, a partir del censo laboral y no del censo electoral, que es el que servirá para distribuir a los electores por colegios electorales cuando corresponda¹⁸.

Por todo ello, resulta incoherente la redacción que en la Sentencia¹⁹ se otorga a esta cuestión: “En fecha de celebración de elecciones de 30 de enero de dos mil siete, se tuvo en cuenta en el acta de celebración del escrutinio como número de trabajadores el de 80, debiendo haberse computado un total de 104”. Parece que se confunde de nuevo en los términos. No aclara si los 80 que aparecen están reflejados como plantilla total de la Empresa, como posibles electores o como 80 votantes. Y si reconoce que debía ser 104, se plantea de nuevo la cuestión de por qué no se impugnaron las elecciones en su momento o por qué cuando el censo se expuso por la Mesa no se reclamó. Sobre todas estas cuestiones la Sentencia guarda silencio.

Es importante pues, conocer cuántos conforman la plantilla de la empresa para determinar todos los datos de las elecciones. El problema surge en concretar cuál es el momento o la fecha desde o hasta la que se contabilizan los trabajadores: la fecha del preaviso, de la elección, de la constitución de la Mesa Electoral....No existe un pronunciamiento al respecto por parte de nuestro legislador²⁰. Ante la laguna legal existente la doctrina ha mantenido, por

¹⁷ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 5 de marzo de 2009.

¹⁸ Rodríguez Ramos, M^a. J. y Pérez Borrego, G.: *Procedimiento de Elecciones...* op. cit. Aranzadi. Pamplona 1995. Pág. 282.

¹⁹ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 5 de marzo de 2009.

²⁰ Monereo Pérez, J. L. y García Valverde, M^a. D.: La fijación del número de representantes a elegir: cómputo de trabajadores. En *Aspectos conflictivos de las Elecciones Sindicales*. Bomarzo. Albacete 2006. Pág. 135.

analogía, que la fecha de la convocatoria es la idónea dada que la utiliza el art. 72.2.b) E.T.²¹ para contabilizar el número de trabajadores temporales. Ahora bien, desde el momento de la convocatoria hasta la publicación definitiva de la lista de electores, dada la prolongación en el tiempo del proceso electoral, podría producirse una movilidad en la plantilla de la empresa. Es cierto, pero realmente esta movilidad sería mínima, sobre todo si como fecha de la convocatoria se entiende la fecha de inicio del proceso electoral, que no es otra que la constitución de la Mesa y no, lógicamente la fecha en que se hubiere efectuado el preaviso. Esta fecha es la que los Tribunales entendieron²² como de convocatoria para los fines establecidos en el art. 72 E.T.²³. Parece razonable que la fecha sea la de iniciación del proceso electoral, pero no la de la convocatoria, pues convocatoria es “anuncio o escrito con que se convoca”²⁴, en este caso, el preaviso. La iniciación es como se establece en el art. 74.1 E.T., corresponde al momento de constitución de la Mesa Electoral. Luego, o no se debe traer por analogía el término convocatoria establecido en el art. 72 E.T. o se debe dejar tal y como realmente se viene haciendo, a la interpretación casuística.

2. ELECCIONES PARCIALES

El art. 67.1 E.T. establece que podrán promoverse elecciones parciales, por dimisiones, revocaciones o ajustes de la representación por incremento de plantilla. Por su parte, el art. 1.2 del Reglamento de Elecciones establece, a su vez, la posibilidad de que se celebren elecciones parciales cuando existan vacantes producidas por dimisiones, revocaciones parciales, puestos sin cubrir, fallecimiento o cualquier otra causa, siempre que no hayan podido ser cubiertas por los trámites de sustitución automática previstos en el art. 67.4 E.T.

²¹ Art. 72.2.b) E.T.: “Por tanto a efectos de determinar el número de representantes, se estará a lo siguiente... Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección...”

²² Blasco Pellicer, C.: *El nuevo procedimiento...* op. cit. Tirant lo Blanch. Valencia 1995. Pág. 79.

²³ SJS n.º. 4 de Oviedo, de 5-11-1990, publicado A.L. n.º. 1-Enero 1991, pág. 56: “...referir la convocatoria de la elección o la fecha de iniciación del proceso electoral o de constitución de la mesa electoral. En efecto debiendo ser la empresa o el empresario quién remita a la mesa el censo electoral, no puede ser la fecha de presentación del preaviso electoral la que sirva, pues se produce con una antelación mayor o menor y en cualquier caso indeterminada o indeterminable, a la iniciación del proceso electoral, no siendo conocida del empresario la presentación, sino sólo cuando posteriormente le es comunicada la resolución de celebrar elecciones”.

²⁴ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española

Cuando se produzca un incremento en la plantilla del centro de trabajo que implique, a su vez, el aumento del número de representantes unitarios, la norma deja en manos de los propios trabajadores y sindicatos la posibilidad de promover o no elecciones parciales para adecuar el órgano representativo a la nueva dimensión del centro de trabajo. Obviamente, el aumento del número de trabajadores deberá suponer el pasar de una escala a otra superior, conforme a los arts. 62.1 y 66.1 E.T., es decir, pasar de uno a tres Delegados de Personal o dentro del Comité de Empresa, superar cada uno de los tramos que establece el citado art. 66 E.T.

El art. 13.1 del Reglamento de Elecciones regula el supuesto de promoción parcial de elecciones para cubrir puestos vacantes derivados de incrementos de plantilla por cualquier causa, siempre que implique la adecuación del número de representantes de los trabajadores con arreglo a las escalas previstas en los arts 62.1 y 66 E.T.

El aumento de la plantilla²⁵ puede darse por causas lícitas, como absorciones y fusiones de empresas, incremento de la contratación, subrogaciones en el puesto de trabajo determinadas por la ley o por convenio colectivo, reincorporación de trabajadores en situación de excedencia voluntaria, etc. Larga lista de circunstancias que pueden conducir a un incremento de plantilla, pero que ninguna de ellas refleja el supuesto que nos ocupa.

El Tribunal en este caso argumenta que “ciertamente en el supuesto aquí enjuiciado no se produce propiamente un aumento de plantilla, sino un error en el cómputo de suerte que la que se tuvo en cuenta en el momento de celebrar las elecciones era inferior a la que correspondía en términos reales y que daría lugar al nombramiento de nueve representantes del comité de empresa, y no a cinco”. Y realizando una “interpretación integradora y finalista” del ar. 67.1 E.T., lo aplica analógicamente para “darle validez a la celebración de elecciones parciales en un supuesto no prohibido expresamente, entendiendo que el hecho de haberse compatibilizado un menor número censal, debe configurarse como un incremento de la plantilla en el sentido último de la norma de posibilitar un ajuste de la representación a la plantilla real. Todo ello no impide que de acuerdo con el art. 4º del Código Civil, proceda la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante, entre los que se aprecie identidad de razón”²⁶.

²⁵ Rodríguez Ramos, M^a. J. y Pérez Borrego, G.: *Procedimiento de Elecciones...* op. cit. Aranzadi. Pamplona 1995. Pág. 135.

²⁶ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 5 de marzo de 2009.

Pero quizás no habría que haber llegado a esta, creemos que “forzada” interpretación del art. 67.1 E.T., tal como se pone de manifiesto en la Sentencia que se comenta, pues como se ha señalado, el art. 1.2 del Reglamento de Elecciones establece como una de las causas para promover elecciones parciales, el hecho de que existan vacantes producidas “por cualquier otra causa” distinta de las establecidas expresamente en el mismo. Se trata de un “cajón de sastre”, donde las vacantes en el órgano representativo, una vez que han actuado los mecanismos de sustitución automática del art. 67.4 E.T., pueden venir producidas²⁷ por renunciaciones voluntarias que no constituye dimisión, traslado del centro de trabajo, excedencia voluntaria, cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, cambio de afiliación sindical de los representantes de los trabajadores, expiración del tiempo convenido, etc. y por qué no que dichas vacantes pudieran existir por un error censal, tal y como mantiene la Sentencia.

Pero no queda claro en esta Sentencia sí el error censal conlleva a un aumento de la plantilla real o a un aumento de la plantilla electoral, pues si es este último, no parece ser que exista la posibilidad de celebrar elecciones parciales, pues éstas dan repuesta a situaciones “no ordinarias”, en la evolución de la plantilla de la empresa, ya que de otra forma se vería inmersa en una sucesión interminable²⁸ de elecciones que perjudicarían, no solamente los intereses de los trabajadores por la ausencia de estabilidad –garantía de eficacia del mandato electoral- sino también perjudicaría probable y desproporcionadamente al propio interés empresarial. Las elecciones mutarían su naturaleza en un procedimiento dinámico de acomodación de la representación a la plantilla, cuando en realidad la voluntad de la ley es diseñar un procedimiento de elección de órgano de representación dotado de una estabilidad que se corresponde con la duración ordinaria del mandato electoral.

3. IMPUGNACIÓN

El art. 76.2 E.T. señala que serán impugnables conforme al procedimiento arbitral: la elección, las decisiones que adopte la Mesa, así como cualquier otra actuación de la misma a lo largo del proceso electoral. Por ello los actos previos

²⁷ Rodríguez Ramos, M^a. J. y Pérez Borrego, G.: *Procedimiento de Elecciones...* op. cit. Aranzadi. Pamplona 1995. Pág. 137.

²⁸ Lantarón Barquín, D.: Promoción de elecciones sindicales por incremento de plantilla: especial consideración de la sustitución de delegados de personal por comité de empresa (elección parcial o elección total). En *Aspectos conflictivos de las Elecciones Sindicales*. Bomarzo. Albacete 2006. Pág. 45.

al inicio del proceso electoral no constituyen posible objeto del procedimiento arbitral, fundamentalmente el preaviso electoral, a la luz de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de mayo de 2006, que sostiene que el preaviso no constituye un acto del proceso electoral, por consiguiente, no resulta materia susceptible de impugnación arbitral.

Erró la Empresa al impugnar el preaviso ante la Conselleria de Economía, Hacienda y Ocupación (Dirección Territorial de Ocupación y Trabajo de Valencia), solicitando el nombramiento de árbitro para convocatoria de las partes en solicitud de declaración de nulidad del preaviso de elecciones parciales, mediante laudo. El árbitro nombrado se declaró incompetente por no ser materia de procedimiento arbitral.

Pero lo curioso de este caso, es que el Tribunal en ningún momento se plantea la nulidad, tanto de las elecciones parciales como la de retrotraer la misma a las primeras elecciones, al señalar tan evidentes errores en el censo. La relevancia que adquiere el censo electoral está fuera de toda duda, hasta el punto que han sido consideradas nulas²⁹ las elecciones celebradas sobre la base de un censo erróneo, en el que fueron excluidos quienes debieron formar parte del mismo y, por consiguiente, privados del ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo. De este modo, se ha interpretado que procederá la nulidad tanto cuando se incluye en el censo a quien no debía estarlo, como igualmente cuando se excluye del mismo a quien debía figurar en él.

Como se ha expuesto en apartados anteriores, es la Mesa la que tiene la función de elaborar el censo electoral y no el empresario, de ahí que la Mesa y los interesados en el proceso electoral estén legitimados para constatar, por los medios pertinentes, si el censo facilitado por el empresario se corresponde realmente con la plantilla y, en caso de discrepancia, ejercitar las acciones oportunas para su ampliación o depuración. Circunstancia ésta que no se pone de manifiesto en toda la redacción de la Sentencia, pues en ningún momento aparece ni tan siquiera, que haya podido existir alguna reclamación al censo y que a posteriori de las primeras elecciones es cuando se coteje que debían haber sido 104 los trabajadores a contar y por tanto corresponderles 4 miembros más del Comité de Empresa, y no antes. Sin existir tampoco causa alguna de dicho aumento, tan sólo y exclusivamente existencia de error en el censo que la Empresa aporta a la Mesa.

Podría especularse con algunos planteamientos, como qué a lo mejor no era el momento idóneo para tener 9 miembros, pues por no tener candidatos suficientes, por intentar “echar fuera” algún sindicato, por asegurar el resultado, etc. Pero todo ello son puras elucubraciones que no resuelven nada, pero al menos dan qué pensar.

²⁹ Merino Segovia, A.: El censo electoral... op. cit. Bomarzo. Albacete 2006. Págs. 110 y ss.

**LA RELACIÓN LABORAL DE LOS ENCUESTADORES
DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA:
SU RECONOCIMIENTO COMO INDEFINIDOS
DISCONTINUOS TRAS LA CELEBRACIÓN
DE CONTRATACIONES TEMPORALES
FRAUDULENTAS**

Sentencia TSJ de Cantabria, de 17 de marzo de 2009

E. MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO*

SUPUESTO DE HECHO: La trabajadora, incorporada a una bolsa de empleo temporal del Instituto Nacional de Estadística (INE) viene prestando servicios como Técnico Superior de Gestión y Servicios desde el año 2003, suscribiendo distintos contratos temporales (eventual en unos casos y por obra o servicios en otros) que se sucedieron de forma reiterada desde el 2005 hasta el 2008. Dichos contratos tienen por objeto la elaboración de distintas encuestas que se contemplan en el Plan Estadístico Nacional y se enmarcan dentro de los Acuerdos de contratación temporal de personal y consolidación de empleo suscrito por el INE y los sindicatos U.G.T., CC.OO. y CSI–CSIF durante los años 2007 a 2009. La trabajadora plantea reclamación previa y posterior demanda para que se le reconozca su condición de indefinida discontinua en la empresa.

RESUMEN: La Sentencia de instancia estima la demanda de la trabajadora declarando la relación laboral de carácter indefinido discontinuo desde el 2005. Esta sentencia es recurrida en Suplicación por la representación del INE por entender que el cumplimiento del Plan Estadístico Nacional 2005–2008

* Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

exige la celebración de contratos temporales debido al déficit de plantilla, justificándolo además en la existencia de pactos con las organizaciones sindicales a estos efectos. El TSJ de Cantabria, tras realizar un análisis de la secuencia contractual íntegra, deduce que la contratación de la trabajadora tenía como finalidad cubrir una necesidad de trabajo cíclica o reiterada en el tiempo, dotada de homogeneidad y previsible, lo que justifica la declaración de la relación laboral como indefinida discontinua.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL TRABAJO FIJO DISCONTINUO
 - 2.1. Regulación actual
 - 2.2. El deber de llamamiento empresarial
 - 2.3. Su delimitación con los contratos eventual y por obra o servicios determinados
3. LOS ASPECTOS ANALIZADOS POR EL TSJ DE CANTABRIA EN LA DETERMINACIÓN DEL VÍNCULO CONTRACTUAL

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente los estudios jurídicos acerca de una institución como es el trabajo fijo discontinuo (TFD) arrancan de su evolución histórica para poder comprender las peculiaridades que le caracterizan y lo distinguen de otras modalidades contractuales, así como también para poder explicar las variables fórmulas utilizadas por el legislador para perfilar su dificultoso y controvertido régimen jurídico. Han sido múltiples los análisis realizados por la doctrina laboralista para interpretar las dispares modificaciones a las que se ha visto sometido el TFD desde su reconocimiento como figura contractual en el año 1976, trabajos que están enriquecidos con el añadido de ofrecernos la citada perspectiva histórica, por lo que en este trabajo, un comentario de sentencia, no nos parece oportuno volver a retomar esta figura desde sus inicios sino remitirnos a ellos y partir de su régimen jurídico actual¹.

No obstante, si conviene precisar que el TFD ha sido una institución jurídica inconstante y versátil, poco clara desde sus primeras regulaciones secto-

¹ Por todos vid. entre otros Ríos Salmerón B.: "La contratación de trabajadores fijos discontinuos", Documentación Laboral nº 16, año 1985, págs 10 y ss.; Tárraga Poveda J.: "Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo" 1ª edic., Edit. DM, Murcia 1991, págs.23 y ss; García Ortega J.: "Las relaciones laboral y de Seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos", Edit. José M^a Bosch S.A., Barcelona 1990, págs.1-20; Valverde Asensio A.J.: "La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, págs. 21-46.

riales –debido a las múltiples denominaciones con que se le identificada (trabajadores de temporada, personal fijo de temporada, de campaña, eventual o de campaña, personal temporero, temporero o de campaña, personal fijo en cuanto al puesto y eventual en lo relativo al salario, personal complementario) y a su escasa delimitación respecto de otras figuras contractuales², siendo en el Reglamento para el trabajo en las Industrias de Conservas de Pescado, Salazones y Escabeche (O.17–7–1939) donde por primera vez los trabajadores de temporada quedaron identificados como fijos discontinuos³. Su compleja evolución se ha desarrollado al compás de las distintas reformas que se han sucedido en el mercado de trabajo en un intento de reducir los niveles de desempleo e incrementar el nivel de ocupación. Se puede decir que, a raíz del ET (1980), el TFD ha crecido con el contrato de trabajo a tiempo parcial, se ha distinguido del mismo y también se ha entremezclado con él en un vaivén de sucesivas reformas normativas que cambiaban y mezclaban tanto su régimen, como su ubicación –entre los artículos 12 y 15 e incluso dentro de los mismos en distintos apartados–⁴, en un tira y afloja entre la autonomía contractual y la

² Vid. García Ortega J.: “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, José M^o Bosch editor, S.A., Barcelona 1990, págs.20–22; Valverde Asensio J.A.: “La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., págs. 46–50. Pero la doctrina y la jurisprudencia tampoco mantenían una denominación unánime (trabajadores de temporadas, trabajadores de campaña, trabajadores temporeros, contrato de temporada, contrato para trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo fueron utilizadas para referirse a unos mismos trabajadores y a un mismo tipo de contrato. Ante esa ausencia de denominación común García Ortega calificó el contrato de innominado, por tratarse de una institución jurídica que carecía de un “nomen iuris” propio. Vid. en: “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, José M^o Bosch editor, S.A., Barcelona 1990, págs. 63–66.

³ Según el art. 3 de este Reglamento los trabajos fijos discontinuos se definían como: “el que habitualmente es llamado para realizar las faenas propias de la industria, pero que actúa intermitentemente en razón de la falta de regularidad de tales faenas”. Vid. García Ortega J.: “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., pág. 17; Tárraga Poveda J.: “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, op.cit., pág. 28.

⁴ La redacción originaria del ET incorpora el CTFD en el art. 15.1.e. La Ley 32/1984, de 2 de agosto, modifica el art. 15 regulando de forma autónoma el CTFD que pasa a ubicarse en el apartado sexto (art. 15.6) desarrollándose reglamentariamente en los arts. 11 a 14 del RD 2104/1984, de 21 de noviembre y que posteriormente fueron derogados por el RD 2137/1993, de 29 de diciembre. El RD 18/1993 y la posterior L.10/1994, de 19 de mayo introduce una nueva reforma en el CTFD que pasa a ubicarse en el art.12.2 ET. Tras la reforma llevada a cabo por el RDL 8/1997, de 16 de mayo y posterior L.63/1997, de 26 de diciembre el CTFD pasa al art. 12.3 ET que queda subdividido en dos apartados para distinguir los contratos fijos periódicos y los contratos fijos discontinuos. La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, introduce en el art. 12.3 el apartado b). Finalmente el RDL 5/2001, de 2 de marzo y la posterior L.12/2001, de 9 de julio mantienen el contrato fijo periódico en el art. 12.3 ET y trasladan el contrato fijo discontinuo al art. 15.8 ET. Vid. un resumen de la evolución legal del CTFD en la STSJ de Canarias de 19–9–2003 (RJ 2003, 4160).

dependencia como especialidad o tipología del trabajo a tiempo parcial. Su ubicación y regulación actual producto de la reforma llevada a cabo por el RDL 5/2001, de 2 de marzo –posterior Ley 12/2001, de 9 de julio– no mejora mucho su situación. De ahí que la doctrina califique esta nueva intervención del legislador como experimental, inacabada y con imprevisibles consecuencias sobre el trabajo fijo periódico⁵.

En todo este recorrido el TFD, como modalidad característica de actividades productivas cíclicas, de campaña o de temporada y con importante peso en múltiples sectores y, muy en particular, en determinadas regiones de España parece haber perdido fuerza. Se ha desdibujado a favor de la contratación a tiempo parcial siendo ésta, fundamentalmente en la modalidad del contrato eventual y, menor medida en la del contrato por obra o servicios, los que ha venido a sustituir en múltiples ocasiones –y no siempre de forma adecuada– al contrato de trabajo fijo discontinuo (CTFD). En efecto, el uso de estos contratos temporales ha sido el recurso habitualmente utilizado por el empresario para eludir la contratación fija discontinua en supuestos en los que las características particulares del trabajo en cuestión requerían el uso de esta modalidad y no de aquéllas. La sentencia objeto de este comentario constituye uno de esos supuestos.

Lo anterior, junto a la incorporación del TFD como una modalidad del trabajo a tiempo parcial en 1994⁶ ocasionó que desde 1995 en adelante y hasta la actualidad el CTFD deje de aparecer en las encuestas de población activa como modalidad contractual autónoma, careciendo por lo tanto de datos estadísticos generales que nos permitan conocer a nivel nacional y autonómico o por sectores de producción su evolución en relación al número de trabajadores ocupados con estos contratos según edad, sexo y nacionalidad.

Si a ello le añadimos su debilitado y complejo régimen jurídico caracterizado por las distintas normas legales que le han afectado, por las diferentes disposiciones transitorias que mantienen la vigencia del régimen anterior apli-

⁵ Vid. Casas Baamonde M^a.E.: "La nueva regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial (y del trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, de la jubilación parcial y gradual y de los contratos de relevo)", *Revista de Relaciones Laborales* n.º 1, año 2002, pág. 554. Para Goerlich Peset "Las prestaciones de carácter discontinuo continuarán dando que hablar. No creo, pues, que estemos ante el final de una larga discusión sino más bien ante el principio de una nueva fase". Vid. en "Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿El final de una larga discusión", *Revista Temas Laborales* n.º 61, año 2001, pág. 146.

⁶ Vid. una crítica a la reforma laboral de 1994 en Alarcón Caracuel M.R.: "Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo" en la obra colectiva "Reforma de la legislación laboral". Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García, edit. Marcial Pons, Madrid 1995, págs.162 y ss.

cable a los contratos celebrados bajo su regulación⁷, así como también por su fragmentada estructura que se diversifica en dos modalidades o tipologías reguladas en dos pasajes del ET (arts. 12.3 y 15.8) podríamos pensar que nos encontramos ante una modalidad contractual que paulatinamente va reduciendo su protagonismo en las relaciones laborales en favor de otras modalidades contractuales⁸. Sin embargo y, al contrario de lo que podría pensarse, a la vista de las variaciones normativas que se han sucedido, el CTFD sigue teniendo un significativo peso en nuestro país e incluso en un período como el actual, caracterizado por una fuerte crisis económica, el CTFD comienza a aparecer como un recurso a utilizar por empresas que presentan una difícil situación financiera.

En este sentido, y ya en algunos sectores de actividad productiva cíclica como es el del calzado se están planteando la extensión de esta modalidad contractual a otras ramas del sector que hasta el momento se habían desarrollado de forma continua como es el diseño o la administrativa⁹.

Esta idea, es decir la de modificar las estructuras organizativas de las empresas de tal forma que determinadas actividades que hasta ahora se han desarrollado de forma continua durante todo el año sólo permanezcan activas durante una parte o en determinados períodos del mismo, puede ser extensible hacia el resto de sectores de la industria y de los servicios, sean o no de temporada como una medida que intente evitar los despidos –siempre que la actividad lo permita– utilizándose para ello esta modalidad contractual que por su flexibilidad permite al empresario disponer de mano de obra en aquellos períodos en los que se haya concentrado y organizado la actividad, así como un ahorro de costes para el empresario. De llevarse a cabo la hipótesis anterior, entiendo que ésta habría de realizarse a través de una novación contractual (de los

⁷ Se tratarían de las siguientes: la DT 2ª del RD 18/1993, DT 1ª del RD 1º5/1998 y DT 1ª de la L.12/2001 y DT 2ª del ET. La vigencia de contratos realizados conforme a normas posteriormente derogadas puede dar lugar a que exista en una misma empresa trabajadores fijos discontinuos que se regulan por normativas distintas. Vid Tárrega Poveda J.º "El contrato de trabajo fijo discontinuo, Un estudio jurisprudencial", Edit. Bomarzo, Albacete 2004, pág. 10.

⁸ Así lo pone de manifiesto Tárrega Poveda al criticar la utilización indiscriminada de contratos eventuales para la cobertura de actividades cíclicas que se reiteran anualmente, apuntado la posibilidad de una futura extinción del mismo. Vid. en: "Otro paso discontinuo", Revista de Derecho Social nº 6, año 1999, pág. 232-233.

⁹ Vid. declaraciones realizadas el 4-1-210 por D. Rafael Calvo, Presidente de la Federación de Industrias del Calzado español (FICE) en el enlace http://elche.portaldetuciudad.com/noticias/la-alternativa-al-contrato-fijo-discontinuo-en-el-calzado-no-es-el-indefinido-sino-el-paro-elche-006_1_4_55957_56.html. También vid. las declaraciones realizadas el 18-12-2009 por D. José Orts, Secretario de la Asociación de Industriales del Calzado de Elche (AICE) en el enlace <http://www.diarioinformacion.com/elche/2009/12/18/patronal-apuesta-aplicar-contrato-fijo-discontinuo-empleos-calzado/962620.html>

contratos fijos continuos existentes en contratos fijos discontinuos), posibilidad que no resulta novedosa, pues ya quedaba recogida en algunas regulaciones sectoriales de los años 70 y 80 del siglo pasado¹⁰. No obstante si entiendo que habría de concretarse el régimen a utilizar para esta modificación (acuerdo entre las partes, vía negociación colectiva, o a través de una modificación sustancial de las condiciones de trabajos)¹¹. También habría de tenerse en cuenta las características propias que particularizan el TFD, de manera que se llegase a efectuar un adecuado uso del mismo sin obviar aquellas y sin que se confundiesen con otras modalidades contractuales a tiempo parcial, estableciéndose, de una vez, las reformas jurídicas adecuadas que perfilasen con claridad el régimen jurídico de esta institución y evitasen situaciones de desprotección.

2. EL TRABAJO FIJO DISCONTINUO

Los diferentes modos de producción de bienes y servicios que se ofertan al mercado (sistemas de producción continuos o discontinuos) han exigido al empresario adaptar sus necesidades de mano de obra a la actividad de su empresa en función del espacio temporal para el que se requiere la misma. Así pues, y en función de cómo se determine el tiempo de trabajo entre las partes el vínculo laboral resultante puede ser con carácter fijo –o indefinido– o temporal. En función de cómo se distribuya ese tiempo de trabajo pactado la relación laboral podrá desarrollarse a tiempo completo o a tiempo parcial¹². En función de cómo se ejecute el trabajo (según la naturaleza del mismo atendiendo al tipo de actividad o a la forma en que ésta esté organizada) la prestación de servicios podrá desarrollarse de manera continuada o, por el contrario, de forma periódica o discontinua.

¹⁰ Esta posibilidad no es una novedad, pues ya quedaba recogida en la extinta Ordenanza Laboral de Hostelería de 28-2-1974 y en el art. 58 del Convenio de Textil y Confección –BOE 25-1-1988-. Vid. al respecto Tárrega Poveda J.: "Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo", *op.cit.*, pág. 59.

¹¹ En este sentido Cruz Villalón ya apuntaba la posibilidad de transformar contratos fijos en contratos fijos discontinuos a través de la negociación colectiva pudiendo recogerse en el convenio los criterios a tener en cuenta para su realización voluntaria (dada la asimilación de situaciones con los trabajos a tiempo parcial). Vid. en: "El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984", *Revista de Relaciones Laborales, T.I.*, año 1985, pág. 454. Por su parte, Casas Baamonde, siguiendo a Goerlich Peset apunta al acuerdo entre las partes como criterio a seguir para la conversión. Vid. en: "La nueva regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial (y del trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, de la jubilación parcial y gradual y de los contratos de relevo)", pág. 552.

¹² Vid. Yanini Baeza J.: "La contratación para trabajos fijos discontinuos", Edit. Mc Graw Hill, Madrid 1998, pág. 27.

Frente a la prestación de servicios indefinida y desarrollada de forma continua se alza por contraposición los trabajos fijos discontinuos. En ambos supuestos el vínculo laboral existente entre las partes es el mismo, es decir, hay una relación de fijeza o de permanencia en la duración del contrato suscrito entre las partes. La singularidad que caracteriza al segundo respecto del primero está en la forma de ejecutar la prestación laboral, es decir, el trabajo no se va a llevar a cabo siguiendo una secuencia temporal de tracto continuo a lo largo del año sino que va a quedar condicionado por el espacio temporal que marque la actividad empresarial, de manera que será dentro de ese período cuando el trabajador permanecerá en activo. Ahora bien, ello no significa, necesariamente, que la prestación de servicios sea equiparable, en cómputo temporal, a la duración del período de actividad, pues aquélla estará vigente durante el tiempo pactado por las partes.

Una vez que se haya cumplido dicho tiempo la prestación de servicios no se extingue sino que quedará interrumpida hasta que tenga lugar un nuevo período de actividad comenzando de nuevo la prestación de servicios. Esta reiteración o intermitencia en los períodos de actividad, para los cuales será necesario la prestación de servicios, atendiendo a la actividad que desarrolle la empresa seguirá unos patrones temporales que, en unos casos, serán regulares y, en otros, irregulares. Como consecuencia de esa necesidad empresarial permanente pero discontinua y reiterada de forma cíclica o intermitente en el tiempo y de la vinculación indefinida del trabajador en la empresa pesa sobre los empresarios que desarrollen este tipo de actividades discontinuas un deber de llamamiento –a los trabajadores– cada vez que se inicie el ciclo¹³.

Por las citadas particularidades este modo de prestación de servicios se ajusta a procesos productivos condicionados por factores estacionales o climáticos de secuencia cíclica que requieren la sucesión repetitiva de la prestación laboral. Y así el trabajo fijo discontinuo ha sido un recurso muy utilizado por los distintos sectores de la industria y los servicios como lo pone de manifiesto desde su inicial regulación en las distintas Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajos (fabricación de conservas vegetales, industria de conservas y salazones de pescado, manipulado y envasado de frutas, industria resinera, alma-

¹³ En la Ley de Relaciones Laborales de 1976 ese orden debía de realizarse por rigurosa antigüedad dentro de cada especialidad. De no respetarse lo anterior el trabajador podría reclamar por despido desde el día que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria (art. 16). Este llamamiento por orden de antigüedad quedó suprimido en la redacción originaria del ET (1980) remitiendo a la negociación colectiva el criterio a seguir, siendo restituido por la reforma operada por la L.32/1984 y por el RD 2104/1994 hasta su desaparición del texto estatutario tras el RDL 18/1993, de 3 de diciembre.

drabera, chocolates, bombones y caramelos, de dulces navideños, helados, fabricación de embutidos y conservas cárnicas, industria azucarera, industria resinera etc.)¹⁴.

No obstante, la flexibilidad que posee el TFD para adaptarse a los ciclos productivos de las empresas ha permitido la extensión de esta institución jurídica hacia otro tipo de empresas no condicionadas por factores estacionales, de temporada o de campaña, pero que sí desarrollan su actividad de forma cíclica. Tal es el caso de las empresas que realizan estudios de mercado, de opinión pública, encuestas (como por ejemplo, el Instituto Nacional de Estadística, tal y como se pone de manifiesto en esta Sentencia del TSJ de Cantabria)¹⁵.

2.1. Regulación actual

La regulación actual del CFD se ubica, tras la reforma llevada a cabo por el RDL 5/2001, de 2 de marzo y reiterada por la posterior Ley 12/2001, de 9 de julio, en el art. 15.8 ET. A raíz de esta nueva modificación parcial del ET el CTFD recupera su independencia, como modalidad contractual autónoma, que perdió en 1993 con la reforma introducida por el RDL 18/1993¹⁶. Pues bien, el RDL 5/2001 extrae al CTFD del art. 12. Esto supone de ventaja para el CTFD el que éste deje de ser calificado como una modalidad del contrato a tiempo parcial. Sin embargo, lo sitúa en el art. 15 (precepto que regula la duración de los contratos) en un nuevo apartado, el número 8, en lugar de haber continuado la sistemática del ET y dedicarle un precepto independiente como una modalidad contractual más.

Otro inconveniente añadido al anterior es que la extracción no se efectúa de manera limpia o completa al mantenerse en el art. 12.3 la regulación de los trabajos fijos periódicos. Esto implica la fractura del CTFD en dos modalidades las cuales se regularán por regímenes jurídicos diferentes: los trabajos fijos periódicos – o trabajos fijos discontinuos que se repitan en fechas ciertas– y que se desarrollan dentro del volumen normal de la empresa y los trabajos fijos discontinuos que, dentro del volumen normal de la empresa no se repitan en

¹⁴ Vid. García Ortega J.: "Las relaciones laboral y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos", op.cit., págs.17 y siguientes

¹⁵ La calificación de la actividad de los encuestadores como fija discontinua ya fue reconocida por algunas sentencias del TCT como la de 3-11-1987 – ponente J. García Fenollera-Vid.Tárraga Poveda J.: " Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo" op.cit., págs.41-42 y cita de la sentencia del TCT en nota a pie nº 67. La ampliación de los TFD a los trabajos que no siendo de temporada o campaña son intermitentes porque no se desarrollan todos los días laborales del año fue reconocida por el TS en la S. 30-6-1994 (RJ 2004, 4750). Vid. del mismo autor, "El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial", op.cit., pág. 12.

¹⁶ Recuérdese que fue con el RDL 18/1993 y posteriormente la L.10/1994 cuando el CTFD se incluyó dentro de la regulación del contrato a tiempo parcial en el art. 12.2 ET.

fechas ciertas. A la primera modalidad le resulta aplicable la regulación del contrato a tiempo parcial indefinido –art.12 ET– y a la segunda, la peculiar y propia de los trabajos fijos discontinuos –art. 15. ET–¹⁷.

A) Los trabajos fijos periódicos dentro del volumen normal de la empresa:

El art. 12.3 del ET reconoce que los trabajos fijos periódicos son una modalidad de contrato a tiempo parcial indefinido. Paralelamente el art. 15.8 ET se refiere a los trabajos fijos discontinuos que se repiten en fechas ciertas, a los cuales les resulta de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial indefinido. Atendiendo a lo anterior, se puede interpretar que, a pesar de la diferente ubicación el legislador viene a identificar, aunque de forma un tanto confusa, el supuesto citado contemplado en el art. 15.8 ET con el establecido en el art. 12.3 ET, con lo cual los trabajos fijos discontinuos que se repiten en fechas ciertas y los trabajos fijos periódicos son una misma cosa –con las consecuencias jurídicas que de ello se deriva–.

Por lo tanto, para poder distinguir a este tipo de trabajos del resto, o dicho en otros términos, para poder identificar los supuestos que tienen aquí cabida hemos de incidir en sus notas diferenciales:

–Trabajos fijos: con esta expresión el legislador se centra en la propia actividad objeto de la prestación de servicios a desarrollar por el trabajador¹⁸. Con ello se refiere a que se tratan de actividades que operan de forma permanente en la empresa. No son pues, trabajos esporádicos o puntuales, sino que responden a una necesidad básica de la empresa. Esa necesidad permanente de mano de obra determina la vigencia de carácter indefinido de la relación laboral que une al trabajador con la empresa. Y ello tiene su consecuencia en el derecho al llamamiento cada temporada¹⁹. Es esta una de las notas que lo separan o distinguen de los contratos temporales.

¹⁷ Vid. Cardenal Carro M. y Arias Domínguez A. "La contratación fija discontinua: diferencias y régimen básico", Parte Segunda, p. VII de la obra colectiva "Los contratos de trabajo temporales" Dir. A.V. Sempere Navarro, Coord. R. Martín Jiménez, Edit. Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pág. 260.

¹⁸ Vid. González del Rey Rodríguez I.: "El contrato de trabajo a tiempo parcial", edit. Aranzadi, Pamplona 1998, págs.282–284.

¹⁹ La proyección del llamamiento sobre los TFD puede tener consecuencias diferentes según el tipo de trabajo fijo discontinuo a considerar. En este sentido Cruz Villalón, a propósito de la reforma del ET llevada a cabo por la L.32/1984 diferenciaba entre los fijos discontinuos estables, para los cuales existe un derecho a la ocupación cada temporada, debiendo ser llamados los trabajadores cada vez que se inicie la misma –aunque matizaba que había de reconocerse cierta flexibilidad en el momento de la llamada, según la actividad – y los fijos discontinuos inestables a los que se les reconoce el derecho a ser llamados con preferencia según un orden de antigüedad. Vid. en: "El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984", op.cit., pág. 460.

–Trabajos periódicos –o discontinuos que se repiten en fechas ciertas–: esta nota viene a complementar a la anterior, pues el legislador con esta expresión se está refiriendo a la duración de la actividad a desarrollar y por extensión al tiempo de trabajo y a su ordenación delimitando la duración de la jornada laboral del trabajador y la forma en que se va a reproducir o ejecutar en el tiempo.

De esta forma la periodicidad va a caracterizar a prestaciones de servicios que tienen lugar durante un espacio temporal concreto de duración inferior al año marcado por una causa: el tipo de actividad a desarrollar atendiendo a factores: estacionales, de campaña o de temporada o a la organización de la actividad productiva dispuesta por el empresario. Por consiguiente, estas actividades no se prolongan con continuidad durante todo el año sino durante una parte del mismo, siendo la jornada del/los trabajador/es que va/n a cubrir dicha actividad –ya sea a tiempo parcial o completo– inferior, en cómputo anual, a la establecida con carácter general en el ET o a la sectorial aplicable para trabajos que no gozan de ese carácter discontinuo²⁰. Pero la necesidad empresarial de tales prestaciones de servicios no se agota o desaparece cuando concluye el período temporal citado, por lo que la relación laboral se mantiene reiterándose en el tiempo –y aquí es donde radica su especialidad– de forma cierta o regular. Esta regularidad posibilitará que los ciclos puedan predeterminarse en el tiempo. De ahí que, en cada anualidad, el trabajador combinará período/s de prestación de servicios con período/s de inactividad siguiendo intervalos cíclicos o regulares²¹.

La periodicidad deja así de ser utilizada por el legislador como una nota sustantiva del CTFD tal y como se recogía en la redacción originaria del ET (art. 15.1.e)²². Ahora el legislador utiliza este término para particularizar a un tipo de TFD – los que se suceden en ciclos regulares o fechas ciertas– frente al resto – los que se suceden en ciclos irregulares o fechas inciertas–. Y es esta regularidad en el desarrollo de la actividad la que lleva a la doctrina a calificar a estos trabajos como trabajos discontinuos estables²³, fijos discontinuos de

²⁰ Por lo tanto, se desprecia para estos supuestos el término de comparación utilizado para los contratos a tiempo parcial en el art. 12.1 ET (trabajador a tiempo completo en situación comparable) ante la imposibilidad de ser utilizado para todos ellos en su conjunto.

²¹ Esta regularidad, en cuanto a la duración del período de actividad y a los momentos de inicio y finalización, permitirá a las partes predeterminar aspectos de la relación laboral tales como la duración de la jornada diaria o el horario de trabajo.

²² Vid. Tárraga Poveda J.: “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo” op.cit., pág. 41.

²³ Vid. Cruz Villalón J.: “El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la ley 32/1984”, op.cit., pág. 459. Del mismo autor vid. también “Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos”, Tribuna Social n° 85, número monográfico sobre el trabajo a tiempo parcial, enero 1998, pág. 38. Siguiendo al citado autor, entre otros, Ríos Salmerón B.: “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., págs. 35–36.

campaña cierta²⁴ o fijos de temporada²⁵ –los trabajos de hostelería ubicados en zona de costa durante la temporada alta, balnearios, actividades de enseñanza durante el curso escolar y anexas o complementarias (personal auxiliar de patio o de vigilancia, personal de comedor, limpieza, etc.), empresas de producción textil o de calzado, transporte aéreo, fabricación de dulces navideños, etc.– para distinguirlos de los trabajos discontinuos, inestables o de campaña incierta.

Ahora bien, la certeza en la fecha en que va a tener lugar la reiteración no significa que siempre se tenga una constancia precisa y exacta del momento en que la actividad va a reanudarse y, en consecuencia, pueda prefijarse una fecha concreta de inicio y fin de la misma, pues éstas pueden quedar condicionadas por múltiples factores que hagan inviable que la actividad se reitere en la fecha prevista. Esta cuestión ya ha sido apuntada por algunos autores que ponen como ejemplo: la apertura del curso escolar que puede variar según lo establezca la autoridad competente; cambio de fechas prefijada en espectáculos públicos o competiciones deportivas etc²⁶. Por consiguiente la certeza o regularidad en el período de actividad y, por derivación, de la prestación de servicios, ha de ser interpretado de forma flexible, ya que una interpretación rigurosa conllevaría a excluir de esta modalidad a aquellos supuestos que con ciclos regulares de actividad tuviesen variación, por ejemplo en los días de inicio o finalización. Y ello daría lugar a un drástico vaciamiento de esta modalidad de fijo discontinuo periódico²⁷.

B) Trabajos fijos discontinuos que no se repitan en fechas ciertas

Además de la nota de fijeza ya citada en el apartado anterior es característica singular y diferenciadora del CTFD frente al resto de modalidades contractuales la de la discontinuidad, expresión con la que el legislador quiere referirse a una prestación de servicios que no se desarrolla durante todo el año sino de

²⁴ Vid. Pedrajas Moreno A.: "Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo", Revista de Relaciones Laborales, T.I., año 1994, pág. 417; Martínez de Viergol Lanzagorta A.: "La problemática en torno a la subsunción del trabajo fijo discontinuo dentro del trabajo a tiempo parcial", Revista de Trabajo y Seguridad Social, octubre-diciembre 1995, pág. 56.

²⁵ Vid. Tárraga Poveda J.: "Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo" op.cit., pág. 55.

²⁶ Valverde Asencio J.A.: "La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos", op.cit., pág. 72.

²⁷ Según Cruz Villalón "resulta materialmente imposible imaginar un supuesto auténtico de fijo discontinuo que se repita en fechas fijas, pues incluso en las actividades cíclicas más estables siempre existen imponderables que impiden una repetición exacta año tras año. En definitiva, todo ello conduce a un vaciamiento de facto del subtipo contemplado en el art. 12.3 ET, para entrar la práctica totalidad de los fijos discontinuos a ser regulados dentro del art. 15.8 ET". Vid. en: "Compendio de Derecho del Trabajo", 2ª edic., edit. Tecnos, Madrid 2009, pág. 235.

forma cíclica o intermitente durante una parte del mismo. A diferencia de los supuestos que se ubican en el apartado anterior (dentro de los trabajos fijos periódicos) en éstos se incluyen aquellos supuestos de prestaciones de servicios discontinuas que no se repiten en intervalos ciertos o regulares sino de una forma irregular, imprevisible o aleatoria en el tiempo (normalmente, aunque no siempre, por depender de factores estacionales o climatológicos).

–Trabajos que se desarrollan dentro del volumen normal de la actividad de la empresa: con esta expresión el legislador se refiere a que los trabajos discontinuos forman parte o son propios de la actividad de la empresa, es decir cubren necesidades permanentes. Y ello puede tener lugar de diversa manera: 1) en empresas que cubran sus necesidades productivas con estos trabajos por tratarse de empresas cuya actividad tiene ese carácter discontinuo y, por consiguiente, funcionan, en exclusiva, de manera cíclica en dichos períodos por ejemplo, la fabricación de dulces navideños; 2) en empresas con funcionamiento permanente que durante el desarrollo de su actividad se produzcan, en intervalos periódicos, picos o incrementos de actividad habituales (por ejemplo los trabajos de hostelería o restauración ubicados en zona de costa durante la temporada alta). La discontinuidad, en este caso periódica, tiene lugar aquí no atendiendo a la naturaleza de la actividad, que es permanente, sino al incremento de la misma que se reitera de forma periódica; 3) en empresas en donde se yuxtaponen una actividad permanente con una actividad discontinua (por ejemplo, una empresa de salas de cines –actividad permanente– que, en período estival, abre un cine de verano –actividad discontinua–). En todos ellos la presencia de estos trabajadores discontinuos en tales empresas no respondería a una situación coyuntural o extraordinaria, sino a lo que resulta normal o habitual en la empresa. En consecuencia, y atendiendo a la variedad de supuestos, el funcionamiento de la actividad de la empresa (permanente a lo largo del año o cíclica o intermitente) no constituye un requisito consustancial para este tipo de trabajos²⁸. La causa que justifica el empleo de esta modalidad contractual se halla en las distintas situaciones en las que, de una forma discontinua, se produce la necesidad empresarial en la prestación de servicios²⁹.

2.2. El deber de llamamiento empresarial

El carácter indefinido de la prestación y su desarrollo en intervalos cíclicos, más o menos regulares, genera una obligación para el empresario y un derecho

²⁸ Vid. García Ortega J.: "Las relaciones laboral y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos", op.cit., págs.82 y 84; Cardenal Carro M. y Arias Domínguez A. "La contratación fija discontinua: diferencias y régimen básico", Parte Segunda, p. VII de la obra colectiva "Los contratos de trabajo temporales", op.cit., pág. 261.

²⁹ Valverde Asensio J.A.: "La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos", op.cit., pág. 111.

para los TFD: el llamamiento cada vez que reproduzca el ciclo de actividad. Y esta obligación cobra especial importancia, por cuanto que el cumplimiento de este deber formal del empresario originará el inicio de la prestación de servicios por parte del TFD según el orden que se haya establecido (salvo que el trabajador no respondiese a la llamada, lo que se viene contemplando como un supuesto de dimisión tácita del trabajador)³⁰. Y así se ha dicho que el llamamiento “actúa como un instrumento limitador del *ius variandi* empresarial, pues encarga a éste de forma imperativa quiénes y en qué orden deben ser llamados a realizar los trabajos estacionales que ofrece”³¹.

Pero además, y como medida de aseguramiento del derecho a la ocupación efectiva de los TFD el legislador incorpora una garantía añadida a esta institución, pues en caso de que el empresario incumpla el llamamiento, el trabajador tiene abierta la posibilidad de reclamar como si de un despido se tratase³².

En el art. 15.8 ET se contiene este deber de llamamiento empresarial reconociéndose el mismo para los “trabajadores fijos–discontinuos”. En cambio, en el art. 12.3 ET no se hace ninguna mención al respecto en el art. 12.3 ET. Ello podría justificarse en la propia diferencia existente entre los TFD que se repiten en fechas ciertas y los que no. Debido a que los primeros pueden tener preestablecidas las fechas de inicio no existiría la obligación de llamamiento, pues el trabajador sabe cuál va a ser la fecha en la que se tiene que reincorporar al trabajo. El llamamiento quedaría así establecido para los segundos, es decir,

³⁰ Acerca de las distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales en relación con la calificación jurídica del llamamiento Vid. García Ortega J.: “Las relaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., pág. 215–220; Cruz Villalón J.: “El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984”, op.cit., pág. 459–460; Martínez de Viergol Lanzagorta a.: “La problemática en torno a la subsunción del trabajo fijo discontinuo dentro del trabajo a tiempo parcial”, op.cit., pág. 63; Martínez Abascal V.A.: “El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico”, *Cívitas, Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 36, año 1988, págs.594–600; Yanini Baeza J.: “La contratación para trabajadores fijos discontinuos” op.cit., págs.82–85; Valverde Asensio J.A.: “La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., págs. 146–147. Para este último autor el llamamiento constituye una obligación formal que no puede ser eludida por el empresario cuando concurren las causas que justificaron el recurso a esta modalidad contractual. Y cuando esto sucede hay una obligación del empresario de activar el contrato. Vid. op.cit., pág. 146.

³¹ Vid. Tárraga Poveda J.: “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, op.cit., pág. 105.

³² Vid. Tárraga Poveda J.: “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, op.cit., pág. 105. No obstante lo anterior, conviene matizar, como indica Cruz Villalón, que no toda ausencia de llamamiento desencadena el despido, pues la falta de llamamiento puede tener lugar por factores externos a la propia voluntad empresarial de convocar, como puede ser un defecto en el cómputo de la antigüedad de los trabajadores, error en los domicilios etc. Vid. *Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos*, op.cit., pág. 48.

para los TFD que no se repiten en fechas ciertas, puesto que al tener ciclos inestables o irregulares ni empresario ni trabajador pueden conocer con antelación el comienzo de la actividad³³.

Pero si admitimos que el trabajo fijo periódico es una modalidad de TFD, el art. 15.8 ET al referirse a “los trabajadores fijos–discontinuos” se está refiriendo a todos en general. Además, a lo anterior hay que añadir lo ya referido en cuanto al criterio de la certeza en la fijación del inicio de la actividad de la empresa, pues no siempre se puede establecer con exactitud, por lo que los trabajadores fijos periódicos también necesitarán del cumplimiento de este trámite formal para conocer el momento de inicio de su prestación laboral³⁴. Por consiguiente, el llamamiento constituye un derecho subjetivo del trabajador que estará presente con independencia de la tipología de fijo discontinuo que se trate. Y así viene siendo reconocida por la doctrina del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia³⁵

Aún cuando el art. 15.8 ET reconoce el llamamiento, sin embargo, no lo regula sino que se deja a la negociación colectiva que sea ésta la que determine el procedimiento a seguir. Por lo tanto, en este aspecto, el legislador ha otorgado al convenio colectivo un papel muy importante: el de regular el orden en que se han de producir el llamamiento y la forma que ha de utilizar el empresario para cumplir con dicha obligación (aspectos que habrán de quedar, necesariamente, incorporados al contrato de trabajo por expresa disposición del legislador)³⁶. Sin embargo, el legislador ha rehusado a establecer un criterio alternativo ante el defecto de regulación convencional, silencio que ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina que, ante dicha carencia de regulación supletoria se viene decantando por la utilización del procedimiento que, en su día, estableció la reforma estatutaria de 1984 en el art. 15.6 ET y el art. 14 del

³³ En este sentido vid. Yanini Baeza J.: “La contratación para trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., pág. 80.

³⁴ En este sentido Valverde Asensio precisa que, en estos supuestos –el de los fijos periódicos– “obviar el llamamiento implica necesariamente la especificación del «período de actividad» de antemano, sin que pudiera considerarse como tal contrato aquél en que simplemente se constatará la reiteración de la fecha cierta en el período de actividad”. Vid. en: “La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., págs.75–76.

³⁵ Vid. cita de Sentencias en Tárrega Poveda J.: “El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial”, op.cit., pág. 47.

³⁶ Por lo general los convenios colectivos han seguido utilizando como criterio delimitador del orden de llamamiento la antigüedad referida a: la especialidad, categoría profesional, sección de la empresa, puesto de trabajo e incluso antigüedad en la empresa. Vid una muestra de estos criterios en los convenios colectivos que, al respecto, cita Yanini Baeza J.: “La contratación para trabajadores fijos discontinuos” op.cit., págs.86–87.

RD 2104/1984, de 21 de noviembre, esto es, realizar el llamamiento por orden de antigüedad dentro de cada especialidad (grupo o categoría profesional)³⁷.

2.3. Su delimitación con los contratos eventual y por obra o servicio determinado

Como ya hemos comentado en la introducción de este trabajo el TFD ha estado tradicionalmente vinculado a la contratación temporal, en especial, a dos modalidades contractuales: el contrato eventual y el contrato por obra o servicio determinado. Bien sea porque desde sus inicios reguladores las normas sectoriales, para identificar una realidad como era la de los trabajos fijos discontinuos, acudían a diferentes denominaciones y, en muchas de ellas, se reconocía su carácter temporal, bien porque en las primeras redacciones estatutarias se mezclaban sus notas diferenciales (regulación del contrato eventual para atender a trabajos de temporada, o bien por las conexiones que pudieran establecerse a raíz de su inestable ubicación estatutaria junto con contratos temporales y/o a tiempo parcial, lo cierto es que la diferenciación de los TFD con los trabajos eventuales o por obras o servicios ha sido un problema constante del que puede dar cuenta la copiosa jurisprudencia existente al respecto con criterios no siempre pacíficos³⁸. De ahí que este tema se haya convertido en una temática presente en muchos de los estudios doctrinales realizados sobre cualquiera de estas tres modalidades contractuales, en un intento de establecer los criterios diferenciales que los separen.

Podría pensarse que, en la actualidad, este problema queda superado por la regulación separada de cada una de estas modalidades en el ET en donde se establecen las particularidades de cada uno de ellos haciendo posible la diferenciación del CTFD frente a la contratación eventual y por obra o servicios determinados.

Frente a la permanencia o fijeza que caracteriza la relación laboral fija discontinua se contraponen la temporalidad de los trabajos eventuales o por obra o servicios.

Frente al carácter discontinuo y reiterado en el tiempo de la prestación de servicios de los TFD se contraponen la continuidad en la secuencia temporal o

³⁷ Vid. entre otros, Pedrajas Moreno A.: "Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo", op.cit., pág. 430; Cruz Villalón J.: "Breve panorama del régimen de trabajadores fijos discontinuos", op.cit., pág. 47; García Ortega J.: "Algunas consideraciones sobre la actual regulación del contrato fijo-discontinuo y propuestas para su reforma", Revista de Derecho Social n° 6, año 1999, pág. 243.

³⁸ Vid. Yanini Baeza J.: "La contratación para trabajos fijos discontinuos", op.cit., pág. 37 y jurisprudencia citada en las notas a pie n°40 a 45; González del Rey I.: "El contrato de trabajo a tiempo parcial", op.cit., pág. 286 y jurisprudencia citada en las notas a pie 30 a 32.

desarrollo de los trabajos eventuales³⁹ o por obra o servicios no sujeto a interrupciones cíclicas.

Frente al objeto del TFD de atender, de forma cíclica y reiterada en el tiempo necesidades normales y permanentes de la empresa se contraponen el carácter extraordinario y coyuntural o temporal objeto de los contratos eventual y del contrato por obra o servicios.

El contrato eventual opera cuando en la empresa tiene lugar una circunstancia muy concreta: un incremento de la producción provocado por hechos también concretos: una mayor demanda del mercado, una acumulación de tareas o un exceso de pedidos⁴⁰. Se está pues, ante una situación coyuntural, esporádica, extraordinaria que, aún tratándose de la actividad normal de la empresa, ésta no puede atender con su propio personal y por ello, requiere de la contratación de trabajadores que cubran esta necesidad temporal.

Por lo que respecta al contrato por obra o servicios éste tiene por objeto cubrir una concreta necesidad laboral de la empresa –una obra o un servicio– que se presenta con autonomía y sustantividad propia respecto de lo que es la actividad ordinaria de la empresa entendiéndose por autonomía la realización de la actividad de forma independiente a la que resulta ser la actividad de la empresa y por sustantividad la consecución de un resultado identificable respecto de la actividad empresarial⁴¹. Dicho en términos doctrinales “ha de

³⁹ Respecto a la polémica posibilidad excepcional de que el trabajo eventual pueda llevarse a cabo de forma intermitente en las actividades agrícolas vid. Ballester Pastor I.: “El contrato eventual por circunstancias de la producción con prestación laboral y retribución intermitente: el trabajador eventual a disposición o a la carta, un nuevo “invento” de la negociación colectiva”, *Aranzadi Social* paraf.66 (Presentación), publicado como recurso electrónico en la base de datos *westlawes* BIB 2000/1904, págs. 6–7. En este aspecto la autora, siguiendo el criterio mantenido por el STS de 17–12–2001 (RJ 2002, 2028) niega esta posibilidad al contrato eventual, puesto que la intermitencia está reservada para los trabajos fijos discontinuos. No obstante, reconoce la posibilidad de que se esté ante un contrato eventual intermitente cuando el contrato eventual sea a tiempo parcial y se preste servicios en determinados días. Vid. en: De la misma autora vid.: “La anulación del régimen del “trabajo a llamada” nacido vía convencional: una especie de híbrido entre el contrato eventual y fijo discontinuo que no respeta la naturaleza y el objeto de ninguna fórmula de contratación regulada en derecho, en especial, la del contrato eventual por acumulación de tareas”, *Aranzadi Social* paraf 85 (Presentación) recurso electrónico tomado de la base de datos *westlawes*, BIB 2002/71, págs.7–8.

⁴⁰ Esto es lo que Pérez Amorós calificaba como “anormalidad cuantitativa”. Vid. en: “Notas sobre la evolución del concepto del contrato de trabajo eventual en las disposiciones normativas y en la jurisprudencia” en la obra colectiva “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Iª Jornadas de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1984, págs. 212 y 217–219.

⁴¹ A pesar de la necesidad de que concurren las notas de autonomía y sustantividad para que se pueda suscribir contratos por obra o servicios la jurisprudencia entro a considerar otros factores cuando la contratación se llevaba a cabo por una Administración Pública. Y así, sucedía que existiendo actividades que podían calificarse dentro de la categoría de fijas discontinuas los

tratarse de una necesidad de la empresa que resulta ser «cualitativamente» distinta y constitutivamente no excepcional u ocasional”⁴²

A pesar de tales diferencias, en la práctica los supuestos en los que se pueden utilizar una u otras modalidades contractuales continúan sin quedar lo

tribunales no reconocieron dicho carácter por cuanto que valoraron otros criterios como fueron el de la disponibilidad presupuestaria que tuviese el organismo público contratante, la sujeción de la actividad pública a una programación anual, la competencia o no para asumir la actividad, la falta de aptitud profesional del trabajador cuando se inicia una nueva campaña, entre otros. En estos supuestos la jurisprudencia ha venido a considerar que la valoración de estos criterios hacen que la contratación perdiese el carácter de fijo discontinuo y se convirtiese en temporal. Vid. Cardenal Carro M. y Arias Domínguez A. “La contratación fija discontinua: diferencias y régimen básico”, Parte Segunda, p. VII de la obra colectiva “Los contratos de trabajo temporales”, op.cit., pág. 266 y sentencias citadas en relación a supuestos conflictivos como lo han sido las campañas de extinción de incendios forestales, trabajos en albergue juvenil en temporada estival, trabajo en guardería pública etc. Vid. también págs. 93 y 95–98. Esta línea jurisprudencial ya fue cuestionada por autores como Cruz Villalón, el cual entendía que, por ejemplo, la forma de consignación presupuestaria no debía ser utilizada como un criterio que excluyera o impidiera el reconocimiento de actividades fijas discontinuas cuando en ellas lo prevalente es la reiteración de la actividad, con independencia del posible condicionamiento económico que le sirviese de sustento, pues llegado el caso de que, en un período no se hubiesen presupuestado fondos para cubrir la actividad ello podría ser causa de despido, pero no para que la actividad, desde sus inicios, y atendiendo a la disponibilidad económica de los fondos perdiera su carácter de discontinuo y fuese considerada como temporal. Vid. en: “Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos”, op.cit., págs. 42–43. Yanini Baeza critica también esta doctrina manteniendo el carácter cíclico, intermitente y discontinuo de actividades como las de guardería infantil para los hijos de los trabajadores que presten servicios en campañas de recolección de frutos, monitora de ludoteca municipal, campañas de atención e información al ciudadano respecto a la declaración del IRPF etc. Vid. en: “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, op.cit., pág. 45. En doctrina jurisprudencial más reciente (SSTS 16–3–2002 RJ 2002, 5989; 25–11–2003 RJ 2003 9115) el TS reconoce que la financiación de servicios obligatorios no determina que el servicio sea temporal ni justifica por sí solo la realización de contratos anuales, aunque sea ésta la duración presupuestaria establecida para los mismos. Vid. citas de las SSTS en Tárrega Poveda J.: “El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial” op.cit. págs. 20–21 El criterio de la reiteración en la actividad, y por consiguiente de la necesidad de contratación de los trabajadores, es el que viene a utilizar el TSJ de Cataluña para cambiar la doctrina que mantenía, según la cual la programación anual de las actividades (docentes de formación ocupacional) y su dotación presupuestaria anual determinaba el carácter temporal de la contratación, aún cuando los trabajadores fuesen reiteradamente contratados. Vid comentario de esta sentencia en García Gil B.: “¿Contrato de trabajo para obra o servicio determinado o contrato de trabajo fijo discontinuo?: Trabajadores que prestan servicios de docencia en Centros de Innovación y Formación Ocupacional”, Aranzadi Social paraf. 31/2008 (Presentación), recurso electrónico incluido en la base de datos westlawes, BIB 2008/1624, págs 3–4. Vid. una selección de Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que reconocen la condición de trabajadores fijos discontinuos atendiendo al criterio de la reiteración en Tárrega Poveda J.: “El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial” op.cit., págs.22.

⁴² Vid. Fernández Márquez O.: “El objeto del contrato de trabajo para obra o servicio: última jurisprudencia y nuevas perspectivas a la luz de la reforma de 1994” Revista de Relaciones Laborales T. I, año 1997, pág. 573.

suficientemente claros, muy en particular, cuando en la empresa, por el tipo de actividad que desarrolla, confluye la cobertura de necesidades temporales de carácter coyuntural o extraordinario como de necesidades permanentes de ejecución cíclica.

Esta complejidad es puesta de manifiesto por el TS al reconocer que la diferencia existente entre los CTFD respecto del contrato eventual o por obra o servicio está separada “por una línea divisoria sutil”⁴³. Si a ello se le une la, en no pocas ocasiones, interpretación extensiva que la negociación colectiva ha realizado de las facultades otorgadas por el legislador respecto de cada una de estas modalidades contractuales el resultado es que, hoy por hoy, continua esta problemática. Prueba de ello es la intensidad con la que se sigue conociendo en sede judicial y de la que da cuenta, a título de ejemplo, la STSJ de Cantabria que se comenta.

3. LOS ASPECTOS ANALIZADOS POR EL TSJ DE CANTABRIA EN LA DETERMINACIÓN DEL VÍNCULO CONTRACTUAL

La STSJ de Cantabria viene a cuestionar la naturaleza jurídica del vínculo laboral – si es temporal o indefinida discontinua– que, realmente, une a la trabajadora con el INE cuando éste se ha venido llevando a cabo entre los años 2003 y 2008 (y de forma sucesiva desde el 2005) mediante distintos contratos temporales (eventuales o por obra o servicios).

Para poder aclarar la cuestión conviene centrarse en tres aspectos fundamentales que van a ser tratados por el TSJ de Cantabria para poder emitir su pronunciamiento a favor de la vinculación indefinida discontinua de la trabajadora y que podemos sintetizar en los siguientes: el objeto real de los contratos celebrados, el carácter de la actividad que se cubre con la prestación de servicios de la trabajadora y el papel de la negociación colectiva centrado, en este caso, en la determinación del vínculo contractual adecuado.

a.–El objeto de la contratación: constituye un elemento de análisis necesario en orden a determinar la naturaleza de la relación laboral –temporal o indefinida discontinua– que la trabajadora tiene con la empresa. Su concreción no atiende a la denominación que hayan utilizado las partes en la formalización del vínculo sino que se ha de atender a la naturaleza de la prestación laboral⁴⁴.

⁴³ Vid. STS 8–11–2005 (RJ 2006, 1301) y que cita la STSJ de Cantabria de 17–3–2009 comentada.

⁴⁴ Vid. Ballester Pastor I.: “El contrato eventual por circunstancias de la producción con prestación laboral y retribución intermitente: el trabajador eventual a disposición o a la carta, un nuevo “invento” de la negociación colectiva”, *op.cit.*, pág. 8.

Teniendo en cuenta que se trata de un supuesto en donde la trabajadora ha suscrito, con carácter sucesivo, diferentes contrataciones con el INE el TSJ no se limita al análisis de la última contratación realizada sino que va a tomar en consideración la secuencia contractual íntegra para poder apreciar la validez o no de la vinculación laboral⁴⁵. Ello permitirá conocer si ha existido o no una relación contractual fraudulenta y, de ser éste último el caso, a partir de qué momento se puede considerar existente el fraude de ley, situación que vinculará a las posteriores contrataciones temporales, en el supuesto que existiesen⁴⁶.

Es sabido que la condición de trabajador fijo discontinuo no sólo es accesible a través de la contratación inicial bajo esta modalidad, sino que también puede accederse a ella cuando inicialmente se hubiesen formalizado relaciones eventuales para cubrir en el período de actividad discontinua de la empresa situaciones extraordinarias, las cuales con posterioridad se hubieran consolidado como normales o habituales en los sucesivos ciclos de actividad.

En el caso de autos la trabajadora no se encuentra en ninguno de estos dos supuestos. El primero resulta obvio, dada la sucesión de contrataciones temporales y el objeto de este litigio – el reconocimiento de la trabajadora como indefinida discontinua–.

Respecto del segundo y entrando a valorar el objeto de los diferentes contratos se observa que todos ellos han sido suscritos para cubrir un trabajo ordinario y permanente de la empresa (realización de encuestas) que se desarrolla con carácter cíclico (encuestas de periodicidad anual o bianual según el Plan Estadístico Nacional) resultando previsible el volumen de trabajo a emplear. Y ha sido esa misma necesidad de la empresa la que ha estado presente en la sucesión de contratos realizada a la trabajadora, en la que además, ha sido cubierta utilizando indistintamente dos modalidades de contratación: el contrato eventual y el contrato por obra o servicios.

No se trata, pues, de una situación coyuntural o extraordinaria que requiera que la empresa incremente temporalmente el volumen de empleo en un determinado momento sino que se está ante una necesidad permanente y que se

⁴⁵ En ese sentido el TSJ de Cantabria reiterando pronunciamientos anteriores de fecha 6-2-2008 y 18-12-2008 sostiene que: "para poder apreciar si un trabajador es acreedor de tal condición –se refiere a TFD–, cuando no es inicialmente atribuida, es lógico tomar una cierta perspectiva de varios años para discernir así si una serie de contrataciones formalizadas bajo otras modalidades responden realmente a necesidades de carácter permanente y cíclico, y por tanto, si dichas contrataciones pueden ser consideradas fraudulentas o abusivas".

⁴⁶ Vid. STS 22-4-2007 (RJ 2002, 7796). En el mismo sentido y con apoyo en pronunciamientos del TS de fecha anterior a ésta vid. Cardenal Carro M. y Arias Domínguez A. "La contratación fija discontinua: diferencias y régimen básico", Parte Segunda, p. VII de la obra colectiva "Los contratos de trabajo temporales", op.cit., pág. 261.

repite de forma periódica, por lo que el objeto del contrato eventual no se cumple. Tampoco se está ante una prestación de servicios dotada de autonomía respecto de la actividad de la empresa, puesto que la realización de encuestas forma parte de la actividad ordinaria y normal del INE.

Por lo tanto, existiendo una contratación fraudulenta la relación laboral de la trabajadora, en base al art. 15.3 ET, se considera indefinida. Y dicho carácter se hará extensible a toda la relación laboral existente desde su inicio ya que según la STSJ de Cantabria “la irregularidad padecida por un contrato temporal que inicia la serie de los concertados ente la empresa y el trabajador produce la indefinición del contrato, desde su origen, con la consecuencia natural de nulidad de todos los contratos temporales celebrados con posterioridad”⁴⁷.

Pero obsérvese que la relación de la trabajadora se considera indefinida discontinua y no fija discontinua. Esta distinción es relevante dado el carácter de Administración Pública del INE, lo cual significa que en, el ámbito de la Función Pública, no se da la identidad existente en el sector privado entre personal fijo e indefinido⁴⁸. Por lo tanto, la relación de la trabajadora con el INE se mantiene sin someterse a un término (esto es lo que en sede doctrinal se calificado como una situación de «interinidad indefinida» y en sede judicial de « discontinuos en calidad de interinos»)⁴⁹ pero ni adquiere fijeza, ni va a ver transformada en administrativa su vinculación laboral con la empresa. Por el contrario, la trabajadora permanecerá vinculada a la misma manteniendo la naturaleza laboral de su relación hasta tanto se lleve a cabo el procedimiento reglamentario para la cobertura de dicho puesto de trabajo conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que han de ser respetados cuando del acceso a puestos de trabajo en la Administración se trata⁵⁰.

b.– La reiteración cíclica de la actividad como criterio delimitador de los TFD frente a la contratación temporal: el carácter de la actividad que se cubre con la prestación de servicios de la trabajadora constituye otro de los elementos a tener en cuenta, esta vez para determinar el carácter continuo o discontinuo de la prestación de servicios. En el caso debatido la trabajadora presta servicios para cubrir una necesidad del INE de carácter cíclico y permanente (realización

⁴⁷ Vid. el apoyo de esta argumentación del Tsj de Cantabria en las SSTs 30–5–2007 (RJ 2007, 6113); 27–2–2007 (RJ 2007,3829).

⁴⁸ Vid. esta doctrina del TS en la STS 7–10–1996 (RJ 1996, 7492); 10–12–1996 (RJ 1996, 9139)

⁴⁹ Vid. Molero Marañón M.L.: “Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. nota a pie nº 20; STSJ de Navarra de 22–6–1998 AS 2533 citada por Tárrega Poveda J.” El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial”, op.cit., pág. 21.

⁵⁰ Vid. Quintanilla Navarro R.: “Regulaciones sectoriales”. Parte Sexta de la obra colectiva “Los contratos temporales”, op.cit., págs. 507 y 512 y jurisprudencia citada.

de encuestas del Plan Estadístico Nacional para el período 2005–2008), es decir, reiterada en el tiempo. Por consiguiente, y siguiendo la doctrina del TS “cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por períodos limitados”⁵¹.

c.– El concreto papel de la negociación colectiva en la determinación del vínculo contractual adecuado: este es otro de los aspectos a tener en cuenta en el análisis de la STSJ de Cantabria, ya que la sucesión de contratos temporales realizados a la trabajadora y decidida por el INE tiene su base en acuerdos colectivos previos para contratar a personal temporal por circunstancias de la producción para elaborar las encuestas contempladas en el Plan Estadístico Nacional. En base a estos acuerdos el INE ha cubierto con contrataciones temporales un déficit de plantilla. Por lo que la cuestión a considerar es si con estos acuerdos ha existido una extralimitación en las funciones otorgadas por el legislador a la negociación colectiva respecto de los contratos eventuales, por obra o servicio y fijos discontinuos –art. 15.1 letras a) y b) del ET– en relación con los arts. 2 y 3 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre –y art. 15.8 ET–.

En el contrato por obra o servicio la tarea asignada al convenio colectivo, en ese aspecto, se ciñe a la identificación de aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa en los que puede utilizarse esta modalidad contractual (art. 15.1.a ET y art. 2 RD 2720/1998). En relación con el contrato eventual las funciones delegadas por el legislador al convenio colectivo (art. 15.1.b ET y art. 3 del RD 2720/1998) se refieren a la determinación de las actividades en las que puede realizarse la contratación eventual.

En ambos casos las funciones del convenio se limitan a señalar o a establecer de entre todas las actividades normales que realice la empresa cuáles pueden desarrollarse bajo una u otra modalidad contractual. Con ello se consigue, por un lado limitar la posibilidad del empresario de utilizar de forma indiscriminada y fraudulenta la contratación temporal y, por otra, clarificar aquellas tareas o trabajos que pudieran resultar confusos o controvertidos, pero siempre desde el respeto al régimen jurídico establecido en el ET, puesto que el ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva –art. 37.1 de la Constitución– ha de desarrollarse “con respeto a las leyes”⁵². De ahí que el convenio no pueda ser un instrumento que altere, ni los supuestos previstos

⁵¹ Vid. SSTS 23–10–1995 (RJ 1995, 7867); 26–5–1997 (RJ 1997, 4426); 25–2–1998 (RJ 1998,2210); 23–6–1998 (RJ 1998, 5483); 5–7–1999 (RJ 1999,6443) citadas todas por la STSJ de Cantabria objeto de este comentario.

⁵² Vid. Cardenal Carro M. y Arias Domínguez A. “La contratación fija discontinua: diferencias y régimen básico”, Parte Segunda, p. VII de la obra colectiva “Los contratos de trabajo temporales”, op.cit., pág. 263 y jurisprudencia citada en relación con págs. 112 y 145–146.

estatutariamente para la contratación temporal, ni sus requisitos. En el caso de que ello se produjera (reconocimiento de actividades que pueden ser objeto de contratos por obra o servicios cuando se tratan de actividades fijas discontinuas) el acuerdo no resultaría vinculante ni impediría el control jurisdiccional que recondujera el contrato hacia la legalidad⁵³. No obstante lo anterior, en la práctica, se puede dar cuenta de los excesos reguladores cometidos en las cláusulas de algunos convenios colectivos en las que se viene a reconocer la contratación por obras o servicios para cubrir campañas de incremento de actividades cíclicas que se reiteran anualmente en las mismas fechas (por ejemplo en el sector del comercio en las fechas de Navidad y rebajas)⁵⁴. En otras ocasiones la extensión funcional de los convenios, por una errónea interpretación de los preceptos legales, ha llegado a la creación de modalidades contractuales contrarias a lo dispuesto en el ET. Tal sería el caso del denominado trabajo eventual a llamada o trabajo eventual discontinuo, esto es una modalidad presente en cláusulas convencionales por la que se permite la contratación eventual. Su peculiaridad consiste en que el trabajador no va a prestar servicios de manera continua todo el tiempo de vigencia del contrato sino que el trabajador será llamado por el empresario cuando éste lo necesite, siendo retribuido el trabajador, exclusivamente, los días en que preste servicios a la empresa⁵⁵. De ahí que el TS lo califique de "una especie de híbrido de contrato eventual, a tiempo parcial, para satisfacer trabajos fijos-discontinuos que no respeta los límites de cada uno de ellos, constituyéndose en un medio por el que el empleador puede contar con los servicios de un trabajador"⁵⁶.

Este exceso en las funciones reconocidas por la Ley a la negociación colectiva es lo que ha sucedido con los acuerdos firmados entre los sindicatos y el INE, en los que, para cubrir la necesidad permanente de personal que tiene el INE para poder dar cumplimiento al Plan Estadístico Nacional 2005-2008, se recurre a la contratación temporal. De ahí que el TSJ de Cantabria haya considerado que el acuerdo colectivo ha vulnerado la normativa laboral básica y que, por lo tanto, su existencia no impide el reconocimiento de la relación laboral de la trabajadora como indefinida.

⁵³ Vid. García Gil B.: "¿Contrato de trabajo para obra o servicio determinado o contrato de trabajo fijo discontinuo?: trabajadores que prestan servicios de docencia en Centros de Innovación y Formación Ocupacional", op.cit., pág. 2

⁵⁴ Yanini Baeza J.: "La contratación para trabajos fijos discontinuos", op.cit., pág. 46.

⁵⁵ Vid. Ballester Pastor I.: "El contrato eventual por circunstancias de la producción con prestación laboral y retribución intermitente: el trabajo eventual a disposición o a la carta, un nuevo "invento" de la negociación colectiva", op.cit., pág. 3.

⁵⁶ Vid. Cabeza Pereiro J.: "La perspectiva del tiempo parcial y del trabajo fijo discontinuo", Aranzadi Social paraf. 84 (Presentación), recurso electrónico incluido en la base de datos westlawes BIB 2002/70 comentando la STS 17-12-2001 (RJ 2002,2028), pág. 2.

Finalmente y, aunque la STSJ Cantabria no entra en este punto por no ser materia objeto del litigio, si creemos conveniente entrar a comentar el papel de la negociación colectiva reconocido en el art. 15.8 ET –en este aspecto concreto que se está comentando– para así poder tener una visión más completa sobre este tema.

El art. 15.8 del ET autoriza a la negociación colectiva para que sea ésta la que determine los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos discontinuos. Esta facultad no es nueva, pues ya en anteriores regulaciones sectoriales se incorporaban cláusulas en las que los trabajadores con contratos temporales adquirirían la condición de fijos discontinuos si cumplían los criterios que en ellas se establecían (por ejemplo, la vinculación en la empresa durante un número de años, o la reiteración de contratos eventuales durante un determinado período de tiempo)⁵⁷.

En la actualidad, esta facultad concreta de la negociación colectiva del art. 15.8 del ET ha de ser interpretada en un doble sentido:

a) por un lado el legislador permite que sea el convenio colectivo el que haya de decidir, en función de esos criterios, a partir de qué momento un trabajador con contrato temporal pasa a adquirir la condición de fijo discontinuo. Se establece así, por vía convencional, un derecho de preferencia ejercitable por el trabajador cuando se cumplan los factores determinantes del citado derecho⁵⁸.

b) No obstante lo anterior, habrá que tener presente otra situación que sería la del trabajador con contrato temporal que adquiere la condición de fijo discontinuo no porque haya sido reiteradamente contratado de forma temporal por la empresa sino cuando la prestación de servicios que desarrolla adquiera las notas que particularizan a los trabajos fijos discontinuos. En este supuesto, la facultad atribuida al convenio colectivo conecta con las ya comentadas relativas a los contratos eventuales y por obra o servicios, pues, partiendo de estas funciones colectivas y, una vez delimitadas o identificadas las actividades para las que resulta factible la contratación temporal, los convenios colectivos podrán actuar a modo de filtro o límite a la contratación temporal abusiva intentando evitar situaciones fraudulentas que se producirían con la reiteración de

⁵⁷ Vid. Ríos Salmerón B. "La contratación de trabajadores fijos discontinuos", op.cit., págs.61–64; Tárraga Poveda J. "Los fijos discontinuos y el Derecho del trabajo", op.cit., págs. 55–56. En la actualidad vid. Ballester Pastor I.: "Avances y defectos en el control del uso fraudulento del contrato eventual por acumulación de tareas. El importante papel del juzgador y el panorama actual tras una incipiente, pero creciente, intervención del regulador convencional: los nuevos retos planteados", Aranzadi Social nº 16/2004, recurso electrónico obtenido de la base de datos westlawes, BIB 2004/1824, pág. 14.

⁵⁸ Vid. Yanini Baeza J.: "La contratación para trabajos fijos discontinuos", op.cit., págs. 68–70.

contrataciones temporales que vienen a cubrir necesidades permanentes o que devienen permanentes en la empresa. De lo que se trataría aquí es de que la negociación colectiva actúe a modo de control en el cumplimiento del principio de causalidad estableciendo los criterios necesarios para identificar los supuestos de contrataciones temporales que, cumpliendo la legalidad causal inicial –por cubrir una necesidad temporal de la empresa– dicha necesidad se convierta en permanente y reiterada en el tiempo y, en consecuencia, ya no resulte de aplicación la contratación temporal sino la fija discontinua⁵⁹. En consecuencia, la misión del convenio colectivo en este supuesto no se debe reducir al establecimiento de parámetros temporales para la sucesión de contratos –temporales– durante un determinado período de tiempo y que, una vez cumplidos, erróneamente reconocen al trabajador la condición de fijo discontinuo, pues ello desvirtuaría la propia figura del fijo discontinuo, ya que si el trabajador ha sido sucesivamente contratado con contratos temporales para cubrir una necesidad que, desde un principio es permanente y cíclica o intermitente en la empresa, dicho trabajador no va a adquirir la condición de fijo discontinuo por el cumplimiento de los criterios convencionales. Es que ese trabajador ya tiene, desde el inicio de la contratación tal carácter. Lo que vendría aquí a hacer la negociación colectiva sería admitir contrataciones fraudulentas al empresario negando o, en su caso, retrasando dicha condición al trabajador⁶⁰.

⁵⁹ Particularmente interesante por lo que aquí respecta es lo que se contienen en algunas cláusulas convencionales como, por ejemplo, en el convenio colectivo de la unión de explosivos y empresas del grupo en donde se recoge –como misión de la Comisión paritaria del convenio– analizar en cada caso la modalidad contractual que mejor se adecue a las necesidades del puesto para preservar el cumplimiento del principio de causalidad. vid. cita del convenio en Ballester Pastor I.: “Avances y defectos en el control del uso fraudulento del contrato eventual por acumulación de tareas. El importante papel del juzgador y el panorama actual tras una incipiente, pero creciente, intervención del regulador convencional: los nuevos retos planteados”, op.cit., pág. 22.

⁶⁰ Vid. Ballester Pastor I.: “La anulación del régimen del “trabajo a llamada” nacido vía convencional: una especie de híbrido entre el contrato eventual y fijo discontinuo que no respeta la naturaleza y el objeto de ninguna fórmula de contratación regulada en derecho, en especial, la del contrato eventual por acumulación de tareas”, Aranzadi Social paraf 85 (Presentación) recurso electrónico tomado de la base de datos westlawes, BIB 2002/71, pág. 4; del mismo autor.” El contrato eventual por circunstancias de la producción con prestación laboral y retribución intermitente: el trabajo eventual a disposición o a la carta, un nuevo “invento” de la negociación colectiva”, op.cit., pág. 7; “Avances y defectos en el control del uso fraudulento del contrato eventual por acumulación de tareas. El importante papel del juzgador y el panorama actual tras una incipiente, pero creciente, intervención del regulador convencional: los nuevos retos planteados”, Aranzadi Social n° 16/2004, recurso electrónico obtenido de la base de datos westlawes, BIB 2004/1824, pág. 14.

**SUBROGACIÓN EMPRESARIAL DE UN
TRABAJADOR AUTÓNOMO Y PRESTACIÓN
POR DESEMPLEO EN PAGO ÚNICO**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia en Andalucía,
Sala de lo Social, de 9 de julio de 2009*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO*

SUPUESTO DE HECHO: El actor presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Córdoba contra el INEM, por la negativa de esta entidad a conceder la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, mediante resolución de 14 de junio de 2007. Dicha demanda fue admitida a trámite por el mencionado juzgado, que dictó sentencia a favor del trabajador el 14 de abril de 2008, y siendo dicha sentencia recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de Empleo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

En la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Córdoba quedan probados los siguientes hechos: En primer lugar, que el actor fue despedido el 27 de diciembre de 2006 de la empresa Enrique Zafra González, S. L., por causas objetivas, motivadas en el cierre de la empresa debido a la mala situación económica de la misma. Una vez la empresa estuvo cerrada y el actor se encontraba en situación legal de desempleo, éste acuerda alquilar a u antiguo empleador la nave y la maquinaria con el fin explotar el negocio como trabajador autónomo, de tal modo que el 1 de enero de 2007 se constituye como empresa, subrogando el contrato de uno de sus antiguos compañeros, y dándose de alta en el RETA el 3 de enero de 2007.

* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Licenciado en Ciencias del Trabajo y doctorando del Programa Investigación y Marketing de la Universidad de Málaga, respectivamente.

El propio Instituto Nacional de Empleo reconoce que el actor cumple los requisitos pertinentes para percibir la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, pero considera que el fin para el que lo solicita el actor difiere de los fines propios del programa de fomento de empleo en el cual se ampara.

RESUMEN: El INEM se alza en suplicación frente a sentencia del Juzgado de lo Social nº2 de Córdoba que declaró el derecho del trabajador a percibir prestación de desempleo en su modalidad de pago único; prestación que le fue denegada previamente por dicha entidad gestora. Alega dicha Administración que existe fraude de ley pues se trata de una empresa que cierra como consecuencia de la escasez de trabajo y, por tanto, no puede ejercerse la misma actividad empresarial. Por ello insiste en que los fines que establece la Ley 45/2002 para otorgar dicha prestación no concurren en este caso.

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso al no apreciar la existencia de tal fraude en el hecho que el trabajador, una vez que se extingue su contrato de trabajo por cierre de la empresa debido a causas económicas, pretenda seguir ejerciendo como autónomo la misma actividad, pues se trata de una actividad que conoce y que ha venido ejerciendo hasta ese momento. Además, el Tribunal resta importancia a que dicha actividad se vaya a realizar en las mismas instalaciones y con los mismos medios materiales e incluso personales que se utilizaban antes del cierre de la antigua empresa matriz, pues considera el Tribunal que al fin y al cabo el trabajador autónomo inicia una actividad empresarial y asume el riesgo, como cualquier emprendedor, arriesgando el importe de la prestaciones de desempleo que legítimamente le corresponden, con el fin de mantener su empleo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. NORMATIVA REGULADORA DE LA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO EN SU MODALIDAD DE PAGO ÚNICO
3. REQUISITOS DE ACCESO Y OTRAS NOTAS PRELIMINARES
4. EN ESPECIAL SOBRE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN SU MODALIDAD DE PAGO ÚNICO ANTE UNA SITUACIÓN DE SUBROGACIÓN EMPRESARIAL

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo se ha convertido en el medio de acceso que tiene la persona para formar parte de la sociedad, convirtiéndose el desempleo, en sus diversas manifestaciones de larga duración, en el factor detonante de la exclusión social. Pero además, y alejándonos del ámbito de los derechos y el bienestar de las personas

como tal, el desempleo se ha convertido en la principal amenaza del crecimiento económico de los estados modernos, que ven impotentes como las teorías neoliberales del sistema capitalista se muestran ineficientes e ineficaces a tal respecto. Con la actual crisis económica esta problemática se ha acentuado hasta encandilarnos con niveles insólitos de cifras de desempleados, aunque no es menos cierto que la población activa en la actualidad es muy superior a la de crisis del pasado, y con una caída considerable en las cifras de creación de empresas, a la par de un aumento de la desaparición de empresas ya existentes aunque no consolidadas. Estos hechos han posibilitado que el tema del desempleo y de la creación de empresas, especialmente del autoempleo, haya tomado los titulares de la palestra social y política.

Sin embargo, el desempleo es un problema que viene preocupando desde antiguo a los Estados y, de hecho, tal preocupación la tomo como propia la Unión Europea. Por ello, dentro de las distintas fórmulas estudiadas para el aumento del empleo, a las que más importancia se les está dando son las referidas al desarrollo del espíritu empresarial. Las directrices comunitarias convergen en la idea de incentivar la creación de empresas y, en particular, hacia el autoempleo individual o social. El desarrollo del “espíritu empresarial”, de acuerdo con la Comisión Europea, conlleva la adopción de una serie de medidas o instrumentos para conseguir un clima favorable a la creación y permanencia de las empresas. Evidentemente, para establecer un entorno favorable a la creación de empresas, si se quieren crear condiciones óptimas para el ejercicio empresarial han de eliminarse “todas las barreras y obstáculos que impidan la creación de empresas o que disuadan a los ciudadanos para crearlas”¹. Es en este orden de ideas donde ha de insertarse la sentencia que se comenta.

La Sentencia 2672/2009, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 9 de julio de 2009, viene a juzgar sobre un asunto de enorme importancia, especialmente en la actualidad, puesto que son muchos los planes de fomento del empleo que apuestan por apoyar el carácter emprendedor del desempleado ante la incapacidad del mercado de trabajo para reducir el volumen de demandantes de empleo. En esta sentencia, el Tribunal se encarga de eliminar una de esas barreras invisibles que coartan la actividad de los trabajadores cuando se deciden a convertirse en sus propios empleadores después de haber sido despedidos por la falta de trabajo en las empresas donde trabajaban como asalariados. Con ella, se matiza sobre un aspecto fundamental en los tiempos que corren: la continuidad de la actividad de una empresa cerrada como consecuencia de la crisis económica por mano de su antiguo asalariado, ahora como trabajador

¹ En Álvarez Cortés, JC, “Medidas de creación de empleo”, pág. 390-391, en AAVV, *Lecciones de Derecho del Empleo*, Dir. Rodríguez-Piñero Royo, Tecnos, Madrid, 2006.

autónomo, y el derecho de éste a percibir la prestación de desempleo, que le corresponde tras su despido objetivo, en la modalidad de pago único para invertirla en su negocio. Se equipara con ello al trabajador autónomo con los socios de cooperativas y sociedades laborales en cuanto a la percepción de dicha prestación y se protege, de este modo, la esencia que dio lugar a la economía social en España: la asunción de las empresas en crisis por los trabajadores.

El pago único es una herramienta utilizada en el abono de la prestación por desempleo como medida de fomento del autoempleo, siempre que lo establezca algún programa de fomento del empleo. A ello se refiere el artículo 228.3 de la Ley General de Seguridad Social, donde se indica que la Entidad Gestora “*podrá abonar de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente por percibir.*”

La importancia de esta modalidad de pago en la prestación por desempleo, encuadrada dentro de las denominadas medidas de fomento del empleo, en este caso, autoempleo, puede apreciarse en el resultado de distintos estudios económicos. De hecho, apoyándose en cifras concretas, se ha dicho y probado que “*el pago único de prestación por desempleo es la ayuda que manifiestamente contribuye de forma generalizada a la financiación inicial de las empresas cooperativas en aquellos colectivos que provienen de un cierre de empresa o del trabajo por cuenta ajena.*”² Una postura que ha afirmado recientemente el legislador en el Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales, cuando señala que “*en la mayoría de las empresas creadas por los trabajadores, es decir, cooperativas y sociedades laborales, han contado para su creación y crecimiento de forma preeminente con el capital procedente de la medida de abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único.*”

Es importante recordar que se trata esta forma de pago de una excepción dentro del ordenamiento jurídico español, ya que “*la única similitud que se encuentra en el sistema de protección de la Seguridad Social es el derecho a solicitar el pago a tanto alzado de la pensión por incapacidad permanente total.*”³ Observación importante, pero no novedosa, puesto que fue señalada en su día por la doctrina.⁴

² Así lo indican Coll Serrano, V.; Cuñat Giménez, R.; *Análisis de los factores que influyen en el proceso de creación de una cooperativa de trabajo asociado*. REVERSCO. Revista de Estudios Cooperativos, primer cuatrimestre, número 088, 2006, pp. 128–161

³ Para una mejor conocimiento respecto a la normativa concerniente al trabajador autónomo, puede verse: Cañal Ruiz, J.M.; Rubio De Medina, M.D.; *El pago único de la prestación por desempleo: régimen jurídico y novedades introducidas por la Ley 45/2002*. Temas Laborales, 2003, n° 68, pp. 108–109.

⁴ Como lo hizo López Gandía, J.; *El nuevo régimen jurídico de las prestaciones por desempleo*. Relaciones Laborales, 1985–II, pág. 415.

La norma que regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único es el RD 1044/1985, de 19 de junio, donde se dice que quienes tengan derecho a prestación por desempleo tras haber cesado de forma definitiva su relación laboral y vayan a incorporarse como socios a una cooperativa de trabajo asociado o sociedad laboral, así como aquellos que pretendan darse de alta como autónomos y tengan una minusvalía superior al 33%, podrán optar a la modalidad de pago único. Es importante señalar que respecto a los trabajadores autónomos la normativa ha ido variando a lo largo del tiempo.⁵ A día de hoy es la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, vigente en la actualidad, y el Real Decreto 1413/2005⁶, de 25 de noviembre, que modifica en parte la anterior ley, la normativa que regula la prestación por desempleo en su modalidad de pago único. Ley esta muy criticada por lo restrictivo de su contenido que viene a limitar el pago único y a contradecir los principios y fines del originario RD 1044/1985, aún vigente en parte.

⁵ El Real Decreto 1044/1985 permite el pago único para quienes pretendan realizar una actividad como trabajadores autónomos siempre que tengan una minusvalía igual o superior al 33%. Sin embargo, la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento de empleo y protección por desempleo, en su Disposición Adicional Segunda, suprime esta posibilidad cerrando el campo de aplicación únicamente a quienes vayan a entrar a formar parte como socios de cooperativas de trabajo asociado o de sociedades laborales. Con la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se permite nuevamente la capitalización para aquellos desempleados que pretendan realizar actividad como autónomos y acrediten una minusvalía igual o superior al 33%. Más adelante, el Real Decreto 45/2002, vuelve a permitir la capitalización del desempleo para quienes quieran constituirse como autónomos, aun no siendo minusválidos, pero únicamente para subvencionar la cotización a la Seguridad Social. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, permite a estos trabajadores obtener el 20% de la prestación pendiente para subvencionar el inicio de la actividad y el 80% restante para financiar las cuotas a la Seguridad social, excepto para los minusválidos a quienes no se les aplicará. Por último, Real Decreto 1413/2005, de 25 de noviembre, por el que se modifica la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, amplía estos porcentajes situándolos en un 40 y 60% respectivamente. En la actualidad el reciente aprobado Estatuto del Trabajador Autónomo en su Disposición adicional novena, recoge el compromiso del Gobierno a en el plazo de un año elaborar un estudio sobre la evolución de la medida de pago único y, si el resultado es favorable, ampliará los porcentajes actuales de capitalización destinados a financiar la inversión.

⁶ Ley esta muy criticada por lo restrictivo de su contenido que viene a limitar el pago único y a contradecir los principios y fines del originario RD 1044/1985, aún vigente en parte, y que ha sido tratada de manera más profunda y concisa en el n° 95 de esta misma publicación: Álvarez Cortés, JC y Plaza Angulo, JJ en *“El desempleo en su modalidad de pago único como ayuda a nuevos emprendedores”*, Temas Laborales, n° 95, p. 287.

2. NORMATIVA REGULADORA DE LA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO EN SU MODALIDAD DE PAGO ÚNICO COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO

La Constitución, en su artículo 40.1 establece la obligación de los poderes públicos de *“promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica”*, y especifica, además, que *“realizarán una política orientada al pleno empleo”*. En la actualidad en nuestro país el número de desempleados se ha incrementado de forma alarmante como consecuencia de la actual crisis económica. Este aumento del desempleo ha puesto freno a la importante reducción conseguida en la última década; una reducción que se produjo en un contexto de incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de crecimiento de la población activa en general. Ante esta situación, de paro creciente y consolidación en el tiempo de las tasas de desempleo, y visto que el trabajo por cuenta ajena no es capaz de absorber completamente las demandas de trabajo de la población activa, las administraciones públicas intentan fomentar el autoempleo en cualquiera de sus distintas vertientes. Aunque esta política se lleva desarrollando bastante tiempo, es hoy cuando ocupa un mayor interés y protagonismo debido a la inutilidad del mercado para generar puestos de trabajo como consecuencia del bloqueo económico actual. De tal modo que es imprescindible el fomento de la creación de empresas y para ello la mejor forma es mediante el fomento Economía Social. Es decir, mediante la creación de sociedades cooperativas, de sociedades laborales, la inclusión como socio trabajador en cualquiera de las ya existentes e incluso el trabajo autónomo.

En 1985, con el Real Decreto 1044/85, de 19 de junio, se posibilitó por primera vez la prestación por desempleo en su modalidad de pago único como medida de fomento del empleo. Esta herramienta se ha convertido en la base sobre la que distintas iniciativas profesionales y empresariales han contribuido a la creación de empleo estable, pues se ha constituido como una de las principales vías de financiación de las nuevas empresas de Economía Social, teniendo como fin último y primordial, la búsqueda de la creación de empleo. Tales medidas de fomento del autoempleo encuentran respaldo legal en el artículo 129.2 de la Constitución, donde se dispone que los poderes públicos habrán de promover las formas de participación en la empresa, especialmente las cooperativas, así como que se *“establecerán los medios que facilite el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”*.

El Real Decreto 1044/1985 fue consecuencia, de otro lado, de las bases sentadas en el art. 23.3 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, que rezaba: *“Cuando así lo establezca un programa de fomento de*

empleo, la Entidad Gestora podrá abonar de una sola vez el valor actual del importe de la prestación de nivel contributivo, correspondiente al periodo a que tenga derecho el trabajador en función de las cotizaciones efectuadas". Similar redacción tiene el art. 228.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994.

Consecuencia de la crisis económica de los 90, con sus altas tasas de desempleo y un gran desequilibrio financiero en el sistema de protección por desempleo, es la Ley 22/1992 de medidas urgentes sobre fomento de empleo y protección por desempleo. En su Disposición Adicional Segunda, se suprime esta modalidad de cobro del desempleo para todos aquellos colectivos que no pretendían formar parte de cooperativa o sociedad laboral.⁷ Más adelante, en 1998, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, viene de nuevo a permitir esta modalidad para los trabajadores que pretendieran darse de alta como autónomos, siempre que acreditaran además una minusvalía igual o superior al 33 por 100.⁸

El año 2002 se constituye como de especial relevancia. Por un lado, se aprueba el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma de la protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, que modifica lo establecido en el artículo 228.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Con esto se especifica que cuando lo recoja algún programa de fomento del empleo, la Entidad Gestora podrá conceder la prestación de desempleo en un único pago por la cantidad que le corresponda en su cuantía "*total o parcial*". Además, el RD 5/2002, de 24 de mayo, vuelve a permitir que los trabajadores que pretendan constituirse en autónomos accedan al mismo pero para subvencionar las cotizaciones de la Seguridad Social.

Ese mismo año, se dicta la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, vigente en la actualidad, que deroga al Real Decreto 5/2002, de 24 de mayo. Esta Ley, en su Disposición Transitoria Cuarta, se encarga de dar cuerpo a este derecho en el que nos centraremos más abajo. Si bien es cierto, que la misma ha sido modificada en parte, aunque manteniéndola en su mayoría, por el Real Decreto 1413/2005, de 25 de noviembre, por el que se modifica la disposición

⁷ Martín López, S.; Lejarriaga Pérez de las Vacas, G.; Iturrioz Del Campo, J.; *Causística de acceso a la actualización de la prestación por desempleo: bases para un modelo de decisión*. CIRIEC-España nº 52/2005, pp. 307-334.

⁸ Para una mayor información respecto a la normativa concerniente al trabajador autónomo, puede verse: Cañal Ruiz, J.M.; Rubio De Medina, M.D.; *El pago único de la prestación por desempleo: régimen jurídico y novedades introducidas por la Ley 45/2002*. Temas Laborales, 2003, nº 68, pp. 108-109.

transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.⁹

La última reforma, es la acontecida con el Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales, que ha modificado en parte el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. De este modo, señala el Real Decreto que *“la actual limitación temporal que recae sobre los trabajadores asalariados para poder utilizar esta medida de fomento de empleo, según la cual su relación contractual con la cooperativa o sociedad laboral no puede exceder de 24 meses, supone en la actual coyuntura económica una limitación para que estos trabajadores accedan a la condición de socio trabajador de la empresa y por medio del abono de la prestación en su modalidad de pago único puedan financiar su aportación al capital social de cooperativas y sociedades laborales, mejorando los recursos propios de éstas y adquiriendo un mayor compromiso con el proyecto empresarial”*¹⁰. En la misma línea, se encarga de los trabajadores autónomos y *“se da forma al aumento del porcentaje de capitalización de la prestación por desempleo para los colectivos de jóvenes, con el fin de aumentar las posibilidades de que los trabajadores desempleados hasta 30 años y mujeres hasta 35 puedan convertirse en trabajadores autónomos”*¹¹.

Sin embargo, tales medidas, que resultan positivas para el fin que persigue la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, tienen carácter temporal. Siendo su fecha de fin el 31 de diciembre del año en curso (2010),

⁹ En concreto, las reformas que introduce este Real Decreto respecto al texto vigente en el apartado 1 de la citada disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, son: en la regla 1ª amplía de 12 a 24 meses el plazo máximo del vínculo contractual previo con la cooperativa o sociedad laboral a la que se pretende incorporar de forma estable y permite que el abono de la prestación se extienda también, en el caso de la cooperativa, a las aportaciones al capital social y a la cuota de ingreso; en la regla 2ª permite el abono mensual de la prestación por desempleo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social; en la regla 3ª amplía al 40 por ciento el porcentaje de capitalización a los que pretendan constituirse como trabajadores autónomos; y, finalmente, introduce una regla 4ª, que establece que la solicitud de abono de la prestación por desempleo conforme a lo establecido en las reglas anteriores será de fecha anterior a la incorporación o constitución de la cooperativa o sociedad laboral o al inicio de la actividad como autónomo.

¹⁰ Véase el artículo 1, apartado a) del Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales.

¹¹ Véase el artículo 1, apartado b) del Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales.

aunque cabe la posibilidad de que el Gobierno prorrogue la medida, siempre y cuando así lo estimen oportuno en connivencia con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, de las asociaciones de autónomos y las organizaciones de la economía social. A nuestro juicio tales medidas deberían de gozar de un plazo indefinido de aplicación unido a la vida de la propia normativa a la que se asocia, pues se trata a todas luces de una mejora en la exigua e incompleta redacción de la normativa reguladora del pago único de la prestación de desempleo. Al margen del comentario que nos ocupa, no está de más sugerir desde estas páginas la redacción uniforme y completa de la normativa reguladora de esta prestación. Nos parece necesario, cuando no imprescindible, el poder contar con un texto legal que no dé lugar a dudas, pues suponen un esfuerzo innecesario y un despilfarro de recursos los innumerables litigios jurídicos que está propiciando su aplicación, y que se cohesione conforme al fin primero de dicha prestación: el constituirse como una ayuda para la creación de empleo y riqueza.

3. REQUISITOS DE ACCESO Y OTRAS NOTAS PRELIMINARES¹²

Como se ha señalado con anterioridad, se trata de una medida para fomentar y facilitar iniciativas de autoempleo, a través del abono del valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a los beneficiarios de prestaciones que pretenden incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, constituir las, o que quieren desarrollar una nueva actividad como trabajadores autónomos.

El abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a la aportación obligatoria establecida con carácter general en cada cooperativa, o al de la adquisición de acciones o participaciones del capital social en una sociedad laboral, en ambos casos en lo necesario para acceder a la condición de socio, o a la inversión necesaria para desarrollar la actividad en el caso de trabajadores autónomos con minusvalía en hasta el 100% de la prestación, o a trabajadores autónomos sin minusvalía hasta el 40% del importe pendiente de recibir por la prestación de desempleo, dejando el resto como subvención de las cotizaciones por los propios.¹³

¹² Sobre el tema, in extenso, puede verse nuestro trabajo "Política de empleo y sistema de protección social", en AAVV, Lecciones de Derecho del Empleo, op. cit., págs. 442 y sigs.

¹³ Se trata del contenido de este párrafo, concretamente, del montante del pago del tema que trata la STS 6903/2007, de 4 de octubre de 2007, así como la STSJ de Andalucía 1089/2006, de 6 de abril de 2006.

Importante es recordar como lo hace la doctrina¹⁴, que a pesar de ser un programa de fomento del empleo, es destinado exclusivamente a aquellos trabajadores que tienen derecho a percibir la prestación por desempleo¹⁵ y que la cuantía será exclusivamente la que le corresponda en función de su cotización. Por lo tanto, se nos presenta como una medida de fomento del empleo limitada, que beneficia a los trabajadores que han disfrutado de cierta estabilidad laboral en el período anterior a la solicitud. Por ello, los trabajadores sujetos a la flexibilidad del mercado de trabajo, a las formas de contratación precaria, (contratos a tiempo parcial, contratos temporales, contratos fijos-discontinuos, etc.) tienen muchas dificultades para acceder al pago único de la prestación por desempleo, y de hacerlo, su cuantía es en la mayoría de los casos insignificante.¹⁶

De forma breve y escueta podemos decir que los requisitos para acceder a esta modalidad de la prestación de desempleo son los siguientes:¹⁷

- Ser beneficiario de una prestación contributiva por desempleo y tener pendiente de recibir, a fecha de solicitud al menos, tres mensualidades.
- No haber hecho uso de este derecho, en cualquiera de sus modalidades, en los cuatro años inmediatamente anteriores.
- Acreditar la incorporación como socio trabajador a una cooperativa de trabajo asociado o sociedad laboral, de nueva creación o en funcionamiento, de forma estable. En el caso de querer incorporarse a una cooperativa o una sociedad laboral, aunque hayan mantenido un

¹⁴ Cañal Ruiz, J.M.; Rubio De Medina, M.D.; *El pago único de la prestación por desempleo: régimen jurídico y novedades introducidas por la Ley 45/2002*. Temas Laborales, 2003, nº 68, pp. 108–109.

¹⁵ Recuérdese que los requisitos básicos para acceder a la prestación por desempleo son, a grandes rasgos y sin entrar en detalles, estar afiliado y en situación de alta o situación asimilada al alta en la Seguridad Social en un régimen que contemple la contingencia por desempleo, encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada y suscribir un compromiso de actividad, tener cotizado por desempleo un período mínimo de 360 días dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, no haber cumplido la edad ordinaria necesaria para la pensión de jubilación y no formar parte de alguna de las causas de incompatibilidad.

¹⁶ Para profundizar en el análisis del perjuicio que le supone a este colectivo la flexibilidad del mercado de trabajo en relación con las prestaciones de desempleo consúltese Monereo Pérez, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 190 y ss.

¹⁷ Para profundizar en las diversas connotaciones de los requisitos para acceder a la prestación por desempleo en Pago único, véase Cañal Ruiz, J.M.; Rubio De Medina, M.D.; *El pago único de la prestación por desempleo: régimen jurídico y novedades introducidas por la Ley 45/2002*. Temas Laborales, 2003, nº 68, pp. 108–109.

vínculo contractual previo con dichas sociedades, independientemente de su duración.¹⁸

- Acreditar, en su caso, la realización de una actividad como trabajador autónomo.
- No haber iniciado la actividad antes de la fecha en que se presenta la solicitud de pago único¹⁹.
- En caso de haber impugnado ante la jurisdicción social el cese de la relación laboral origen de la prestación por desempleo cuya capitalización se pretende, la solicitud de pago único deberá ser posterior a la resolución del procedimiento correspondiente.

4. EN ESPECIAL SOBRE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN SU MODALIDAD DE PAGO ÚNICO ANTE UNA SITUACIÓN DE SUBROGACIÓN EMPRESARIAL

El tema sobre el que versa el litigio es una vez más el controvertido derecho de los desempleados a recibir la prestación por desempleo en su modalidad de pago único con el fin de invertir dicha cuantía en una nueva empresa de economía social o en su propio negocio como trabajador autónomo. Y decimos controvertido porque el número de litigios que tienen que ver con esta modalidad de la prestación por desempleo es más alto del deseable, observándose en los innumerables casos que llegan a los órganos jurisdiccionales como el INEM²⁰ parece tener cierta reticencia a la hora de aplicar la normativa a este

¹⁸ Con anterioridad al Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales, únicamente podían incorporarse a una cooperativa o sociedad laboral cuando no hubiera mantenido un vínculo contractual previo con la misma superior a 24 meses. La reforma actual que elimina esta limitación estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2010, aunque el Gobierno podrá revisar su utilidad y ampliar el plazo.

¹⁹ Aunque este requisito ha sido muy matizado por la jurisprudencia, y se ha venido aplicando en función de la situación particular de cada caso, cuando ha sido necesaria la interpretación de la norma.. Véase a modo de ejemplo la reciente Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2009.

²⁰ Seguimos con la inercia de la sentencia en la denominación del INEM, aunque ha de recordarse que la Ley 56/2003 de 16 de diciembre, de Empleo produce el cambio de denominación de esta entidad gestora:

“Disposición Adicional Primera. Identificación del Servicio Público de Empleo Estatal.

El Instituto Nacional de Empleo pasa a denominarse Servicio Público de Empleo Estatal, conservando el régimen jurídico, económico, presupuestario, patrimonial y de personal, así como la misma personalidad jurídica y naturaleza de organismo autónomo de la Administración General del Estado, con las peculiaridades previstas en esta Ley.

respecto, y suele olvidar con bastante frecuencia el fin último y primordial de la norma que es el de fomentar el empleo entre los colectivos de desempleados.

En este caso la Sentencia 2672/2009, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 9 de julio de 2009, se va a pronunciar sobre un caso de cierre de una empresa por causas económicas, en el que uno de los trabajadores despedidos opta por, una vez en situación legal de desempleo, retomar como trabajador autónomo la misma actividad que venía realizando como trabajador asalariado. Para ello, alquila las antiguas dependencias, así como la maquinaria, de la empresa en la que trabajaba y solicita, con el fin de comenzar su actividad como trabajador por cuenta propia, que la prestación por desempleo que le pertenece tras la extinción de su antigua relación laboral le sea otorgada en su modalidad de pago único.

El INEM considera que, a pesar de cumplir los requisitos de acceso a la prestación, nos encontramos ante un caso de fraude de ley, pues se trata de continuar realizando la actividad que se hacía por cuenta ajena, en las mismas dependencias y con los mismos medios, por lo que, según la entidad gestora, de lo que se trata en realidad es de un cambio en la titularidad del negocio. Al poner sobre la mesa tal interpretación el INEM no solo se pronuncia sobre el caso de este trabajador en concreto, sino que a nuestro juicio, se pronuncia sobre la supuesta ilegalidad de los despidos objetivos y del cierre de la empresa. Objetivamente, la lógica aportada por el INEM es bastante simple y errónea, pudiendo parecer incluso ridícula pues cuestiona en el fondo la propia base del nacimiento de la Economía Social en España, es decir, el rescate de empresas en crisis por mano de los trabajadores de las mismas, puesto que según la interpretación de la entidad gestora y, citamos literalmente, en una empresa que atraviesa una *“mala situación económica y de producción, que la lleva al cierre y al despido de los trabajadores por causas objetivas, es posible presumir el fraude, cuando en esas circunstancias, un trabajador despedido pasa a explotar el mismo negocio”*²¹. Tal argumento, al igual que lo fue en su día por el Juzgado de lo Social²², es fácilmente rebatido y desmontado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía tal y como veremos a continuación.

Como acabamos de mencionar, el INEM alega la existencia de fraude de ley. Como señala la doctrina, la referencia al fraude de ley para la obtención de la prestación por desempleo, es un tema recurrente al que se alude constantemente,

En consecuencia con lo anterior, todas las referencias que en la legislación vigente se efectúan al Instituto Nacional de Empleo o a sus funciones y unidades deben entenderse realizadas al Servicio Público de Empleo Estatal.”

²¹ Véase el Segundo Fundamento de Derecho de la STSJA 2672/2009, de 9 de julio de 2009.

²² La sentencia de primera instancia fue dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Córdoba el 14 de abril de 2008.

pero que, sin embargo, no es tan fácil de demostrar²³. Recordamos que el fraude de ley está contemplado en el artículo 6 del Código Civil: “*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubieren tratado de eludir*”. Tradicionalmente, se ha entendido como fraude de ley la conducta de aquél que, con amparo en determinadas leyes, elude o trata de eludir la aplicación de otras, o bien alcanza o trata de alcanzar un fin prohibido por el ordenamiento jurídico²⁴. El objetivo de esta figura es garantizar que las leyes cumplan la finalidad para la que fueron dictadas, salvando posibles lagunas, incompatibilidades o incongruencias del sistema de normas en donde se aplique. Prima, por lo tanto, el sentido de la ley sobre su texto. Curiosamente en la sentencia que nos ocupa, este sentido de la ley sobre su texto es justamente lo que queda desprotegido si el Tribunal hubiere dado la razón a la entidad gestora. La figura del fraude de ley²⁵ no tiene una serie de supuestos tasados que se repiten en todas las ocasiones, sino que los casos pueden ser tantos como situaciones diversas deba haber. Por ello, han de estudiarse de forma individual.

En la sentencia que nos ocupa el Tribunal recuerda que la jurisprudencia exige la existencia de pruebas que constaten la existencia del fraude de ley y no únicamente la presunción de la existencia del mismo²⁶. El Tribunal ha señalado, citamos literalmente, que “*no se pueden considerar como indicios suficientes del fraude de ley el hecho de que el trabajador, una vez que se extingue su contrato de trabajo por cierre de la empresa debido a causas económicas,*

²³ Para profundizar en el tema puede consultarse Lluçh Corell, F. J., “*Prestación por desempleo y fraude de Ley. Respuesta de los Tribunales*”. Revista de Jurisprudencia El Derecho, n° 4, p. 6, mayo de 2005.

²⁴ Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008 que, “*el fraude de Ley que define el art. 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico*”.

²⁵ A pesar de ello, existen una serie de requisitos que suelen repetirse en los supuestos en que existe fraude de ley:

- a) debe realizarse un acto amparado legalmente, esto es, debe existir una norma que permita realizar la conducta.
- b) La conducta en cuestión debe dar como resultado la defraudación del ordenamiento jurídico.
- d) Caso por caso habrá que analizar si debe prevalecer la norma que permite la conducta que defrauda otra, o si se aprecia la existencia de un fraude de ley, en aras de preservar los principios generales del ordenamiento jurídico.

²⁶ Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008 que “*la doctrina de la Sala es constante al afirmar que el fraude de Ley no se presume y que ha de ser acreditado por el que lo invoca pues su existencia –como la del abuso de derecho– sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados (STS 25/05/00 –rcud. 2947/99–)*”.

pretenda seguir ejerciendo la misma actividad, que conoce y ha venido ejerciendo hasta ese momento, ahora como autónomo, arriesgando su actividad y el importe de las prestaciones por desempleo que legítimamente le corresponden". Especialmente significativo nos parecen estas últimas palabras del tribunal: "que legítimamente le corresponden", pues en ningún caso alega el INEM que el trabajador no tuviera derecho a prestación de desempleo, ni mucho menos que se encontrara en situación legal de desempleo. Por lo que es incomprensible la postura de dicha entidad, que parece preferir abonar la prestación por desempleo a un parado antes que colaborar en el fomento del autoempleo conforme a los planes establecidos por el Gobierno.

En este mismo sentido se pronunció recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en Sentencia de 23 de junio de 2009, donde se señalaba que al no cuestionarse que el desempleado sea titular del derecho a la prestación por desempleo, pues éste estaba afiliado al Régimen General de la Seguridad Social y fue despedido por quien era su empresario, acreditándose posteriormente el inicio de una actividad profesional como autónomo, no puede exigirse al trabajador que si inicia una actividad empresarial ésta sea distinta a la que ha venido realizando hasta el momento del despido. Desde ningún punto de vista puede ser razonable exigir a los trabajadores que, conocida ya la decisión empresarial de extinguir sus contratos, permanezcan pasivos mientras se consuma la pérdida de su puesto de trabajo, y contemplen inermes como se deprecia el negocio que piensan continuar. De hecho, no podemos olvidar en ningún momento que lo que la norma pretende es ser un estímulo para que los trabajadores desempleados, en lugar de permanecer inactivos, con grave frustración personal, durante el tiempo de consumo de la prestación de desempleo en su modalidad ordinaria, opten por crear Cooperativas o Sociedades laborales o por potenciar las ya existentes, así como por emprender nuevas iniciativas como trabajadores por cuenta propia.

Por otro lado, el planteamiento del INEM hace pensar en la supuesta imposibilidad, siempre según sus criterios, de que un trabajador pueda hacerse caso de un negocio con problemas económicos que impiden su continuidad. Esta postura es a todas luces un absurdo y, desde nuestro punto de vista, ha sido formulada sin tener en cuenta los fundamentos esenciales de la propia normativa, así como la interpretación que la jurisprudencia se ha encargado de asentar y la propia realidad social actual e histórica del contexto en que se producen los hechos. El INEM asegura, citamos del texto de la sentencia, que una si "*la empresa atravesaba una tan mala situación económica y de producción, que la lleva al cierre y al despido de los trabajadores por causas objetivas, es posible presumir el fraude, cuando en esas circunstancias, un trabajador despedido pasa a explotar el mismo negocio*". Es decir, con esta afirmación la entidad gestora niega la posibilidad de que una empresa con problemas económicos pase a manos de sus trabajadores en lugar de cerrar sus puertas indefinida-

mente, con lo que pone en tela de juicio y bajo sospecha de fraude de ley a miles de procesos acontecidos a lo largo de la historia reciente del país y a uno de los brazos más activos de las denominadas entidades de Economía Social.

De hecho, como apunta el Tribunal en la sentencia que nos concierne, el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de abril de 1999, afirma que *“esta actuación –la sucesión de una empresa personal por una cooperativa o una S.A.L.– no sólo es en principio lícita, sino que merece la protección del ordenamiento jurídico laboral (artículo 228.3 de la Ley General de la Seguridad Social y el Real Decreto 1044/1985) y un supuesto similar se ha tenido en cuenta incluso por la Directiva CE 50/1998, que autoriza la inaplicación del régimen de garantías 3 y 4 de la Directiva CE para garantizar la supervivencia de las empresas insolventes, lo que indica que la subrogación empresarial es una medida de defensa y garantía del empleo, que debe interpretarse de acuerdo con esa finalidad y no de una forma rígida que impida la búsqueda de soluciones para el mantenimiento de los puestos de trabajo”*. Es decir, que el Instituto Nacional de Empleo viene a proponer la existencia de fraude de ley en un modo de actuación reconocido por el ordenamiento jurídico.

Pero además, y si queremos ver como nos encontramos ante casos excepcionales de subrogación empresarial, basta con tomar como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Julio de 2008, donde se señala que no existe subrogación empresarial, a pesar de que el actor continué la actividad de la empresa cerrada, contrate a parte de la plantilla, ocupe el mismo inmueble y utilice los medios de producción de ésta, puesto que la anterior empresa ha cerrado y a despedido objetivamente a la plantilla, no habiéndose transmitido una empresa o una unidad productiva en funcionamiento. Por tanto, podríamos decir que no existe tal subrogación empresarial cuando se transmite la empresa al actor. Es decir, se produce un punto de inflexión entre el momento en que una empresa cierra y se despide a los trabajadores por causas económicas y, posteriormente, nace la nueva empresa propiedad de uno de aquellos trabajadores despedidos.

Pero lejos de complicadas interpretaciones, en el supuesto que nos ocupa la cuestión es mucho más simple y, por ello, una vez más el Tribunal se encarga de recordar a la entidad gestora que lo que único que ha pretendido el actor es conseguir la prestación por desempleo que le correspondía en su modalidad de pago único, conforme a lo que la norma posibilita, pues recordamos, una vez más, que de lo que se trata es de *“propiciar la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados, facilitando la realización de un trabajo por cuenta propia o la incorporación como socios a Cooperativas de trabajo asociado o a Sociedades laborales, a aquellas personas que hubieran perdido su trabajo anterior”*, y no de poner trabas a la iniciativa empresarial, como ha hecho el INEM, por el mero de hecho de comulgar con ciertas directrices internas, sumamente cuestionables, que ponen en duda la buena fe de los solicitantes.

LA IMPUGNACIÓN DEL GRADO DE DEPENDENCIA Y SU INCLUSIÓN ENTRE LAS COMPETENCIAS DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL¹

*Auto del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona de 6 de noviembre
de 2009, en los autos nº 495/2009*

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

SUPUESTO DE HECHO: En aplicación de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y en virtud del reconocimiento del grado de dependencia que compete, en este caso al Institut Català d'Assistència i Serveis Socias (ICASS), se impugna mediante demanda presentada al Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, la resolución administrativa recaída, en reconocimiento a la competencia de la jurisdicción social. Admitida la demanda a trámite, el órgano judicial, en el necesario reconocimiento y análisis de la competencia objetiva o material para conocer del asunto y dado que la citada ley no hace asignación alguna de atribución a un orden jurisdiccional concreto de la competencia para conocer de las controversias derivadas de su aplicación, abre el trámite procesal del artículo 5 de la Ley de Procedimiento Laboral, a fin de conocer la posición de las partes en cuanto a la competencia. Junto al silencio de la actora, las posiciones se enfrentan en tanto que el Ministerio Fiscal, no reconoce la competencia del orden social, frente a la afirmación de la misma, en la que se posiciona el órgano de la administración autonómica.

RESUMEN: El juzgado de lo social, no duda en afirmar su competencia, como órgano de la Jurisdicción Social, para conocer de acerca de las resoluciones administrativas que se pronuncian sobre la determinación del grado y de

¹ José María Moreno Pérez. Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado en ejercicio. Universidad de Jaén.

los distintos niveles de dependencia, en los términos del artículo 27 de la ley 39/2006. Se completaría así la labor del legislador que dejó sin asignar de modo explícito la competencia para conocer de las impugnaciones que se habrían de producir ante una resolución administrativa que viene a fijar consecuencias dentro de la protección social, que es objeto de la ley. De este modo, se viene a dar un cierto tratamiento de Seguridad Social, aún por la vía adjetiva o procesal, a una materia que, sin embargo, el propio legislador quiso dejar al margen de la Seguridad Social, aunque tampoco clarificó su ubicación al acudir a un título horizontal como el del artículo 149.1.1 CE

El auto permite hacer una valoración competencial extensiva, basándose para ello en la nueva modalidad de protección social, que si bien no puede ser integrante del sistema de Seguridad Social, si es considerada como complementaria del mismo y *tratándose del complemento de una prestación de Seguridad Social resulta indudable la competencia de los órganos judiciales del orden social*. Dicha dimensión social prevalecería sobre el carácter administrativo de la resolución y sobre la ausencia de atribución expresa de competencia al orden jurisdiccional social. Con ello se desdibuja aún más la pretensión de mantener esta materia única y exclusivamente en el ámbito de la Asistencia Social como pretenden las CCAA, aunque la regulación y la financiación fundamental sean estatales. La polémica está servida.

ÍNDICE

1. PUNTO DE PARTIDA
2. LA CONSIDERACIÓN DE LA DEPENDENCIA COMO MODALIDAD DE PROTECCIÓN SOCIAL QUE COMPLEMENTA EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
3. EL RECONOCIMIENTO DE GRADO DE MINUSVALÍA COMO ELEMENTO REFERENCIAL DE ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA
4. VALORACIÓN FINAL

1. PUNTO DE PARTIDA

La Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia con discapacidad, nace con vocación de un nuevo marco que estable los recursos y servicios necesarios para la atención a la dependencia. El mandato constitucional de los artículos 49 y 50, buscaba en la atención a las personas con discapacidad y personas mayores, un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos, modelo que inicialmente se centró, en la protección sanitaria y de la Seguridad Social, pero que paralelamente al desarrollo del modelo de bienestar social y a la creciente importancia de los servicios sociales en nuestro país, evidenció las carencias del modelo.

El marco normativo surgido desde la Ley 39/2006, ha tratado de garantizar a los ciudadanos y a las propias Comunidades Autónomas, como indica la propia exposición de motivos, de un modelo estable de recursos y servicios para la atención a la dependencia que la configuran como una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social.

Hasta ese momento el sistema de Seguridad Social había venido asumiendo algunos elementos de atención, tanto en la asistencia a personas mayores como en situaciones vinculadas a la discapacidad. La gran invalidez, complementos de ayuda a tercera persona en la pensión no contributiva de invalidez y de la prestación familiar por hijo a cargo con discapacidad, asimismo, las prestaciones de servicios sociales en materia de reeducación y rehabilitación a personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores, formaban parte y aun lo hacen, del conjunto de previsiones de nuestro sistema.

El artículo 26 de la Ley, clasifica en tres los grados de dependencia² que a su vez se pueden reconocer cada uno de ellos en dos diferentes niveles, dependiendo de la autonomía y del grado de intensidad del cuidado que precisan. La determinación del grado y los niveles se establece conforme al baremo que acuerde el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, necesariamente aprobado por el Gobierno mediante Real Decreto, siendo las Comunidades Autónomas, las encargadas de determinar qué órganos asumirán la valoración de la situación de dependencia, emitiendo un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, concretando los cuidados que la persona pueda requerir, órganos que habrán de estar regidos por unos criterios comunes de composición y actuación, así como de carácter público. En el ejercicio de tales funciones, el órgano de la administración autonómica encargado de determinar el grado de dependencia, lo hará sobre criterios objetivos de valoración en los que se mida el grado de autonomía de la persona, su capacidad para la actividad diaria, la necesidad de apoyo y supervisión, su salud, entorno y considerando en su caso las ayudas técnicas que le sean necesarias.

² Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal

El carácter público de los órganos encargados de pronunciarse sobre el grado de dependencia, unificados en criterios comunes de composición y actuación, es consagrado de forma expresa por la ley que tiene una evidente vocación pública. Por ello no cabe duda que el punto de la partida en la fijación de estos criterios introduce el elemento público necesario para abrir la controversia entre jurisdicciones que podría estar llamadas a resolver la impugnación de la fijación del grado de dependencia. Dicho elemento junto al hecho de no tratarse de prestaciones integrantes del sistema de Seguridad Social, permitieron en el caso que nos ocupa que el Ministerio Fiscal, atribuyera la competencia al orden jurisdiccional contencioso administrativo. En este sentido, pretende el ministerio público hacer valer un inexistente principio de supletoriedad del orden contencioso administrativo para todos aquellos casos que no tengan atribución expresa al orden jurisdiccional social, pretensión que no encuentra eco en la resolución objeto de este estudio.

2. LA CONSIDERACIÓN DE LA DEPENDENCIA COMO MODALIDAD DE PROTECCIÓN SOCIAL QUE COMPLEMENTA, PERO “EXTERNAMENTE”, EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

No cabe duda que el elemento dirimente de la controversia ha sido para el Juzgado de lo Social, nº 26 de Barcelona, tratar de profundizar en la dimensión que la dependencia presenta como integradora de nuestro sistema de protección social, así como el valor que la misma tiene en su vinculación con el sistema de Seguridad Social. El aplicador del derecho ha realizado una labor integradora, respondiendo ante la falta de adscripción de la materia a un orden jurisdiccional concreto, competente para resolver las determinaciones de grado que se han de producir en el desarrollo y aplicación de la ley de dependencia.

Nuestro sistema admite que junto a la protección básica que otorga el sistema de la Seguridad Social, bien a través del Régimen General o de los diferentes Regímenes Especiales, coexista un conjunto de mecanismos cuya finalidad no es otra que mejorar la protección básica. La protección complementaria, desde un punto de vista más amplio, comprende un conjunto de medidas, cuyo objetivo es mejorar, en sentido amplio, la protección básica dispensada por el Sistema de SS.

Esta protección adicional o complementaria puede adoptar formas diversas y, en consecuencia, dichas técnicas nos permiten distinguir entre una protección social estrictamente complementaria, en las que tanto contingencias como sujetos protegidos coinciden con lo establecido para el régimen público y obligatorio de Seguridad Social y siempre que su función no sea otra que mejorar

la acción protectora mínima o básica pública, y junto a ella la protección social suplementaria–autónoma, en cuanto pretende proteger a personas no incluidas en el ámbito del régimen público mínimo; o proteger necesidades sociales distintas a las previstas legalmente como contingencias o riesgos propios del régimen público; u otorgar prestaciones de diversa naturaleza y carácter respecto de las que conforman la acción protectora del régimen público.

Las prestaciones complementarias públicas, internas (asistencia social y servicios sociales) o externas, según la asignación formal o no por parte del legislador en el contenido protector del Sistema de SS en las externas reconocemos otros tipos de prestaciones asistenciales que no dependen del sistema de SS, sino de otros instrumentos de previsión social implantados por los poderes públicos, del Estado, de las CC.AA. e incluso de las Corporaciones Locales.

Los riesgos y situaciones de necesidad de alcance o relevancia social, protegidos desde cualquier sistema de Seguridad Social, son los previstos e incluidos en la norma. Pero los riesgos se van ampliando con nuevas situaciones que pasan a ser consideradas socialmente como susceptibles de protección. Aunque el sistema de SS haya tratado de prestar atención a estas otras situaciones, ampliando el radio de acción de las prestaciones tradicionales, o creando vías suplementarias o prestaciones especiales, no es capaz de abarcarlas, porque se trata de circunstancias que escapan en gran medida a la programación, planificación y tipificación previa de actuaciones que requiere la SS.

Por ello, muchas de esas situaciones se vienen abordando a través de instrumentos externos al sistema de SS, creados y sostenidos también por el poder público, pero con una estructura y una configuración diferente. Como mecanismos utilizados, nos encontramos con las prestaciones de tipo asistencial con un marcado matiz individual, servicios sociales de carácter eminentemente colectivo y por último la protección de la dependencia. La Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas, configura un modelo de protección social de la dependencia (*Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*) de carácter universal, no asistencial (sólo disponible para personas carentes de recursos), y al margen de la Seguridad Social.

La compatibilidad competencial entre el Estado y las comunidades autónomas quedó consagrada en la polémica STC 239/2002, de 11 de diciembre, que respalda de manera explícita la iniciativa autonómica, y que se acompaña de cuatro votos particulares contrarios al parecer mayoritario. Con este nuevo enfoque, a juicio del TC, no sólo considera compatibles prestaciones estatales y autonómicas, sino que acepta que las CC.AA se introduzcan en el ámbito del régimen público, mínimo y general de la SS para corregir al alza, y a su costa, las prestaciones no contributivas que consideran de cuantía insuficiente. En

cualquier caso, esta práctica se vio entorpecida a finales de 2003 con la aprobación de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas de SS, que modificó la redacción del apartado 4 del art. 38 TRLGSS, dejando sin efecto la doctrina sentada por la discutible STC 239/2002. A tal efecto, el nuevo art. 38.4 del TRLGSS pasó a establecer que “Cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la SS, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del sistema de la SS y está sujeta a los principios regulados en el artículo 2 de esta Ley”. Posteriormente la Ley 4/2005, de 22 de abril, sobre efectos en las pensiones *no contributivas* de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas, ha venido a reconducir la situación creada por la Ley 52/2003 a los términos de la discutible doctrina constitucional, garantizando a las CC.AA competencias para determinar complementos de las pensiones no contributivas, cuando así lo acuerden sus respectivos parlamentos. Nuevamente el apartado 4 del art. 38 TRLGSS, se vio modificado con un nuevo párrafo complementario del texto vigente: *“Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas”*.

Al margen del debate sobre si las CC.AA pueden o no, en el ejercicio de su competencia en materia de asistencia social, complementar y mejorar las prestaciones del sistema público de SS, la nueva redacción del art. 38.4 del TRLGSS es utilizada por el juzgador para justificar, la cobertura legal prestaciones complementarias como las ayudas a la dependencia dentro de este tipo de complementos de prestaciones que para él son contributivas. No obstante, este argumento arroja muchas dudas en la configuración actual del Sistema de Atención a la Dependencia, en la medida en que se ha buscado de propósito por el legislador una vía de complemento “externa” al Sistema de Seguridad Social, de manera que ni la financiación, ni la regulación, ni la gestión corresponde a aquél Sistema sino que se ubica en el ámbito de la Acción Social “externa” al mismo. Y aunque es cierto que no se trata necesariamente de Asistencia Social externa, pues puede bien incluirse dentro de la materia correspondiente a los Servicios Sociales, que es materia compartida entre el Estado y las CCAA, lo cierto es que la referencia legal al carácter complementario se hace para poner de manifiesto, justamente, que está “fuera” de la Seguridad Social.

La opción de política legislativa podrá gustar más o menos –a nosotros no nos convence– pero es evidente que el Juez no puede dejar de tener en cuenta esta opción, dando un sentido extremadamente amplio al concepto de “complementario”. Por eso, la decisión judicial nos presenta tanto una decisión como una justificación muy discutible, y urgida de mayores razonamientos que los expuestos por el Juez para llegar a tan polémica y conflictiva decisión, por más

que pueda resultar, en el plano de la política jurídica, justificable o incluso deseable. Pero el Juez no puede confundir su deseo, o lo conveniente, por lo legal. De ahí que busque más argumentos, si bien siguen adoleciendo de convicción en el plano técnico-jurídico.

Así, también el artículo 145.6 del TRLGSS establece que las personas que, cumpliendo los requisitos señalados en el apartado 1, a, b y d del artículo 144, que estén afectadas por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75% y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, tendrán derecho a un complemento equivalente al 50% del importe de la pensión a que se refiere el primer párrafo del apartado 1 del artículo 145. La normativa que desarrolla la fijación del grado de minusvalía Ciertamente en un futuro la fijación del baremo que determine el grado de minusvalía y por tanto el derecho a recibir un complemento en la pensión de incapacidad permanente, tendrá como referencia el baremo fijado para determinar el grado del Sistema para la Autonomía Personal. En todo caso, por tratarse de un complemento a una prestación de Seguridad Social, se ha reconocido la competencia de la jurisdicción social. Por ello el elemento comparativo vuelve a ser argumento integrador en la jurisdicción social respecto del reconocimiento de grado de dependencia, ante la falta de previsión del legislador.

3. EL RECONOCIMIENTO DE GRADO DE MINUSVALÍA COMO ELEMENTO REFERENCIAL DE ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA

Consideración aparte merece las reflexiones del auto, objeto de comentario en cuanto a la invocación de los argumentos que han permitido a los tribunales, hacer atribución a la competencia de la jurisdicción social, en los litigios relativos a la determinación del grado de discapacidad, a cuya justificación se remite, in fine, la fundamentación del auto.

En tal sentido traemos a colación el pronunciamiento aportado por la Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción y de Competencia, del Tribunal Supremo, que en su Auto 11/2006, de 30 de marzo, ha podido glosar buena parte de su posicionamiento al respecto y ello con motivo del Conflicto Negativo de competencia suscitado entre el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia en los autos nº 739/03, y el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Valencia, en el Procedimiento nº 591/04, si bien el mismo se refiere a la determinación de a quién corresponde la decisión de un litigio sobre reconocimiento de grado (porcentaje) de minusvalía en aquellos supuestos en que dicho grado

no es determinante de la concesión de una prestación no contributiva de Seguridad Social³.

Las razones utilizadas por la doctrina jurisprudencial, se basan en: 1) de seguridad jurídica, una de cuyas vertientes es la estabilidad de la doctrina jurisprudencial cuando no hay motivos importantes para su alteración; 2) de sencillez y economía procesales, habida cuenta de que corresponde indiscutiblemente al orden social la decisión de los asuntos sobre reconocimiento del grado de minusvalía determinante de prestación no contributiva de la Seguridad Social, y no sería práctico decidir la atribución competencial a uno u otro orden jurisprudencial según el porcentaje de minusvalía solicitado o reconocido; y 3) de pertenencia de la materia a la rama social del derecho (art. 9.5. de la Ley Orgánica del Poder Judicial), en cuanto que, como se dice en ATS 22–12–2005, “las prestaciones o ayudas públicas que tienen derecho a obtener los minusválidos son de clara naturaleza social, por estar vinculadas bien al Derecho del Trabajo, bien al Derecho de la Seguridad Social”.

4. VALORACIÓN FINAL

No cabe duda que la ley 39/2006 ha tratado de impulsar el desarrollo de un nuevo modelo de Acción Social, con la intención de ampliar y complementar nuestra cobertura de protección social, potenciando el avance del modelo de Estado social que consagra la Constitución Española. A tal fin, busca dotarnos de recursos financieros e institucionales para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, garantistas y universales. Ahora bien, por diversos motivos, tanto jurídicos como financieros, y también políticos, no lo ha hecho con una adscripción clara a uno de los dos Sistemas básicos de Protección Social, o la Seguridad Social o la Asistencia Social, sino que se ha mantenido en una zona concurrente, en una “zona mixta”, híbrida, renunciando a incluir la protección frente a la dependencia como prestación de Seguridad Social pero si adscribirla en pleno a la Asistencia Social, sino a la Red de Servicios Sociales.

³ Esta cuestión litigiosa ha sido resuelta ya por la Sala de Conflictos de competencia jurisprudencial en pronunciamientos precedentes, atribuyendo la competencia en la materia a la jurisdicción social. Así ha sucedido en el Auto TS Sala de conflictos de competencia de 22 de diciembre de 2005 (rec. 35/2005) y en el Auto TS Sala de conflictos de competencia de 19 de octubre de 2002 (rec. 34/2002).

La Sala de lo Social de este Tribunal Supremo en numerosas resoluciones [STS soc. de 22 de marzo de 1996 (rec. 2813/95).– STS soc. de 13 de mayo de 2002 (rec. 3306/01).– STS soc. de 31 de octubre de 2002 (rec.3385/01).– STS soc. de 29 de noviembre de 2002 (rec.1030/02)], se ha inclinado reiteradamente, por la misma solución de considerar competente para el reconocimiento del grado de minusvalía al orden social de la jurisdicción.

Esta materia, como se sabe, pese a que los Nuevos Estatutos de Autonomía –Cataluña, Andalucía– la adscriben sin matices a las Comunidades Autónomas, no ha tenido nunca una determinación cierta en materia competencial, moviéndose en una zona de incertidumbre entre ambos Sistemas de Protección Social. Pues bien como consecuencia de este modelo complejo, mixto y cada vez más incierto, era cuestión de tiempo que aparecieran las implicaciones en las normas procesales relativas a la “rama social del Derecho”. La respuesta alcanzada no hace sino acrecentar las dudas suscitadas por este modo de organizar la protección, que se mueve a caballo y con un difícil equilibrio entre la protección estatal y la protección autonómica, si bien es el autogobierno el que asume el protagonismo en la gestión del Sistema de Atención a la Dependencia, cuya voluntad de autonomía o emancipación de la Seguridad Social es más que evidente, pero incluso también de la Asistencia Social.

De ahí la importancia de un pronunciamiento de este tipo. La repercusión que ha generado la nueva resolución puede medirse en la cantidad de reseñas jurisprudenciales que hemos encontrado. El mérito del Juez es tratar de encauzar un criterio con el que poder resolver las lagunas del legislador. Una laguna que en este caso se han resuelto mediante la aplicación analógica, al apreciarse identidad de razón y no existir un supuesto específico. Sin perjuicio de evidenciar nuestras dudas sobre la corrección de los argumentos empleados por el Juez, pues ya se ha dicho que adolecen de extrema debilidad y evidencia una posición más apriorística que razonada jurídicamente, entendemos que resulta muy meritoria en el plano de la política del derecho.

La situación a la que responde el Juzgado de lo social tiene mayor relevancia si el enfoque lo centramos, más que en su argumentación técnica, desde la deficiente técnica legislativa con la que el legislador suele actuar ante la asignación de competencias al orden social de la jurisdicción. En especial, en materias cargadas de tantos acentos administrativos como sociales, siendo defendible una cosa y la opuesta.

EL DERECHO DEL TRABAJO SEGÚN SANCHO PANZA DE GIANNI LOY

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO
Prof. Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

1. El libro del que hoy se da noticia aborda una vez más el estudio de una de nuestras obras maestras de la literatura desde la perspectiva del Derecho del Trabajo. Como indica en su magnífico prólogo el profesor Miguel Rodríguez-Piñero, distintos autores han abordado la relación entre don Quijote y Sancho Panza para verificar su naturaleza jurídica, pero la originalidad del presente libro reside en examinarla desde la visión de Sancho Panza y lo que éste piensa que su relación con el caballero Alonso Quijano. Una relación que a juicio del autor se demuestra claramente laboral y es objeto de una continua y laboriosa negociación a lo largo de la obra de Cervantes mediante la inserción de específicas cláusulas contractuales que complementan lo inicialmente estipulado.

El autor de esta nueva obra es Gianni Loy, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Cagliari, capital de la bella isla de Cerdeña. Bien conocido para los estudiosos españoles de Derecho del Trabajo por sus numerosas visitas a nuestro país y sus publicaciones en nuestras más importantes Revistas jurídicas, a diferencia de lo que nos tiene acostumbrados, en esta ocasión no nos acerca con precisión a las instituciones italianas, ni elabora teorías generales derivadas de su profundo conocimiento del Derecho del Trabajo español y francés, sino que nos sorprende con un reto aún mayor: la lectura de nuestra obra literaria más universal y el análisis de la relación de sus dos protagonistas desde una perspectiva jurídica y, por qué no resaltarlo, también humana. Reto complejo, pero admirablemente superado.

2. La obra se estructura en dos partes bien diferenciadas. La primera de ellas se desglosa en nueve capítulos que ofrecerán al lector una explicación detallada sobre la perspectiva que se va a adoptar a la hora de analizar posteriormente, en la segunda parte, algunas de las instituciones más importantes del Derecho del Trabajo y que, a juicio del autor, se pueden encontrar ya en la obra de Cervantes.

De este modo, el capítulo primero, que lleva por título “qué introduce a la lectura de la novela del ingenioso hidalgo cuatro siglos después de su primera aparición”, supone una presentación general que justifica el “encantamiento”

sufrido por el Profesor Gianni Loy por esta obra de la literatura española, quizás por la vinculación que pudiera tener Miguel de Cervantes con su isla natal, Cerdeña, y, sobre todo, porque entiende que, en realidad, la obra cervantina es universal precisamente porque habla de nosotros mismos, en tanto el mundo está poblado de don Quijotes y de Sanchos, de amos y de siervos. En este capítulo aprovecha también para clarificar que la óptica de la lectura de la obra de Cervantes que ha realizado es básicamente jurídica y que, además, pretende “reexaminar la novela según los conceptos del moderno Derecho del Trabajo... patentizar los elementos que pueden ser reconocidos en la relación jurídica que se instaura entre el empresario y el trabajador. Y puesto que el Derecho del Trabajo busca, sobre todo, la protección de la parte débil de la relación, será fundamentalmente el estatus de Sancho Panza lo que demande nuestra atención”. Señala igualmente que la relación humana que se crea entre don Quijote y Sancho Panza no puede ser entendida plenamente si no se tiene presente el hecho de que las dos partes están ligadas con un contrato, que asigna a uno de los dos una posición dominante que implica poder de dirección y que impone a la otra la obligación de ofrecer la propia prestación en régimen de subordinación, sin que el clima de confianza en que se desenvuelve haga desvanecer su carácter laboral donde, junto a momentos de tregua, los hay igualmente de conflicto en los que cada una de las partes sostiene exclusivamente su propio interés. Un contrato que, pese a fundarse en una primera fase a cambio de la simple promesa de compensar a Sancho con el gobierno de “alguna insular”, considera el Profesor Loy que no se puede calificar de promesa imposible afectando al contrato de un vicio de nulidad, sino, a lo sumo, de nulidad parcial o, como propone como criterio más sólido, el mero incumplimiento de un contrato válidamente celebrado.

El capítulo segundo describe otras relaciones laborales contenidas en la novela de Cervantes de modo accesorio y entre las que se destaca la del trabajador Juan Haldugo y su siervo pastor, en cuyo controversia don Quijote se erige árbitro juzgando según equidad, o la que se infiere del largo coloquio entre Sancho Panza y el escudero del caballero del bosque. Pero también sirve para aclararnos que aunque habitualmente la lectura que se ha realizado de la novela desde el punto de vista jurídico se ha basado en la reconstrucción del mundo del trabajo de la época, examinando las condiciones económicas, sociales y jurídicas del siglo XVII, la ahora ofrecida lo hace a la luz de la disciplina laboral contemporánea intentando con ello demostrar que don Quijote representa “la antología misma de la relación laboral” y puede suministrar la clave de lectura para la comprensión del contrato de trabajo “más allá de un determinado momento histórico” considerando la relación laboral entre los dos personajes protagonistas un “arquetipo de las formas más modernas que, a distancia de siglos, se han afianzado”. Esta idea, por la que en realidad lo que

se quiere vislumbrar es que, a pesar de las construcciones doctrinales posteriores, en puridad ya con anterioridad al momento histórico convencional del nacimiento del Derecho del Trabajo, el contrato de trabajo ya existía, se revela central y, con independencia de su acierto, es la que se propone armar a lo largo del libro.

Perspectiva interpretativa que, no obstante, no le impide abordar en el capítulo tercero cómo estaba organizado el mundo del trabajo en la época de don Quijote de La Mancha para dibujar la función y realidad de las dos figuras principales de la obra. De un lado, la importancia de la figura del criado, de aparición numerosa en la obra de Cervantes, como oportunidad para quien escapaba del campo y que se convertía en una necesidad para los nobles y la clase burguesa que se servían de ellos como ostentación de un verdadero o presunto prestigio social, o para defenderse de los frecuentes bandoleros. De otro lado, la figura del Hidalgo constituía el escalafón más bajo de la nobleza en aquella época al tratarse de un señor que ha perdido los antiguos privilegios y no dispone de rentas, pese a estar exento de impuestos. En este capítulo ya manifiesta que la relación laboral que se crea entre los dos personajes es esencialmente una relación de trabajo doméstico y mantiene que el Quijote refleja un mundo del trabajo discretamente evolucionado, privado de una cultura industrial, pero “que se abría a formas diversas de trabajo entre las cuales, junto a las organizaciones gremiales, destacaba la del trabajo libre, en todas sus manifestaciones comprendida la del trabajo doméstico en la clásica relación amo-criado”. Concluye con ello que la relación laboral se correspondía con la relación laboral subordinada prevalente en la época y en fase de progresiva difusión.

Los siguientes dos capítulos relatan cómo la perspectiva laboral adoptada por la generalidad de los estudiosos del Quijote lo ha sido en clave altamente simbólica, identificando los molinos de viento con gigantes de la industria, viendo el reflejo de las primeras normas de trabajo en la protección de los menores en la historia del siervo Andrés, o bien en los azotes a Sancho golpeados finalmente en el árbol, el castigo por el trabajo perdido. Análisis laboral en clave simbólica que, aunque considera en alto grado exacerbada, reconoce como irremediable y de difícil elusión incluso en el presente libro, aunque declara el compromiso de controlar los excesos mediante el análisis de los institutos jurídicos con el Derecho de la época pero, sobre todo, desde su coherencia con el actual Derecho del Trabajo. Pese a tal advertencia, mantiene que el hecho de que un hombre o una mujer puedan poner a disposición sus propias energías a favor de otros sujetos a cambio de una compensación representa “un elemento estructural e inmodificable de la relación de trabajo” y, tras afirmar que la relación de trabajo ha nacido antes de que los hombres tuviesen conciencia de ello, considera que al enseñar el Derecho del Trabajo se ha tendido a simplificar pues el Derecho del Trabajo ya en la época del Quijote

estaba dotado de una discreta elaboración y “en realidad somos nosotros lo que , con retraso, nos hemos dado cuenta del patrimonio que ya poseía, concentrando nuestro interés en la impronta impuesta al Derecho del Trabajo por la Revolución Industrial y las doctrinas que se derivaron de ésta”.

El capítulo sexto describe la modernidad del trabajador-tipo que representado por Sancho Panza desarrollando un trabajo subordinado que resulta el “arquetipo del trabajador moderno”, un trabajador necesitado de la retribución, que ansía su promoción social y en cuyas decisiones sopesa su condición familiar a la laboral antes de iniciar la aventura.

A continuación, en capítulo aparte, sorprendentemente propone entrever en la relación entre Don Quijote y Sancho Panza, además de los rasgos característicos del moderno contrato de trabajo, “los primeros indicios de la negociación colectiva” o, al menos, “el camino que las clases sometidas habrían de recorrer en los años sucesivos”. Derivar tal hecho de que los protagonistas discuten de las cláusulas contractuales con fases de diálogo y fases de ruptura, resulta ciertamente arriesgado, pero desde luego, del todo punto interesante ya que la propuesta se basa en entender que la negociación no se basa en la mera forma retributiva, sino en el establecimiento de un modelo contractual, con madura conciencia del estatus y la conciencia de los intereses contrapuestos y la preeminencia de ciertos derechos inalienables, frente al modelo asociativo propuesto por el patrón.

El capítulo octavo se centra en la relación humana entre amo y siervo para poner de relieve cómo la literatura de la época demostraría que este tipo de relación, desde el punto de vista jurídico, se coloca históricamente en una fase de transición marcada por el paternalismo por una de las partes, mientras que desde la del criado se prefiere una actuación diversa, un contrato más explícitamente basado en la paridad, con la regulación de sus derechos aun sin desdeñar la relación confidencial. El autor examina la relación humana para subrayar que el hecho de que entre el Quijote y Sancho existiera una relación de colaboración y participación, nunca ha significado en la novela que compartieran un mismo interés, ni que la relación fuera paritaria ya que a lo largo de la magna obra los papeles de ambas figuras no se confunden nunca.

Finaliza esta primera parte con un breve capítulo noveno dedicado al análisis de los materiales que le han servido para el estudio jurídico laboral de El Quijote, poniendo de manifiesto que la mayor parte aparecen en la segunda parte de la obra cervantina, en tanto en la primera reconoce que la relación jurídica entre don Quijote y Sancho Panza tan sólo aparece esbozada. Entre ambas salidas, se pregunta si el don Quijote apócrifo de Avellaneda influyó en la profundización de la descripción de la relación jurídica entre don Quijote y su escudero, lo que rechaza al haber sido escritos en el momento de su publicación los primeros capítulos de la segunda parte cervantina.

3. La segunda parte del libro de Gianni Loy, descompuesta también en breves capítulos, desarrolla algunas de las ideas ya esbozadas pero busca analizar de forma más minuciosa las instituciones y elementos más característicos desde la perspectiva jurídico-laboral.

Comienza esta parte examinando la naturaleza de la relación jurídica entre el Hidalgo y el escudero demostrando su naturaleza subordinada, rebatiendo con ello algunas teorías tendentes a considerarlo como una asociación de empresa, figura jurídica cuya vigencia actual para el profesor italiano todavía hoy demuestra que en la práctica se erige como una vía evasiva de la relación subordinada. Del mismo modo apunta que, a diferencia de la teoría del doble vínculo propuesta por el Profesor Alonso Olea (a cuyo estudio dedicará más adelante el capítulo IX de esta misma parte), la relación debe entenderse siempre onerosa y rechaza igualmente la existencia de un arrendamiento de servicios, para concluir que, como apoyaran Montenegro y especificara el Profesor Montoya Melgar, la relación es claramente subordinada y se configura como una relación jurídico laboral de amo-criado.

La exposición general de las distintas teorías en el capítulo anterior, lleva al autor del libro a abordar en el siguiente, ya de modo decidido, los argumentos sobre los que encuadra la relación dentro del trabajo subordinado, poniendo de relieve cómo el uso del término “merced” (sobre cuyo contenido volverá más adelante) y su importancia en la negociación que tiene lugar antes de la segunda salida, constituye el origen de ciertas confusiones. Concluye que el *nomen iuris* no posee validez calificadora y apunta que probablemente estaríamos en presencia no de uno, sino de dos contratos de trabajo, uno para la primera y otro para la segunda salida del Quijote, habiendo quedado plenamente documentado el carácter oneroso del segundo. Un capítulo más, el tercero, prosigue con la descripción de otros elementos típicos de la subordinación concurrentes en la relación examinada, en especial en las manifestaciones del poder de dirección que exceden en algún caso del que debiera ser su ejercicio regular.

A continuación se relatan distintos momentos del libro de Cervantes para analizar la compleja negociación y el modo en que las partes perfeccionaron el contrato de trabajo, reiterando el autor la conclusión de que hubo dos contratos, siendo en el segundo cuando se introdujo un codicilo en el que se afirma que la disposición testamentaria no se puede “revolcar”. Este elemento permite a Gianni Loy realizar una breve digresión sobre derecho sucesorio en el siguiente capítulo y sobre la posibilidad de que en las partidas se estableciera la posibilidad de hacer un testamento permanente no revocable, poniendo con ello de manifiesto el profundo conocimiento que Cervantes tenía de las instituciones jurídico-sucesorias y que considera que puede igualmente predicarse del resto de información que sirve para interpretar las laborales.

De vuelta al ámbito estrictamente laboral, los capítulos VI, VII y VIII examinan instituciones claves. El primero de ellos se concentra en el estudio de las distintas cláusulas contractuales que se explican con detalle en la obra literaria, destacando las relativas a las tareas encomendadas, la previsión expresa del derecho de libertad de expresión, o el pago mediante los escudos encontrados. El capítulo VII busca desentrañar si los dos contratos que se pueden apreciar constituyen contratos de duración determinada o indeterminada, inclinándose por esta última hipótesis y, por su parte, el Capítulo VIII analiza las técnicas retributivas que, aunque luego se desarrollan en el capítulo X, permiten al autor estudiar y cuestionar en el capítulo IX la teoría del doble vínculo mantenida por Alonso Olea, concluyendo que, a su juicio, no pueden coexistir dos relaciones de naturaleza distinta, aunque sí dos elementos distintos dentro de la retribución, siendo la merced en realidad una retribución variable y eventual ligada a resultados de la empresa. Elementos retributivos a los que se dedica uno de los capítulos más interesantes y detallados, el décimo, y en el que el profesor Gianni Loy se atreve a desglosar y a argumentar los que componen la retribución de Sancho Panza: salario base mensual, una prima eventual, ligada a los resultados de la empresa, el destajo, las propinas y las liberalidades concedidas por el empresario.

Finaliza la obra con una reflexión sobre la extinción de la relación laboral en la que se concluye que, a pesar de que la relación se caracterizó por un régimen de libre rescisión, no llegó nunca a producirse. De ahí que el Epílogo sirva al Profesor italiano para preguntarse cuál fue entonces la causa extintiva de la relación laboral y proponer, en clave ahora simbólica, que la relación de trabajo y amistad de los personajes principales aún no se haya extinguido, que Don Quijote no haya muerto y que, haciendo caso en su lecho del llanto de Sancho Panza advirtiéndole de que la mayor locura de un hombre es dejarse morir, hayan decidido volver al campo aprovechando que estaban solos en la estancia en ese preciso momento.

4. Con esta posibilidad el Profesor Loy abre nuestra imaginación, pues la suya ya se ha decantado por una tercera salida en la que, con probabilidad, se produciría una nueva renegociación del contrato para incluir características cada vez más consolidadas de lo que años más tarde sería una relación de trabajo plena. Sea como fuere, baste aquí con destacar el profundo conocimiento de la lengua española del Profesor Gianni Loy, no sólo a la hora de leer la obra de Cervantes, que confiesa haber hecho en español, sino a la hora de escribir la suya donde encontramos algún pasaje de enorme preciosismo. Pero también subrayar el profundo conocimiento del Derecho del Trabajo, no sólo italiano y español, como demuestra en varios de sus capítulos, sino del Derecho con mayúsculas, no sólo porque lo demuestra con su digresión sobre el codi-

cilo, sino cuando avanza algunas conclusiones a modo de propuesta universal, como universal fue la obra del Quijote.

Todo ello no es sino una muestra más de la incansable curiosidad y enconada voluntad que caracteriza toda actividad, personal o profesional, que despierte el interés del Profesor Gianni Loy. Características propias del buen investigador que, por otro lado, se añaden a la generosidad personal y al compromiso social permanente que Gianni demuestra a lo largo de su vida y que, aun excediendo de los términos que serían precisos para la presentación de un libro, no puedo por menos que mencionar, por conocidos, de mi querido y admirado amigo.

Reseña de Legislación

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía*

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

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

DECRETO 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía. (BOJA núm. 195 de 5 de octubre)

El art. 10.3.1º del Estatuto de Autonomía para Andalucía entre los objetivos básicos de la Comunidad contempla la consecución del pleno empleo, empleo que deberá ser estable y de calidad en todos los sectores de la producción. A tales efectos, el artículo 63.1 permite asumir a la Comunidad Autónoma de Andalucía las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, entre las que se incluyen, según el apartado 1º de dicho artículo, las políticas activas de empleo, que comprenden, entre otras materias, la formación de las personas demandantes de empleo y de las personas en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes. El Servicio Andaluz de Empleo, creado por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, es el órgano gestor de la política de empleo de la Junta de Andalucía, y tiene como objetivos específicos el ejercicio de las competencias en materia de empleo y cualificación profesional, y en particular, la formación para el empleo y la orientación e información entre otros. Mediante Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, la Administración General del Estado traspasó a la Comunidad Autónoma de Andalucía las funciones y servicios de la Gestión de la Formación Profesional Ocupacional. Desde entonces, la Junta de Andalucía gestiona la formación profesional dirigida a personas desempleadas. Esta formación ha convivido a lo largo de estos años con la Formación Profesional Continua, dirigida a las personas ocupadas, y la Formación Profesional Inicial, gestionada por la Administración educativa. En los últimos años, se han aprobado importantes normas en el ámbito del empleo y la Formación Profesional, estableciéndose una nueva categoría, la Formación Profesional para el Empleo, que hacen imprescindible la adaptación de la regulación autonómica existente al nuevo marco. Adicionalmente, el Real Decreto

*La selección se corresponde con el trimestre natural comprendido entre octubre y diciembre de 2009.

34/2008, de 18 de enero, regula los Certificados de Profesionalidad, definidos como instrumentos de acreditación oficial de las cualificaciones profesionales del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales en el ámbito de la Administración laboral. Por último, el art. 25.2 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, establece que los programas de Formación Ocupacional y Continua se desarrollarán de acuerdo con lo establecido en dicha norma y en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y la Formación Profesional, incluyendo ambas enseñanzas dentro del ámbito de la Administración Laboral.

En Andalucía, la gestión de la Formación Profesional Ocupacional se regulaba a través del Decreto 204/1997, de 3 de septiembre, por el que se establecieron los Programas de Formación Profesional Ocupacional de la Junta de Andalucía, mientras que, para la gestión de la Formación Continua se han venido aprobando anualmente por la Consejería competente en materia de empleo sucesivos órdenes de convocatoria de Subvenciones a fin de fomentar dicha formación. El Decreto comentado establece un nuevo modelo de Formación Profesional que tiene por objeto facilitar a las personas trabajadoras, ocupadas y desempleadas, una formación ajustada a las necesidades del mercado de trabajo, que atienda a los requerimientos de competitividad de las empresas, a la vez que satisfaga las aspiraciones de promoción profesional y desarrollo personal de las personas trabajadoras, capacitándolas para el desempeño cualificado de las diferentes profesiones y para el acceso al empleo. Se supera con ello la tradicional separación entre la Formación Profesional Ocupacional por un lado, y la Formación Continua por otro, integrando en un único subsistema toda la Formación Profesional que se desarrolla en el ámbito de la administración laboral, que pasa a denominarse Formación Profesional para el Empleo. El Decreto establece las modalidades e iniciativas de formación para el empleo, su régimen de funcionamiento y financiación (art. 1).

La Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, como política activa de empleo, se regirá por los principios de transparencia, calidad, eficacia y eficiencia; libre circulación de las personas trabajadoras; vinculación de la Formación Profesional para el Empleo con el Diálogo Social y la negociación colectiva sectorial; gratuidad e igualdad en el acceso; adecuación rápida y flexible de la oferta a las circunstancias del mercado laboral y a las necesidades específicas de las empresas, en especial a las pequeñas y medianas empresas y las empresas de economía social y las personas trabajadoras autónomas; el fomento de la cultura empresarial y el autoempleo; la adecuación de la oferta formativa a las necesidades concretas del territorio donde se implemente la misma; el fomento de la incorporación de las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a los procesos formativos; la calidad de la formación, la mejora y la evaluación permanente; la igualdad de oportunidades y la no discriminación entre hombres y mujeres; la especial atención hacia aquellos colectivos con mayor dificultad para el acceso al mercado laboral; el fomento de la conciliación de la vida familiar y laboral; la vinculación de la Formación Profesional para el Empleo con el Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales y Formación Profesional y la evaluación, acreditación y certificación de las competencias profesionales obtenidas en el ámbito de la Formación Profesional para el Empleo (art. 2). Por su parte, la norma plantea como objetivos: cualificar y recualificar a las personas trabajadoras, tanto desempleadas como ocupadas; contribuir a la consecución del pleno empleo de calidad; facilitar una mayor conexión y mejor adecuación entre la oferta formativa y las necesidades del mercado de trabajo y las empresas; fomentar la formación a lo largo de la vida

promoviendo la adaptación permanente de la población activa a las cualificaciones demandadas en el entorno laboral; posibilitar el reconocimiento y acreditación de las competencias profesionales; promover la realización de acciones que favorezcan la mejora de la formación profesional, su desarrollo y evaluación (art. 3).

El Decreto regula distintos tipos de acciones de formación para el empleo, que incluyen la formación de oferta (art. 8); los programas de acciones formativas con compromiso de contratación, los programas públicos de empleo formación y las acciones de investigación, innovación y acompañamiento (art. 5).

La formación para el empleo se dirige al conjunto de la población activa, ocupados y desempleados, aunque el art. 6 determina unos colectivos de atención prioritaria, impulsándose de manera especial acciones positivas a favor de las mujeres con el objetivo de reducir desequilibrios. En todo caso, la participación del alumnado en acciones formativas no podrá exceder de ocho horas diarias (art. 9.3). La formación puede ser presencial, a distancia o mixta (art. 10). La programación de la formación para el empleo será realizada por el Servicio Andaluz de Empleo en base a las necesidades del mercado de trabajo. Los arts. 13 y 14 regulan por separado los Planes de Formación dirigidos a personas ocupadas y las acciones formativas dirigidas a personas desempleadas. Por su parte, el art. 16 regula ayudas para el alumnado en situación de desempleo, con el conjunto de cubrir manutención, transporte y alojamiento, y ayudas para el cuidado de hijos y familiares dependientes. El mismo precepto prevé la concesión de becas para personas discapacitadas y colectivos de desempleados que requieran una actuación diferenciada. Por último, el art. 17 regula los programas públicos de empleo-formación, que tienen como finalidad mejorar la cualificación y las posibilidades de empleo de determinados colectivos de personas desempleadas. Durante el desarrollo de estos programas, las personas participantes recibirán formación profesional adecuada a la ocupación a desempeñar en alternancia con el trabajo y la práctica profesional.

El alumnado deberá superar un proceso de evaluación para obtener la calificación de apto, que se realizará de forma continua. Por su parte, la evaluación del aprendizaje del alumnado de la formación vinculada a la obtención de los Certificados de Profesionalidad, se realizará por módulos formativos y, en su caso, por unidades formativas, al objeto de comprobar los resultados del aprendizaje y, en consecuencia, la adquisición de las competencias profesionales (art. 18). Cada Certificado de Profesionalidad acreditará una cualificación profesional del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, cuya obtención por el alumnado es el objetivo prioritario de la oferta de formación para el empleo. La competencia para la expedición de los Certificados de Profesionalidad y las acreditaciones parciales acumulables en Andalucía corresponde al Servicio Andaluz de Empleo (art. 19). Pero el Decreto prevé también modalidades transnacionales de formación práctica (art. 21); de esta forma, la administración andaluza se compromete a financiar o cofinanciar los siguientes Proyectos de movilidad para el alumnado (art. 23) y para los profesionales del ámbito de la formación para el empleo (art. 24). Por último, el Decreto prevé acciones de investigación, innovación y acompañamiento a la formación (art. 25). La finalidad de estas actuaciones es contribuir a la mejora de la Formación Profesional para el Empleo potenciando la calidad de la formación de las personas ocupadas y desempleadas así como difundiendo y promoviendo el conjunto del Subsistema de Formación Profesional para el Empleo, mediante la realización de estudios de carácter general y sectorial (art. 26) y acciones de investigación e innovación (art. 27).

La modificación del sistema de formación profesional para el empleo, requiere una estructura organizativa acorde a las necesidades del nuevo sistema. Para ello, se crea un Fichero Andaluz de Especialidades Formativas en el que se encuadrarán en las familias profesionales que se establecen en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (art. 28). La formación para el empleo podrá impartirse en centros públicos, en centros pertenecientes a las Organizaciones Sindicales y Empresariales, en centros privados y en empresas que desarrollen acciones formativas con compromiso de contratación (art. 29), que tendrán que cumplir los requisitos establecidos en el art. 32. El Servicio Andaluz de Empleo creará y gestionará un Registro de Centros y Entidades Colaboradoras en materia de Formación Profesional para el Empleo (art. 31). Por último, el Servicio Andaluz de Empleo, promoverá la calidad de la oferta de Formación Profesional para el Empleo y llevará a cabo un seguimiento y evaluación de las acciones formativas con el fin de asegurar su eficacia y la adecuación permanente de la misma a las necesidades del mercado de trabajo en la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 35). El Decreto, ha sido inmediatamente desarrollado por Orden de 23 de octubre de 2009.

ORDEN de 23 de octubre de 2009, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones y ayudas y otros procedimientos. (BOJA núm. 214, de 3 de noviembre)

La Orden comentada, estructurada en seis capítulos, desarrolla la norma que ordena la Formación Profesional para el Empleo y establece las bases para la concesión de ayudas y subvenciones. El Capítulo II regula las distintas modalidades de desarrollo de la Formación de oferta (art. 2), distinguiendo, además de la formación dirigida prioritariamente a personas ocupadas (Sección 2ª Cap. II) y la formación dirigida prioritariamente a personas desempleadas (Sección 3ª Cap. II), y el Programa de acciones formativas con compromiso de contratación (art. 37), y otros programas específicos de formación de oferta. Estos programas constituyen una novedad, en cuanto que permiten dar cobertura específica a los sectores, territorios y colectivos con mayores dificultades en el acceso al mercado laboral, desarrollando las previsiones ya contenidas en el artículo 23.2.c) del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo. Asimismo, incluye una sección para regular las prácticas profesionales en empresas (arts. 48 a 53). Por último se incluye la regulación de los distintos tipos de becas y ayudas destinadas al alumnado desempleado que participe en las acciones formativas (arts. 42 a 47). Como novedad destaca la ayuda a la conciliación que va a permitir compatibilizar la asistencia a la formación con el cuidado de hijos menores de seis años o familiares dependientes hasta el segundo grado.

En el Capítulo III se regulan las Acciones de investigación e innovación, que tienen por objeto contribuir a la mejora de la Formación Profesional para el Empleo mediante el desarrollo de distintas modalidades, tales como acciones de prospección y análisis, acciones destinadas a la elaboración de productos, técnicas y herramientas innovadoras, acciones de evaluación, de promoción y difusión de la Formación Profesional para el Empleo o acciones de información y orientación. Este capítulo viene a unificar las hasta ahora existentes Acciones de mejora de la Formación Profesional Ocupacional con las Acciones complementarias y de acompañamiento de la Formación Continua. El Capítulo IV recoge la

creación del Fichero Andaluz de Especialidades Formativas, que recogerá la oferta formativa que se puede planificar en Andalucía. En el mismo, además de las especialidades que incluya el Servicio Público de Empleo Estatal en su propio fichero, se facilita la posibilidad de incluir especialidades que den respuestas concretas a las necesidades específicas de cualificación de nuestra Comunidad Autónoma. El Capítulo V está destinado a la creación del Registro de Centros y Entidades colaboradoras en materia de Formación Profesional para el Empleo y la regulación de todo lo relacionado con dichas entidades en Andalucía. Como novedad introducida por el nuevo marco normativo destaca la diferenciación entre las entidades inscritas para impartir especialidades formativas no conducentes a la obtención de Certificados de Profesionalidad, y las entidades acreditadas para impartir especialidades conducentes a la obtención de dichos Certificados.

En total son siete las distintas modalidades de subvenciones previstas para el desarrollo de Planes y Acciones formativas, entre ellas, las dirigidas prioritariamente a los trabajadores ocupados, a los desempleados, las subvenciones destinadas a cursos con compromiso de contratación, el Programa de Formación e Inserción para colectivos con especiales dificultades de inserción, el Programa dirigido a personas ocupadas en Pymes, empresas de economía social y autónomos y el programa de formación de formadores y gestores de la Formación Profesional para el Empleo. Además de éstas, se regulan en la Orden las subvenciones destinadas al desarrollo de acciones de Investigación e Innovación, así como las becas y ayudas para las personas participantes en la formación y las ayudas a las empresas para la realización de prácticas profesionales. Todo ello hace que convivan en una única norma hasta nueve procedimientos de concesión de subvenciones y ayudas, junto con los procedimientos relativos a la inscripción de especialidades y la inscripción y acreditación de Centros en sus respectivos Registros.

Por lo que respecta a los procedimientos de concesión de subvenciones, como norma general se aplica el procedimiento ordinario de concurrencia competitiva previsto en el artículo 22.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. No obstante lo anterior, se exceptiona de la concurrencia competitiva la suscripción de los convenios con los Agentes Económicos y Sociales más representativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza para la ejecución de los Planes de Formación de Carácter Intersectorial dirigidos prioritariamente a personas ocupadas, así como para el desarrollo de acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas desempleadas. Además, se han excluido del procedimiento de concurrencia competitiva aquellos programas que pretenden dar respuestas concretas a las necesidades de contratación de las empresas, tales como el Programa de acciones con compromiso de contratación, ya que dichas necesidades no pueden quedar sujetas a un plazo determinado ni ser comparadas con otras entidades, estableciendo prelación entre ellas. Se excluye también de la concurrencia competitiva las de Formación e Inserción Sociolaboral para colectivos con especiales dificultades de inserción, debido a las especiales razones sociales que permitirán a la administración decidir qué colectivos requieren en cada momento de una atención especial y qué acciones diseñar para llegar a ellos, sin que se pueda someter a una comparación y prelación ente ellos. Por último, se someten a concesión directa las becas y ayudas reguladas en la Sección 5ª del Capítulo II, así como las ayudas a empresas para la realización de prácticas profesionales, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo, el que se regula la concesión directa de determinadas subvenciones en los ámbitos del empleo y de la formación profesional ocupacional.

DECRETO 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía, contempla, en su artículo 10.3.1.º, como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la consecución del pleno empleo estable y de calidad en todos los sectores de la producción, determinando su artículo 63.1 que corresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, entre las que se incluyen, según el apartado 1.º de dicho artículo, las políticas activas de empleo, que comprenden, entre otras materias, la formación de las personas demandantes de empleo y de las trabajadoras en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes.

El Servicio Andaluz de Empleo, creado por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre y adscrito a la Consejería competente en materia de empleo como órgano gestor de la política de empleo de la Junta de Andalucía tiene como objetivos específicos el ejercicio de las competencias en materia de empleo y cualificación profesional, y en particular, la formación para el empleo y la orientación e información entre otros.

Mediante Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, la Administración General del Estado traspasó a la Comunidad Autónoma de Andalucía las funciones y servicios de la Gestión de la Formación Profesional Ocupacional. Desde entonces, se viene gestionando por la Junta de Andalucía, a través de la Consejería con competencias en materia de empleo, la formación profesional dirigida a personas desempleadas. Esta formación ha convivido a lo largo de estos años con la Formación Profesional Continua, dirigida a las

personas ocupadas, y la Formación Profesional Inicial, gestionada ésta por la Administración educativa.

En relación con la gestión de la Formación Continua, son dos sentencias del Tribunal Constitucional (STC 95/2002, de 25 de abril y STC 190/2002, de 17 de octubre), las que delimitaron los ámbitos de actuación de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas en esta materia, ubicándola dentro del ámbito laboral, y por tanto, dentro el ámbito de gestión de las Comunidades Autónomas, al igual que la Formación Profesional Ocupacional.

Mediante el Real Decreto 1562/2005, de 23 de diciembre, y como consecuencia de dichas sentencias, se traspasa a la Comunidad Autónoma de Andalucía la gestión de la Formación Continua.

En los últimos años, se han aprobado importantes normas en el ámbito del empleo y la Formación Profesional, estableciéndose una nueva categoría, la Formación Profesional para el Empleo, que hacen imprescindible la adaptación de la regulación autonómica existente al nuevo marco.

El Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, regula los Certificados de Profesionalidad, definidos como instrumentos de acreditación oficial de las cualificaciones profesionales del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales en el ámbito de la Administración laboral.

Por su parte, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, establece, en su artículo 25.2, que los programas de Formación Ocupacional y Continua se desarrollarán de acuerdo con lo establecido en dicha Ley, así como en la Ley Orgánica

5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y la Formación Profesional, incluyendo ambas enseñanzas dentro del ámbito de la Administración Laboral.

Por lo que respecta al ámbito de la Unión Europea, el Aprendizaje Permanente es considerado como un pilar fundamental de la Estrategia Europea de Empleo para responder a los cambios económicos y sociales fruto de la mundialización y reforzar el empleo, la reforma económica y la cohesión social como parte de una economía basada en el conocimiento.

En Andalucía, la gestión de la Formación Profesional Ocupacional se regulaba a través del Decreto 204/1997, de 3 de septiembre, por el que se establecieron los Programas de Formación Profesional Ocupacional de la Junta de Andalucía, mientras que, para la gestión de la Formación Continua se han venido aprobando anualmente por la Consejería competente en materia de empleo sucesivos órdenes de convocatoria de Subvenciones a fin de fomentar dicha formación.

En los años transcurridos desde la aprobación del citado Decreto, la realidad social, económica y tecnológica de Andalucía ha sufrido un cambio sustancial que ha supuesto una modernización sin igual en la reciente historia de nuestra Comunidad Autónoma. Tales circunstancias implican la configuración de la Formación Profesional para el Empleo, en un mercado laboral cada vez más dinámico y exigente, como un elemento clave y de naturaleza estratégica dentro de las políticas activas de empleo para alcanzar los objetivos de empleo.

Además de lo expuesto, hay que tener en cuenta el importante papel que han jugado desde 1993 los Agentes Económicos y Sociales en el desarrollo de la Formación Profesional para el Empleo. En este contexto, se creó el Consejo Andaluz

de la Formación Profesional mediante el Decreto 451/1994, de 15 de noviembre, que supone la institucionalización de un órgano de coordinación entre los distintos departamentos de la Junta de Andalucía y de participación de los Agentes Económicos y Sociales en las actuaciones que, en materia de formación profesional, se lleven a cabo en nuestra Comunidad Autónoma.

El presente Decreto establece un nuevo modelo de Formación Profesional que tiene por objeto facilitar a las personas trabajadoras, ocupadas y desempleadas, una formación ajustada a las necesidades del mercado de trabajo, que atienda a los requerimientos de competitividad de las empresas, a la vez que satisfaga las aspiraciones de promoción profesional y desarrollo personal de las personas trabajadoras, capacitándolas para el desempeño cualificado de las diferentes profesiones y para el acceso al empleo, superando con ello, la tradicional separación entre la Formación Profesional Ocupacional por un lado, y la Formación Continua por otro, integrando en un único subsistema toda la Formación Profesional que se desarrolla en el ámbito de la administración laboral, que pasa a denominarse Formación Profesional para el Empleo.

Este modelo se completará una vez se culmine el traspaso de los medios personales y materiales necesarios que posibiliten a la Comunidad Autónoma la realización del seguimiento de la formación de demanda, y la evaluación, seguimiento y control de la formación teórica de los contratos para la formación de empresas con todos sus centros de trabajo en Andalucía.

Por todo ello, se aprueba este Decreto con el que se pretende establecer la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo, adaptándola a la realidad social y económica de Andalucía y convirtiéndola en una

herramienta ágil, efectiva y de calidad para la formación del capital humano como factor clave de competitividad haciendo de nuestra economía, una economía sostenible, fuente de riqueza y generadora de empleo.

Entre las novedades que introduce el presente Decreto cabe destacar la mayor adecuación de la formación a las necesidades del mercado laboral y del territorio, el tratamiento transversal de la igualdad de género en materia de formación, con especial atención a las medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, potenciando la dimensión transnacional de la formación, y todo ello, incorporando la calidad como principio rector del subsistema.

El presente Decreto ha sido sometido a consulta en el Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo y en el Consejo Andaluz de la Formación Profesional.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Empleo en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 27.9 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su sesión del día 22 de septiembre de 2009.

DISPONGO

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación.*

El presente Decreto tiene como objeto la regulación de la Formación Profesional para el Empleo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el establecimiento de sus distintas modalidades e iniciativas de formación, así como el régimen de funcionamiento y financiación.

Artículo 2. *Concepto y principios de la Formación Profesional para el Empleo.*

1. La Formación Profesional para el Empleo está integrada por el conjunto de instrumentos y acciones que tienen por objeto impulsar y extender entre las empresas y las personas trabajadoras ocupadas y desempleadas una formación que responda a sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento.

2. La Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, como política activa de empleo, se regirá por los siguientes principios:

a) La transparencia, calidad, eficacia y eficiencia.

b) La libre circulación de las personas trabajadoras en el desarrollo de las acciones formativas.

c) La vinculación de la Formación Profesional para el Empleo con el Diálogo Social y la negociación colectiva sectorial.

d) El ejercicio del derecho a la Formación Profesional para el Empleo, su carácter gratuito y la igualdad en el acceso de los trabajadores y trabajadoras y las empresas a la formación y a las ayudas a la misma.

e) La adecuación rápida y flexible de la oferta formativa a las cambiantes circunstancias del mercado laboral, así como a las necesidades específicas de las empresas, en especial a las pequeñas y medianas empresas y las empresas de economía social y las personas trabajadoras autónomas.

f) El fomento de la cultura empresarial y el autoempleo, intensificando la iniciativa empresarial de las mujeres.

g) La adecuación de la oferta formativa a las necesidades concretas del territorio donde se implemente la misma.

h) El fomento de la incorporación de las Nuevas Tecnologías de la

Información y las Comunicaciones a los procesos formativos.

i) La calidad de la formación y la mejora continua tanto de los procesos formativos, como de las instalaciones y equipamientos con que cuentan las entidades que desarrollan formación, así como la evaluación permanente de los resultados obtenidos.

j) La igualdad de oportunidades y la no discriminación entre hombres y mujeres, estableciéndose acciones para facilitar la incorporación de la mujer en todos los sectores productivos.

k) La especial atención hacia aquellos colectivos con mayor dificultad para el acceso al mercado laboral, en particular a jóvenes, personas con discapacidad, afectados y víctimas del terrorismo y de la violencia de género, desempleados de larga duración, mayores de 45 años y personas con riesgo de exclusión social.

l) La no discriminación, igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad en el acceso a la formación profesional para el empleo.

m) El fomento de la conciliación de la vida familiar y laboral, facilitando el acceso a la formación.

n) La vinculación de la Formación Profesional para el Empleo con el Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales y Formación Profesional.

o) La evaluación, acreditación y certificación de las competencias profesionales obtenidas en el ámbito de la Formación Profesional para el Empleo.

p) La colaboración y coordinación con otras Administraciones Públicas para fomentar la calidad de la Formación Profesional para el Empleo, en el ámbito de sus respectivas competencias, así como la coordinación entre los diferentes órganos de la Administración de la Junta de Andalucía.

Artículo 3. Objetivos de la Formación Profesional para el Empleo.

Son objetivos de la Formación Profesional para el Empleo:

a) Cualificar y recualificar a las personas trabajadoras, tanto desempleadas como ocupadas, con el fin de contribuir a mejorar la competitividad de los sectores productivos y la productividad de las empresas a través de la formación.

b) Contribuir a la consecución del pleno empleo de calidad.

c) Facilitar una mayor conexión y mejor adecuación entre la oferta formativa y las necesidades del mercado de trabajo y las empresas, favoreciendo la mejora de la empleabilidad de las personas trabajadoras, ocupadas o desempleadas, especialmente de las que tienen mayores dificultades de empleo o de inserción laboral.

d) Fomentar la formación a lo largo de la vida promoviendo la adaptación permanente de la población activa a las cualificaciones demandadas en el entorno laboral, mejorando su capacitación profesional y permitiéndoles su realización personal y social.

e) Posibilitar el reconocimiento y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de las vías formativas reguladas en este Decreto así como a través de la experiencia laboral y vías no formales de formación, en coordinación con la Consejería competente en materia de educación.

f) Promover la realización de acciones que favorezcan la mejora de la formación profesional, su desarrollo y evaluación.

Artículo 4. Definiciones.

1. A los efectos del presente Decreto y su normativa de desarrollo, se entenderá por:

a) Acción formativa: Acción dirigida a la adquisición y/o mejora de las

competencias y cualificaciones profesionales, pudiéndose estructurar en varios módulos formativos con objetivos, contenidos y duración propios.

b) Especialidad formativa: Agrupación de contenidos, competencias profesionales y especificaciones técnicas que responde a un conjunto de actividades de trabajo enmarcadas en una fase del proceso de producción y con funciones afines. La especialidad formativa sirve como referente para la programación de acciones en el marco del Subsistema de formación profesional para el empleo. La especialidades formativas pueden ser dirigidas a la obtención de certificados de profesionalidad o no.

c) Fichero Andaluz de Especialidades Formativas: Catálogo de especialidades formativas que servirá de base para la programación de las acciones formativas y planes de formación que se desarrollen en Andalucía.

d) Grupo: Conjunto de personas destinatarias de cada una de las ediciones de una acción formativa, dentro del mismo Plan de Formación. En cada grupo participan un conjunto de alumnos y alumnas que realizan simultáneamente una misma acción formativa con igual profesorado, calendario, horario, y lugares de impartición.

e) Iniciativas de Formación: Conjunto de programas de formación en el que se subdivide la Formación Profesional para el Empleo.

f) Itinerario formativo. Conjunto concatenado de acciones formativas complementarias entre sí, dirigidas a un grupo de trabajadores y trabajadoras con el fin de ofrecerles una mayor especialización que permita completar su cualificación para mejorar su empleabilidad.

g) Itinerario Personalizado de Inserción: Diseño, realización y seguimiento de una secuencia concatenada de acciones, destinadas a mejorar la empleabilidad de las

personas demandantes de empleo inscritas como desempleadas en el Servicio Andaluz de Empleo.

h) Micropyme: Empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros, de conformidad con la definición dada en la Recomendación 2003/361/CE de 6 de mayo de 2003.

i) Módulo formativo del Certificado de Profesionalidad: Bloque coherente de formación asociado a cada una de las unidades de competencia que configuran la cualificación acreditada mediante el Certificado de Profesionalidad. La evaluación positiva de todos y cada uno de los módulos formativos asociados a una unidad de competencia permitirán la acreditación de la misma.

j) Plan de Formación: Conjunto coherente y ordenado de acciones formativas, concretado en un periodo determinado de tiempo y encaminado al logro de unos objetivos formativos.

k) Programa formativo: Conjunto de actuaciones en materia de formación dirigidas a un colectivo concreto o a una finalidad concreta. El programa formativo se desarrollará mediante planes de formación, proyectos formativos o itinerarios de formación.

l) Proyecto formativo: Conjunto de actuaciones que incluye, además de las acciones formativas, otras acciones, tales como becas o prácticas profesionales, diseñado específicamente para un sector de actividad, un ámbito territorial o un colectivo determinado y planificadas conjuntamente con el fin de mejorar la empleabilidad de los destinatarios finales.

m) Unidad de competencia: La unidad mínima acreditable para obtener un Certificado de Profesionalidad, siendo susceptible de reconocimiento y acreditación parcial.

n) Unidad formativa: Subdivisión de los módulos formativos de los

Certificados de Profesionalidad que se recogerán en el Fichero de Especialidades Formativas.

2. La oferta de Formación Profesional para el Empleo se realizará a través de acciones formativas. Éstas se podrán agrupar en Planes de Formación, en Proyectos formativos o en Itinerarios formativos.

Artículo 5. *Iniciativas de Formación Profesional para el Empleo.*

Los tipos de acciones de Formación Profesional para el Empleo que se regulan en el presente Decreto son:

a) La formación de oferta destinada a la población activa, tanto ocupada como en situación de desempleo, y que se impartirá a través de planes de formación, proyectos formativos, acciones formativas o itinerarios formativos.

b) Los programas de acciones formativas con compromiso de contratación, los itinerarios formativos, los programas específicos dirigidos a colectivos con especiales dificultades, así como otros programas que se desarrollen en base a las necesidades del mercado laboral.

c) Los programas públicos de empleo-formación.

d) Las acciones de investigación, innovación y acompañamiento dirigidas a conseguir una mayor calidad, eficacia y adecuación de la Formación Profesional para el Empleo a las necesidades del mercado de trabajo.

Artículo 6. *Personas destinatarias y colectivos prioritarios.*

1. Podrá participar en las acciones, Planes y Programas de Formación Profesional para el Empleo la población activa tanto ocupada como desempleada, en los términos y con las condiciones que se establecen en el presente Decreto y en la normativa que lo desarrolle.

2. Asimismo, podrán participar en la formación de oferta regulada en

este Decreto, las personas cuidadoras no profesionales que atiendan a las personas en situación de dependencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 18.4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción a la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y en la normativa que desarrolle el presente Decreto.

3. Será prioritaria la participación de los siguientes colectivos:

a) Los jóvenes, para los que se establecerán programas específicos de inserción laboral, formación y promoción profesional tal y como establece el artículo 169.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

b) Los colectivos con una especial dificultad en el acceso al empleo, tales como las personas con discapacidad, las afectadas y víctimas del terrorismo, de la violencia de género, personas desempleadas de larga duración, las mayores de 45 años y las personas en riesgo de exclusión social. Se adoptarán las medidas que faciliten su inclusión social así como su participación en las distintas modalidades de Formación Profesional para el Empleo en igualdad de condiciones e integrados en la oferta general de formación. Asimismo, podrán diseñarse programas específicos para estos colectivos.

c) Las personas inmigrantes, que cuenten con la debida autorización de trabajo y hayan obtenido la pertinente autorización administrativa para residir en España, para las cuales podrán diseñarse programas específicos de Formación Profesional para el Empleo que incluyan, en caso necesario, módulos de español para extranjeros.

d) Las personas ocupadas en pequeñas y medianas empresas, cuya participación será prioritaria en los planes de formación destinados fundamentalmente a personas trabajadoras ocupadas, ya sean de carácter intersectorial o sectorial, así

como en el porcentaje de ocupados que puedan participar

en la oferta de formación dirigida prioritariamente a personas desempleadas, pudiéndose diseñar programas específicos para personas trabajadoras de micropymes.

4. Será prioritaria la participación de las mujeres en las acciones de Formación Profesional para el Empleo.

Se impulsará el diseño de actuaciones específicas para mujeres, como medida de acción positiva, para corregir los desequilibrios que se produzcan en el mercado de trabajo.

Artículo 7. Financiación.

La Formación Profesional para el Empleo se financiará de conformidad con la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para cada ejercicio económico, con cargo a los fondos provenientes de las siguientes vías de financiación:

- a) Fondos propios de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- b) Ayudas procedentes del Fondo Social Europeo y otros instrumentos de financiación de la Unión Europea.
- c) Transferencias finalistas de la Administración General del Estado u otras Administraciones Públicas.
- d) Las aportaciones que eventualmente realicen las empresas y entidades interesadas.

CAPÍTULO II

Formación Profesional para el Empleo

Artículo 8. Formación de oferta.

1. La oferta de Formación Profesional para el Empleo tiene por objeto proporcionar a las personas trabajadoras, tanto ocupadas como desempleadas, una formación ajustada a las necesidades del mercado de trabajo y que atienda a los requerimientos de productividad y competitividad de las empresas y a las aspiraciones de

promoción profesional y desarrollo personal de los trabajadores y trabajadoras, de forma que les capacite para el desempeño cualificado de las distintas profesiones y para el acceso al empleo.

2. El Servicio Andaluz de Empleo adoptará las medidas necesarias para que la oferta de Formación Profesional para el Empleo sea amplia, permanente y accesible, así como adaptada a las necesidades específicas del territorio y, en especial, de los sectores productivos de Andalucía.

Artículo 9. Acciones Formativas.

1. Las acciones formativas dirigidas a la obtención de los Certificados de Profesionalidad tendrán, al menos, la duración establecida en la normativa reguladora de los mismos. Con el fin de favorecer su acreditación parcial acumulable y posibilitar a los trabajadores y trabajadoras su avance en un itinerario formativo, cualquiera que sea su situación laboral en cada momento, se fomentará la programación de acciones formativas que estén constituidas por módulos formativos de los que integran un Certificado de Profesionalidad o, en su caso, por unidades formativas de menor duración, en los términos que se establecen legalmente.

2. Cuando las acciones formativas no estén vinculadas a la obtención de los Certificados de Profesionalidad tendrán una duración adecuada a su finalidad, en función del colectivo destinatario, la modalidad de impartición, y otros criterios objetivos, sin que pueda ser inferior a seis horas lectivas.

No obstante, cuando las acciones formativas tengan carácter transversal, y versen sobre áreas consideradas prioritarias por el Servicio Andaluz de Empleo, su duración podrá ser inferior al límite expresado.

3. La participación del alumnado en acciones formativas no podrá ser superior a ocho horas diarias.

4. No tendrán la consideración de acciones formativas a los efectos de este Decreto las actividades de carácter informativo o divulgativo cuya finalidad no sea el desarrollo de un proceso de formación de los contemplados en el mismo, como jornadas, ferias, simposios y congresos.

Artículo 10. *Modalidades de impartición de la formación.*

1. La formación podrá impartirse de forma presencial, convencional a distancia, mediante teleformación y mixta.

2. La modalidad de impartición mediante teleformación es aquella en la que el proceso de aprendizaje de las acciones formativas se desarrolla a través de medios telemáticos, posibilitando la interactividad del alumnado, tutores y recursos situados en distinto lugar. La teleformación será complementada necesariamente con asistencia tutorial.

Artículo 11. *Cuantificación de las acciones formativas.*

1. La Consejería competente en materia de empleo, establecerá la cuantía de su aportación económica a las acciones formativas en función de su modalidad de impartición, de la especialidad de que se trate, y del nivel formativo. Dicha aportación se calculará teniendo en cuenta los módulos económicos máximos establecidos legalmente.

2. Asimismo, la Consejería competente en materia de empleo podrá establecer módulos económicos específicos en función de la singularidad de determinadas acciones formativas, que por su especialidad, colectivo al que vayan dirigidas o sus características técnicas, precisen de una mayor financiación.

El importe de los módulos económicos para cada especialidad formativa se publicará en la página web del Servicio Andaluz de Empleo.

Artículo 12. *Programación y gestión de la Formación Profesional para el Empleo.*

1. El Servicio Andaluz de Empleo, establecerá una programación de la oferta formativa de formación profesional para el empleo adaptada a las necesidades del mercado laboral. Esta oferta comprenderá la formación dirigida a personas trabajadoras desempleadas y ocupadas en la proporción que se determine en función del número de personas trabajadoras que se hallen en cada situación. La programación se realizará en base a la prospección de las necesidades del mercado de trabajo y conclusiones de los estudios del Sistema de Prospección Permanente del Mercado de Trabajo de Andalucía y atendiendo al modelo de organización del Servicio Andaluz de Empleo basado en las Áreas Territoriales de Empleo.

2. La gestión de esta programación la realizará el Servicio Andaluz de Empleo con medios propios de la Administración de la Junta de Andalucía, o ajenos, a través de subvenciones públicas, o mediante otros instrumentos jurídicos.

3. Cuando se establezcan subvenciones, la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo, mediante Orden, aprobará las bases reguladoras para la concesión de las mismas.

Artículo 13. *Planes de Formación dirigidos prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas.*

1. La formación de oferta dirigida prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas se realizará mediante Planes de Formación, que podrán tener carácter intersectorial o sectorial. El Servicio Andaluz de Empleo podrá decidir, en función de su planificación y las necesidades tanto del sistema productivo como de las personas ocupadas, la proporción de acciones formativas de carácter intersectorial o sectorial a desarrollar.

2. Los Planes de Formación Intersectoriales estarán compuestos por acciones formativas dirigidas al aprendizaje de competencias transversales a varios sectores de la actividad económica o de competencias específicas de un sector para el reciclaje y recualificación del personal ocupado en otros sectores, incluida la formación dirigida a la capacitación para la realización de funciones propias de la representación legal de las personas trabajadoras. En estos planes podrán participar hasta un 10% del personal laboral o funcionario de las Administraciones Públicas sobre el total de participantes en cada Plan.

3. Los Planes de Formación Sectoriales se compondrán de acciones formativas dirigidas a la formación de trabajadores y trabajadoras de un sector productivo concreto, con el fin de desarrollar acciones formativas de interés general para dicho sector y satisfacer necesidades específicas de formación del mismo. Asimismo podrán dirigirse al reciclaje y recualificación de trabajadores y trabajadoras procedentes de sectores en situación de crisis.

4. La ejecución de los Planes de Formación se llevará a cabo en el marco de los convenios suscritos entre el Servicio Andaluz de Empleo y las organizaciones previstas en el artículo 24.3 del Real Decreto 395/2007 de 23 de marzo.

El Servicio Andaluz de Empleo deberá garantizar que los Planes de Formación que se desarrollen respeten los criterios y prioridades generales establecidos en el marco de la negociación colectiva y en concreto los acuerdos previstos en el artículo 83.3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que, en el ámbito andaluz, regulen tales criterios.

Tendrá prioridad dentro de los planes de carácter intersectorial y sectorial la formación en aquellas áreas prioritarias que se determinen en cada convocatoria de subvenciones y, en especial, la referida a la prevención de riesgos laborales.

5. La duración de los Planes de Formación podrá ser plurianual, sin perjuicio de la concreción anual para atender las necesidades de formación requeridas en cada momento por el mercado de trabajo.

Artículo 14. *Acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas.*

Las acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas, tienen como objeto la inserción o reinserción en el mercado laboral de éstas en aquellos empleos que requiere el sistema productivo, y se programarán de acuerdo con sus necesidades de cualificación y las ofertas de empleo detectadas.

La programación de estas acciones podrá ser plurianual, sin perjuicio de la concreción anual para atender las necesidades de formación requeridas en cada momento por el mercado de trabajo.

Artículo 15. *Otras iniciativas de Formación Profesional para el Empleo.*

Se diseñarán otros programas específicos adaptados a determinados colectivos o empresas:

a) El programa de acciones formativas con compromiso de contratación dirigidos a personas en situación de desempleo cuyo objetivo es el de facilitar una formación adaptada a las necesidades de las empresas para su contratación.

b) Programas específicos para la cualificación de personas con necesidades formativas especiales o que tengan dificultades para su inserción laboral o recualificación profesional.

c) Los programas destinados a la actualización de formadores y gestores en metodologías de la formación.

d) Aquellos otros programas formativos que el Servicio Andaluz de Empleo pudiera establecer en función de su planificación y nuevas necesidades detectadas.

Artículo 16. *Ayudas y becas para el alumnado.*

1. Las personas que participen en las acciones formativas reguladas en el presente Decreto, y se encuentren en situación de desempleo, podrán recibir ayudas en concepto de transporte, manutención y alojamiento, así como ayudas que permitan conciliar su asistencia a la formación con el cuidado de hijos menores de seis años o familiares dependientes.

Asimismo, podrán establecerse becas de asistencia a las personas con discapacidad y a determinados colectivos de personas en situación de desempleo que establezca el Servicio Andaluz de Empleo y que requieran una actuación diferenciada para facilitar su cualificación o recualificación, al objeto de posibilitar su participación en programas específicos.

2. Mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo se regularán estas ayudas y becas, fijando las cuantías, requisitos para su percepción e incompatibilidades.

Artículo 17. *Programas públicos de empleo-formación.*

1. Los programas públicos de empleo-formación tienen como finalidad mejorar la cualificación y las posibilidades de empleo de determinados colectivos de personas desempleadas. Durante el desarrollo de estos programas, las personas participantes recibirán formación profesional adecuada a la ocupación a desempeñar en alternancia con el trabajo y la práctica profesional.

Estos programas públicos de empleo-formación se regirán por lo establecido en su normativa específica en lo no previsto en este artículo.

2. Los contenidos de la formación de los programas públicos mencionados en el apartado anterior estarán vinculados a los contenidos establecidos en los certificados de profesionalidad de la ocupación relacionada con el oficio o puesto de trabajo previsto en el contrato laboral. De no existir certificado de profesionalidad, la formación teórica estará constituida por los contenidos mínimos orientativos establecidos en el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas para las ocupaciones o especialidades relativas al oficio o puesto de trabajo contemplado en el contrato laboral, y, en su defecto, por los contenidos formativos que se aprueben por el Servicio Andaluz de Empleo para el respectivo proyecto de empleo-formación.

CAPÍTULO III

Evaluación, Certificados de Profesionalidad, acreditación, reconocimiento y convalidación de la formación

Artículo 18. *Evaluación del aprendizaje.*

1. El alumnado participante en las acciones formativas, estén o no vinculadas al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales deberá superar un proceso de evaluación para obtener la calificación de apto.

2. La evaluación del aprendizaje se realizará de forma continua siguiendo criterios que deben garantizar la fiabilidad, objetividad y rigor técnico de la misma, por los formadores que impartan las acciones formativas, mediante instrumentos y métodos que garanticen la fiabilidad y validez de la misma.

3. La evaluación del aprendizaje del alumnado de la formación vincu-

lada a la obtención de los Certificados de Profesionalidad, se realizará por módulos formativos y, en su caso, por unidades formativas, al objeto de comprobar los resultados del aprendizaje y, en consecuencia, la adquisición de las competencias profesionales. Esta evaluación tomará como referencia las capacidades y criterios de evaluación establecidos para cada uno de los módulos formativos asociados a sus correspondientes unidades de competencia.

4. Asimismo, para la evaluación de la formación vinculada a la obtención de los Certificados de Profesionalidad, los formadores reflejarán documentalmente los resultados obtenidos por cada alumno en cada uno de los módulos formativos del Certificado, de manera que puedan ser validados por el Servicio Andaluz de Empleo. Para ello, elaborarán un acta de evaluación en la que quedará constancia de los resultados obtenidos por cada alumno indicando si ha adquirido o no las capacidades que correspondan a los módulos formativos, o en su caso, de las unidades formativas, y por lo tanto, la competencia general de la cualificación profesional a la que el Certificado de Profesionalidad se encuentra asociado.

5. El proceso de evaluación deberá quedar documentado en el expediente administrativo de la acción formativa. Los documentos que acreditan el proceso de evaluación serán las actas de evaluación y los informes individualizados de evaluación que se realizarán en modelos oficiales normalizados por el Servicio Andaluz de Empleo.

Artículo 19. *Certificados de Profesionalidad.*

1. La oferta de Formación Profesional para el Empleo vinculada al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales estará constituida por la formación dirigida a la obtención de los Certificados de Profesionalidad.

2. Los certificados de profesionalidad acreditan con carácter oficial las competencias profesionales que capacitan para el desarrollo de una actividad laboral con significación en el empleo. Tales competencias estarán referidas a las unidades de competencia de las cualificaciones profesionales del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, por lo que cada certificado de profesionalidad podrá comprender una o más de dichas unidades. En todo caso, la unidad de competencia constituye la unidad mínima acreditable y acumulable para obtener un certificado de profesionalidad.

3. Cada Certificado de Profesionalidad acreditará una cualificación profesional del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.

4. El Servicio Andaluz de Empleo promoverá que la oferta formativa programada en Andalucía tenga como objetivo prioritario la obtención de los Certificados de Profesionalidad, referidos al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.

5. La competencia para la expedición de los Certificados de Profesionalidad y las acreditaciones parciales acumulables en Andalucía corresponde al Servicio Andaluz de Empleo, que los expedirá a quienes lo hayan solicitado y demuestren haber superado los módulos correspondientes a dicho Certificado, o bien hayan obtenido el reconocimiento y la acreditación de todas las unidades de competencia que hayan sido adquiridas a través de la experiencia laboral o las vías no formales de formación.

6. El Servicio Andaluz de Empleo creará un Registro nominal y por especialidades formativas de los Certificados de Profesionalidad y de las acreditaciones parciales acumulables que hayan sido expedidas. El citado Registro se integrará en el marco del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo. Asimismo, y con el fin de garantizar la

actualización de dicha información en tiempo real, a los efectos laborales y educativos, establecerá los procedimientos oportunos, en particular los relacionados con la integración de la información en la demanda de empleo y el historial de la persona.

7. Las Consejerías competentes en materia de empleo y de educación establecerán conjuntamente la estructura organizativa responsable del procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación, de conformidad con lo previsto en la normativa vigente.

8. La expedición de los Certificados de Profesionalidad se realizará según el procedimiento que se establezca mediante Orden de la persona titular de Consejería competente en materia de empleo.

Artículo 20. Acreditación de la formación.

1. La formación que vaya dirigida a la obtención de Certificados de Profesionalidad, en su desarrollo, respetará los contenidos de los módulos formativos y los requisitos que se determinen en las normas específicas reguladoras de los citados Certificados. Este tipo de formación deberá acreditarse mediante la expedición del correspondiente Certificado de Profesionalidad o de sus acreditaciones parciales acumulables.

El Certificado de Profesionalidad sólo se expedirá cuando se hayan superado los módulos formativos correspondientes a la totalidad de las unidades de competencia en que se estructura. Las acreditaciones parciales acumulables se expedirán cuando se hayan superado los módulos formativos correspondientes a una o algunas de dichas unidades de competencia.

2. Para favorecer la formación a lo largo de la vida, los módulos formativos incluidos en los Certificados de

Profesionalidad que superen las noventa horas podrán ser subdivididos para su impartición, en unidades formativas de menor duración que, en todo caso, no podrán ser inferiores a treinta horas.

Cada unidad formativa se recogerá en el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas previsto en el artículo 28 e incluirá los datos de identificación de la misma, capacidades, criterios de evaluación y contenidos. Los requisitos para la impartición de las unidades formativas serán los del módulo formativo del Certificado de Profesionalidad que corresponda.

Las unidades formativas serán certificables siempre que se hayan desarrollado con los requisitos de calidad establecidos para impartir el módulo al que pertenecen. La superación de todas las unidades formativas definidas para el módulo, siempre que el participante curse de forma consecutiva al menos una unidad formativa por año, dará derecho a la certificación de módulo formativo y a la acreditación de la unidad de competencia correspondiente.

3. Cuando la formación no esté vinculada a la oferta formativa de los Certificados de Profesionalidad deberá entregarse a cada participante que haya finalizado la acción formativa un certificado de asistencia a la misma y, cuando el participante, haya superado la formación con evaluación positiva un diploma. En su caso, las competencias adquiridas a través de esta formación podrán ser reconocidas, al igual que las adquiridas a través de la experiencia laboral, mediante las acreditaciones totales o parciales de los certificados de profesionalidad, de conformidad con el procedimiento previsto en el apartado 7 del artículo 19.

4. La expedición de los Diplomas y los Certificados de Asistencia de las acciones formativas se realizará según el procedimiento que se esta-

blezca mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo.

Artículo 21. Reconocimiento y Convalidación de los Certificados de Profesionalidad.

1. La Consejería competente en materia de empleo expedirá a quienes lo soliciten el certificado de profesionalidad correspondiente siempre que, a través de las enseñanzas cursadas en el sistema educativo, hayan obtenido la certificación académica que acredite la superación de la totalidad de los módulos profesionales asociados a las unidades de competencia que conformen dicho certificado de profesionalidad.

2. Las unidades de competencia acreditadas por un certificado de profesionalidad o una acreditación parcial acumulable expedidos por la Consejería competente en materia de empleo, serán reconocidas por la Consejería competente en materia de educación y surtirán los efectos de convalidación del módulo o módulos profesionales correspondientes de acuerdo con la normativa por la que se establezca cada uno de los títulos de formación profesional, a quienes lo soliciten.

CAPÍTULO IV

Dimensión transnacional de la formación

Artículo 22. Proyectos de movilidad en materia de Formación Profesional para el Empleo.

La Administración de la Junta de Andalucía podrá financiar o cofinanciar los siguientes Proyectos de movilidad de carácter transnacional:

- a) Proyectos de movilidad del alumnado.
- b) Proyectos de movilidad para profesionales del ámbito de la Formación Profesional para el Empleo.

Artículo 23. Proyectos de movilidad del alumnado.

1. Se entiende por proyectos de movilidad del alumnado aquellos proyectos que tienen por objeto la mejora de la empleabilidad de la población activa andaluza, mediante el desarrollo de un periodo de prácticas profesionales no laborales en un país de la Unión Europea.

Son objetivos de este tipo de proyectos, los siguientes:

- a) Completar mediante la realización de prácticas profesionales no laborales los conocimientos adquiridos en la Formación Profesional para el Empleo.
- b) Adquirir y usar los conocimientos, habilidades y cualificaciones obtenidos con miras al desarrollo personal y profesional.
- c) Adquirir y perfeccionar las competencias lingüísticas y la comunicación intercultural.
- d) Contribuir al espacio europeo de aprendizaje permanente y promover la cohesión económica, social y regional.

2. Mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo se establecerán los criterios de selección, requisitos y ayudas económicas para el desarrollo de dichas acciones.

Artículo 24. Proyectos de movilidad para profesionales del ámbito de la Formación Profesional para el Empleo.

1. Se entiende por proyectos de movilidad para profesionales aquellos proyectos dirigidos a las personas que trabajen en cualquiera de los ámbitos de la Formación Profesional para el Empleo y de la gestión de las políticas activas de empleo, mediante el desarrollo de visitas a otros países de la Unión Europea destinados a conocer otros sistemas de gestión de la Formación Profesional para el Empleo. Entre los destinatarios se incluyen los formadores, el personal

de la gestión de la Formación Profesional para el Empleo y orientadores de la Red de Orientación así como otros profesionales del Servicio Andaluz de Empleo vinculados a la Formación Profesional para el Empleo.

2. Son objetivos de este tipo de Proyectos los siguientes:

a) Incentivar la calidad e innovación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, mediante una estancia en un país europeo que les permita conocer en profundidad otros sistemas de formación.

b) Fomentar la movilidad europea como un componente clave en la formación de los profesionales en el ámbito de la Formación Profesional para el Empleo en la Unión Europea.

c) Integrar la dimensión europea en sus trabajos y fomentar el contacto entre centros de formación y otro tipo de estructuras ligadas a la Formación Profesional en Europa.

CAPÍTULO V

Acciones de investigación, innovación y acompañamiento a la formación

Artículo 25. *Finalidad de las acciones de investigación, innovación y acompañamiento.*

Se llevarán a cabo estudios de carácter general y sectorial de acompañamiento y mejora a la Formación Profesional para el Empleo, así como acciones de investigación e innovación. La finalidad de estas actuaciones será contribuir a la mejora de la Formación Profesional para el Empleo potenciando la calidad de la formación de las personas ocupadas y desempleadas así como difundiendo y promoviendo el conjunto del Subsistema de Formación Profesional para el Empleo.

Artículo 26. *Estudios de carácter general y sectorial.*

1. En el marco del Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional, el Servicio Andaluz de Empleo realizará estudios de carácter general y sectorial, que tendrán en cuenta lo que se prevea al efecto en el seno del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo.

2. La elaboración de estos estudios podrá realizarse por el Servicio Andaluz de Empleo, con sus propios medios, a través de los Centros de Referencia Nacional en el ámbito de la formación profesional ubicados en la Comunidad Autónoma Andaluza o mediante contratación externa.

Artículo 27. *Acciones de investigación e innovación.*

1. Las acciones de investigación e innovación, responden a las siguientes tipologías:

a) Acciones de prospección y análisis, cuya finalidad es profundizar en el conocimiento de los factores que configuran las demandas de formación, de los problemas y necesidades específicas de formación en los distintos sectores económicos o territorios y de otras materias que afectan de manera general a la Formación Profesional para el Empleo.

b) Acciones para la elaboración y experimentación de productos, técnicas y/o herramientas de carácter innovador de interés para la mejora de la Formación Profesional para el Empleo.

c) Acciones sobre evaluación de la Formación Profesional para el Empleo con la finalidad de desarrollar metodologías y herramientas de evaluación para que puedan ser aplicados por quienes participan y gestionan la formación, con el fin de mejorar su calidad.

d) Acciones de promoción y difusión del Subsistema de Formación Profesional para el Empleo, con la finalidad de favorecer la información y el conocimiento sobre las iniciativas, estudios, herramientas y productos de

Formación Profesional para el Empleo entre los trabajadores y trabajadoras, las empresas, las organizaciones empresariales y sindicales y los distintos agentes que participan en la formación.

e) Acciones que mejoren los Sistemas de Información y Orientación del Servicio Andaluz de Empleo, así como los métodos, las herramientas y la calidad de las actuaciones en esta materia, en el marco del Sistema Nacional de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

f) Otras acciones que el Servicio Andaluz de Empleo, considere de interés para la mejora de la Formación Profesional para el Empleo.

2. Las acciones de investigación e innovación reguladas en este artículo podrán realizarse con medios propios, mediante contratación externa o a través de subvenciones públicas. Mediante Orden de la persona titular de la consejería competente en materia de empleo se aprobarán las bases reguladoras para la concesión de dichas subvenciones.

CAPÍTULO VI

Fichero Andaluz de Especialidades Formativas

Artículo 28. *El Fichero Andaluz de Especialidades Formativas.*

1. El Servicio Andaluz de Empleo creará un Fichero Andaluz de Especialidades Formativas en soporte informático en el que constarán, encuadradas en las familias profesionales que se establecen en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, las siguientes especialidades:

a) Las especialidades formativas del Fichero de Especialidades del Servicio Público de Empleo Estatal, que incluye tanto las dirigidas a la obtención de los Certificados de Profesionalidad como otras especiali-

dades formativas aprobadas por el citado Servicio Público.

b) Las especialidades formativas programadas al amparo de los Planes de Formación dirigidos prioritariamente a trabajadores y trabajadoras ocupados.

c) Las especialidades formativas que incluyan compromiso de contratación.

d) Otras especialidades formativas con una relevante significación para el empleo en la Comunidad Autónoma de Andalucía o relativas a los nuevos yacimientos de empleo o actividades económicas emergentes.

2. Mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo, se procederá a desarrollar los contenidos mínimos del Fichero así como el procedimiento administrativo para la inclusión en el mismo de las distintas especialidades formativas.

CAPÍTULO VII

De los Centros y entidades de Formación Profesional para el Empleo y del Registro de centros y entidades de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía

Artículo 29. *Centros y entidades de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía.*

Podrán impartir la Formación Profesional para el Empleo regulada por el presente Decreto, en la Comunidad Autónoma de Andalucía:

a) Los centros de la Consejería competente en materia de empleo, y los adscritos o financiados mayoritariamente por ella, así como los centros de otras Consejerías de la Junta de Andalucía y otras Administraciones Públicas Andaluzas, que cuenten con la autorización administrativa del Servicio Andaluz de Empleo para la impartición de esta formación, entendiéndose por tales los siguientes:

1.º Los Centros propios y los centros adscritos a la Consejería competente en materia de empleo o sus entidades instrumentales.

2.º Los Consorcios Escuela participados mayoritariamente por la Consejería competente en materia de empleo.

3.º Los Centros Integrados de Formación Profesional de titularidad pública.

4.º Los Centros de Referencia Nacional ubicados en Andalucía y dependientes de la Consejería competente en materia de empleo.

5.º Los Centros de la Consejería competente en materia de educación y otros centros adscritos o financiados mayoritariamente por la Administración de la Junta de Andalucía que dispongan de espacios, instalaciones y equipamientos adecuados para la impartición de la formación, en los términos previstos en el presente Decreto.

6.º Los Centros de otras Administraciones Públicas de Andalucía, sus entidades instrumentales o empresas públicas que impartan Formación Profesional para el Empleo en virtud de convenios firmados con la Consejería competente en materia de empleo, en los términos previstos en el presente Decreto.

b) Las Organizaciones empresariales y sindicales, inscritas en el Registro de Asociaciones Empresariales y Sindicales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

c) Los Centros Integrados de Formación Profesional de titularidad privada.

d) Los Centros o entidades de formación, públicos o privados, acreditados por el Servicio Andaluz de Empleo para impartir formación dirigida a la obtención de Certificados de Profesionalidad.

e) Otros centros o entidades de formación que impartan formación no dirigida a la obtención de Certificados de Profesionalidad siempre que se hallen inscritos en el Registro de

Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, contemplado en el artículo 31.

f) Las empresas y entidades que desarrollen acciones formativas para personas desempleadas con compromiso de contratación, que podrán hacerlo a través de sus propios medios, cuando cuenten con el equipamiento adecuado para este fin, o a través de contrataciones externas.

Artículo 30. *Centros y entidades acreditadas e inscritas.*

1. A los efectos del presente Decreto se entiende por centros y entidades acreditadas, aquéllas que impartan formación conducente a la obtención de Certificados de Profesionalidad, debiendo cumplir los requisitos establecidos en las normas específicas reguladoras de cada Certificado.

2. Se entiende por centros y entidades inscritas, aquéllas que impartan Formación no conducente a la obtención de Certificados de Profesionalidad y que cumplan los requisitos que se establezcan mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo.

Artículo 31. *Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía.*

1. El Servicio Andaluz de Empleo gestionará un Registro de Centros y Entidades Colaboradoras en materia de Formación Profesional para el Empleo, que incluirá los centros integrados de formación profesional, y que se mantendrá permanentemente actualizado.

2. Tanto los centros y entidades inscritas como las acreditadas figurarán en el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía.

3. Mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en

materia de empleo se establecerán los requisitos relativos a la inscripción, la Dirección General competente para su gestión, así como las condiciones de acceso al mismo.

Artículo 32. *Requisitos de los centros donde se imparte Formación Profesional para el Empleo.*

1. Los Centros donde se imparta Formación Profesional para el Empleo, ya sean de titularidad pública o privada, deben cumplir los requisitos que se establezcan para la impartición de las distintas especialidades formativas y Certificados de Profesionalidad, en sus correspondientes Programas formativos o en la normativa específica reguladora de los distintos Certificados de Profesionalidad, respectivamente.

2. En el caso de los centros en los que se imparta formación en la modalidad presencial, éstos deberán reunir, como mínimo, los siguientes requisitos:

a) Reunir las condiciones higiénicas, acústicas, de habitabilidad y de seguridad que se señalan en la legislación vigente para la actividad como centro de formación.

b) Reunir las condiciones de accesibilidad, previstas en la legislación vigente, que posibiliten el acceso, la circulación y la comunicación de las personas con discapacidad.

3. Aquellos centros y entidades que carezcan de las instalaciones adecuadas para impartir la parte práctica de la formación, podrán ser inscritas como centros y entidades de formación siempre que acrediten la disponibilidad de las mismas.

4. Los requisitos mínimos de los centros y entidades que impartan formación a distancia, convencional o mediante teleformación, así como los de los centros móviles, serán regulados mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo.

CAPÍTULO VIII

Sistema integrado de Información y Orientación profesional

Artículo 33. *Finalidad del sistema.*

La finalidad del sistema integrado de información y orientación profesional, en el marco del Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales y Formación Profesional, es la de informar sobre las diversas ofertas de formación y los posibles itinerarios formativos para facilitar la inserción y la reinserción laborales, así como la movilidad profesional en el mercado de trabajo. Asimismo informará sobre las oportunidades de acceso al empleo, las posibilidades de adquisición, evaluación y acreditación de competencias y cualificaciones profesionales a los trabajadores y trabajadoras, y del progreso en las mismas a lo largo de toda la vida.

Artículo 34. *Información y orientación profesional.*

1. En el marco de la Red de Orientación del Servicio Andaluz de Empleo se desarrollará un sistema integrado de información y orientación profesional que asegure el asesoramiento de la población activa, informando y asesorando sobre las diversas ofertas formativas, ofreciendo una atención individualizada a través de los Itinerarios Personalizados de Inserción con el objeto de mejorar la empleabilidad de los trabajadores y trabajadoras, su inserción y reinserción laboral, el desarrollo del espíritu emprendedor y del apoyo a iniciativas empresariales y de autoempleo así como el fomento de la movilidad laboral en el mercado de trabajo.

2. El Servicio Andaluz de Empleo establecerá los procedimientos oportunos y las herramientas telemáticas que faciliten las tareas de información y orientación profesional, así como los

mecanismos de coordinación con la Consejería competente en materia de educación, otras instituciones y entidades especializadas en la formación, información y orientación profesional, y ello en colaboración con los agentes económicos y sociales.

3. En relación a la evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de las vías no formales de formación, los Servicios de Información y orientación dependientes del Servicio Andaluz de Empleo, ofrecerán de acuerdo con los procedimientos que se establezcan al efecto, un servicio abierto y permanente que facilite a las personas información y orientación sobre la naturaleza y las fases del procedimiento, el acceso al mismo, sus derechos y obligaciones, así como las acreditaciones oficiales que puedan obtener y los efectos de las mismas.

CAPÍTULO IX

De la calidad, evaluación, control y seguimiento de la Formación Profesional para el Empleo

Artículo 35. *Calidad de la Formación.*

1. El Servicio Andaluz de Empleo, promoverá la calidad de la oferta de Formación Profesional para el Empleo y llevará a cabo un seguimiento y evaluación de las acciones formativas con el fin de asegurar su eficacia y la adecuación permanente de la misma a las necesidades del mercado de trabajo en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Las distintas acciones y medidas que se desarrollen en el ámbito de la Formación Profesional para el Empleo deberán tener la calidad apropiada para que respondan a las necesidades de las personas a las que van dirigidas y a las empresas, debiendo desarrollarse a través de procedimientos y

metodologías apropiadas, con el personal y los medios didácticos, técnicos y materiales más adecuados a sus características.

3. El Servicio Andaluz de Empleo, promoverá la mejora de la calidad de la Formación Profesional para el Empleo, en cuanto a sus contenidos, duración e instalaciones, personal y recursos didácticos y tecnológicos. Asimismo deberá establecer, en coordinación con el Servicio Público de Empleo Estatal, la medición de los resultados, el impacto, eficacia y eficiencia del conjunto del Subsistema de Formación Profesional para el Empleo.

4. Para favorecer la calidad de la formación profesional para el empleo, el Servicio Andaluz de Empleo, establecerá un Plan de Actualización y Perfeccionamiento para formadores, tutores y gestores de formación, con el fin de ofrecer formación para dichos profesionales. Dicho Plan será aprobado mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo.

5. Sin perjuicio de las evaluaciones externas que se realicen por entidades independientes, con posterioridad a la realización de la formación, las entidades responsables de ejecutar las acciones reguladas en el presente Decreto deberán realizar, durante su ejecución, una evaluación y control de la calidad de la formación que ejecuten. En la convocatoria de subvenciones a la que pertenezca la acción formativa, se determinará la parte del importe de la subvención que se destinará a dicha finalidad.

Artículo 36. *Sistemas de Calidad.*

1. El Servicio Andaluz de Empleo, fomentará la implantación de sistemas y dispositivos de mejora de la calidad en los centros y entidades de formación donde se impartan las acciones formativas.

2. Para medir la calidad de la formación, el Servicio Andaluz de Empleo fijará criterios e indicadores.

3. El Servicio Andaluz de Empleo con el fin de fomentar la implantación de sistemas de gestión de la calidad en los centros y entidades de Formación Profesional para el Empleo, podrá conceder ayudas para incentivar su implantación y/o mantenimiento, así como para la ampliación o adaptación del sistema de calidad ya implantado.

Artículo 37. *Finalidad de la evaluación de la Formación Profesional para el Empleo.*

La evaluación de la Formación Profesional para el Empleo tendrá la finalidad de promover la eficacia y calidad de las distintas medidas que contempla y su continua y permanente adecuación a las necesidades del mercado de trabajo Andaluz.

Artículo 38. *Criterios en la evaluación.*

Entre los criterios a tener en cuenta en la evaluación se encuentran el impacto de la formación realizada en el acceso y mantenimiento del empleo, así como en la mejora de la empleabilidad y de la competitividad de las empresas, la eficacia del sistema en cuanto al alcance de la formación, la adecuación de las acciones a las necesidades del mercado laboral y del sistema productivo, y el impacto de género. También se tendrá en cuenta la eficiencia de los recursos económicos y los medios empleados.

Artículo 39. *Plan de evaluación.*

1. El Servicio Andaluz de Empleo elaborará y ejecutará con la periodicidad que se determine, teniendo en cuenta los criterios que se fijen mediante instrucciones de la Dirección General competente en materia de formación profesional para el empleo, un plan de evaluación que permita valorar la calidad, eficacia,

eficiencia e impacto del conjunto de la Formación Profesional para el Empleo e identificar los aspectos susceptibles de mejora.

2. El Plan de evaluación contendrá una serie de criterios e indicadores referidos a la planificación de las acciones, la ejecución de las mismas, y los resultados obtenidos de la formación, teniendo en cuenta las evaluaciones de la calidad realizadas por los Centros públicos y las entidades de formación profesional para el empleo responsables de ejecutar la formación, los participantes en las acciones formativas, así como la información obtenida a través de los procesos de control y seguimiento.

3. Por parte del Consejo Andaluz de la Formación Profesional, como órgano consultivo del Consejo de Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma en materia de Formación Profesional, se realizará un seguimiento y evaluación de la ejecución de los programas y planes desarrollados al amparo del presente Decreto.

Artículo 40. *Seguimiento y control de la Formación Profesional para el Empleo.*

1. Sin perjuicio de las competencias de otros órganos de fiscalización y control, el desarrollo de las actuaciones de control y seguimiento de la Formación Profesional para el Empleo es competencia del Servicio Andaluz de Empleo. Entre dichas acciones se incluirán actuaciones de verificación y control de la formación cofinanciada por el Fondo Social Europeo conforme a lo establecido en la normativa de la Unión Europea.

2. Para la ejecución de las actuaciones de control y seguimiento, que se organizarán de conformidad con lo previsto en la normativa de la Unión Europea, el Servicio Andaluz de Empleo podrá recurrir a la contratación de consultorías especializadas en la materia.

Artículo 41. Plan de seguimiento.

1. Con el fin de racionalizar esfuerzos, unificar criterios en las actuaciones de control y seguimiento y de dotarse de más transparencia, eficacia y eficiencia, el Servicio Andaluz de Empleo, elaborará un Plan de Seguimiento de la Formación Profesional para el Empleo. Este plan se diseñará conjuntamente con el Plan de Evaluación previsto en el artículo 39.

2. Este Plan establecerá las actuaciones de control y seguimiento a realizar. Mediante técnicas de muestreo se hará la selección de acciones a someter al Plan de seguimiento.

Disposición adicional primera.

Régimen jurídico aplicable a las subvenciones en materia de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía.

1. Los procedimientos para la concesión de subvenciones, ayudas y becas a que hace mención este Decreto se regirán por lo establecido en la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, el Título VIII de la Ley 5/1983 General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, así como en el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Subvenciones. Será igualmente de aplicación el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los Procedimientos de Concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, en lo que no se oponga a la normativa estatal básica y autonómica andaluza sobre subvenciones y ayudas públicas aprobada con posterioridad al mismo, y demás normativa de desarrollo aplicable.

2. En lo relativo al régimen de concesión de dichas subvenciones, se estará a lo dispuesto en el Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo por el que regula la concesión directa de determinadas subvenciones en los ámbitos del empleo y de la Formación Profesional Ocupacional y en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo.

Disposición adicional segunda.

Requisitos mínimos de calidad en el Sistema Integrado de Formación Profesional.

Con el fin de promover un sistema integrado de Formación Profesional de calidad, previa consulta al Consejo Andaluz de la Formación Profesional y teniendo en cuenta los informes emitidos por el Instituto Andaluz de Cualificaciones Profesionales, las Consejerías competentes en materia de empleo y educación establecerán conjuntamente los indicadores y requisitos mínimos de calidad de la oferta formativa referida al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales y en especial los referidos a la evaluación, dentro del marco nacional establecido por el Real Decreto 1128/2003, de 5 de septiembre.

Disposición adicional tercera.

Supuesto exceptuado de reconocimiento de acreditación.

Lo previsto en el artículo 21.1 no le resultará de aplicación a aquellas personas que hubieren completado un título comprensivo de todas las unidades de competencia de dicho Certificado.

Disposición adicional cuarta.

Formación del personal responsable.

Con el fin de mejorar la calidad de los servicios y procedimientos contemplados en el presente Decreto, el Servicio Andaluz de Empleo articu-

lará las estrategias y los instrumentos necesarios para optimizar las competencias del personal responsable de la gestión de los mismos, promoviendo su formación y la actualización de sus conocimientos.

Disposición adicional quinta.

Centros Públicos de Formación Profesional para el Empleo.

Los Centros propios de la Consejería competente en materia de empleo y sus entidades instrumentales pasarán a tener la consideración de Centro Público de Formación Profesional para el Empleo.

Disposición adicional sexta.

Programas de formación sobre Integración de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

Los programas de formación sobre Integración de las Tecnologías de la Información y la comunicación en la Formación Profesional para el Empleo, que se desarrollan al amparo de lo previsto en el Decreto 72/2003, de 18 de marzo, de Medidas de Impulso de la Sociedad del Conocimiento en Andalucía, continuarán rigiéndose por el mismo, siéndoles de aplicación supletoria lo dispuesto en el presente Decreto.

Disposición transitoria primera. *Régimen transitorio de los procedimientos.*

Los procedimientos de concesión de subvenciones de Formación Profesional para el Empleo iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de este Decreto se registrarán por la normativa anterior que les sea de aplicación.

Disposición transitoria segunda. *Incorporación de acciones formativas vinculadas al Catálogo Nacional de las Cualificaciones Profesionales.*

A los efectos de impartición de la formación de oferta regulada en el presente Decreto, y hasta tanto no se apruebe la normativa estatal regula-

dora de los correspondientes Certificados de Profesionalidad, la programación que se realice en

Andalucía podrá incluir los módulos formativos actualmente en vigor. Esta formación se acreditará conforme a lo previsto en el artículo 20.3 del presente Decreto.

Disposición derogatoria única.

Derogación normativa.

Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Decreto y en particular:

a) Decreto 204/1997, de 3 de septiembre, por el que se establecen los Programas de Formación Profesional Ocupacional de la Junta de Andalucía.

b) El capítulo VI del Decreto 175/2006 de 10 de octubre, por el que se regula el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía.

Disposición final primera.

Reproducción de normativa estatal.

Los artículos 2.1, 2.2 letras a), b), c), d), n) y p); 4.1 letras e), i), m) y n); 6.2, 6.3 y 6.4; 8.1; 9; 10; 12.1; 13; 14; 17; 18.3, 18.4 y 18.5 ; 19.2; 19.3; 19.5; 19.7; 20; 21; 26; 27; 33; 35; 40, y Disposición Adicional Tercera, reproducen normas dictadas por el Estado al amparo del artículo 149.1.7.^a y 17.^a de la Constitución Española y recogidas en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, y Real Decreto 1538/2008, de 15 de diciembre, por el que se establece la ordenación general de la Formación Profesional del Sistema Educativo.

Disposición final segunda.

Desarrollo.

Se habilita al Consejero de Empleo a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el

desarrollo y ejecución de lo previsto en este Decreto.

Disposición final tercera.

Entrada en vigor.

Este Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 22 de septiembre de 2009

JOSÉ ANTONIO GRIÑÁN
MARTÍNEZ

Presidente de la Junta de Andalucía

ANTONIO FERNÁNDEZ
GARCÍA

Consejero de Empleo

ORDEN de 23 de octubre de 2009, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, y se establecen las bases reguladoras para la concesión del subvenciones y ayudas y otros procedimientos.

Entre las Políticas Activas de Empleo, la formación de los trabajadores es un instrumento esencial para potenciar la empleabilidad de los mismos, preparándolos para los constantes cambios a que están sometidos y reforzar de este modo la productividad y competitividad de las empresas. Así se refleja en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, que reconoce la formación de los trabajadores como una de las políticas que mejor pueden contribuir a la consecución de los objetivos de empleo.

Entre los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía se encuentra el de la consecución del pleno empleo estable y de calidad en todos los sectores de la producción, tal y como se establece en el artículo 10.3, apartado 1.º del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

La Constitución Española y el Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su artículo 63.1, atribuyen a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, entre las que se incluyen,

según el apartado 1.º del mismo texto legal, las Políticas Activas de Empleo, las cuales comprenderán, entre otras materias, la formación de los demandantes de empleo y de los trabajadores/as en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes.

En cumplimiento de lo anterior, la Junta de Andalucía junto con la Confederación de Empresarios de Andalucía y los sindicatos mayoritarios de nuestra comunidad, Comisiones Obreras de Andalucía y la Unión General de Trabajadores de Andalucía han venido suscribiendo los Acuerdos de Concertación Social. Así, en el VI Acuerdo de Concertación Social, se fijaron, en concreto en su eje III, una serie de medidas para implantar la cultura de la calidad en el Empleo.

Con la publicación por parte de la Administración General del Estado del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de Formación Profesional para el Empleo se ha producido un importante cambio en el planteamiento hasta ahora vigente en la formación profesional que se desarrollaba en el

ámbito laboral, en la que convivan dos subsistemas, el de la formación para los trabajadores desempleados (hasta ahora llamada Formación Profesional Ocupacional) y la formación para los trabajadores ocupados (denominada Formación Continua). El nuevo subsistema de Formación Profesional para el Empleo integra en un único modelo la formación de todos los trabajadores, ocupados y desempleados. Este modelo reconoce la vinculación entre la formación y el empleo, reforzando el papel de los Interlocutores Sociales en el desarrollo de estrategias comunes para los diferentes sectores productivos en el marco de la unidad de mercado, permitiendo que los trabajadores adquieran nuevas competencias para acceder al mercado laboral o actualicen las mismas para formarse en otros sectores económicos, facilitándoles así la movilidad y permitiéndoles anticiparse a los posibles cambios.

En este sentido, con la publicación del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía se ha dado respuesta al nuevo marco normativo, introduciendo importantes cambios con respecto al anterior modelo de formación implantado en nuestra comunidad.

La presente Orden viene a desarrollar en gran medida el citado Decreto, regulando los principales procedimientos que se dan en el ámbito de la gestión de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía. La experiencia acumulada en la gestión de la Formación Profesional desarrollada en el ámbito laboral, junto con el nuevo marco normativo, ha motivado la unificación en una única Orden de las distintas modalidades de subvención en el ámbito de la Formación Profesional para el Empleo así como otros aspectos relevantes de la misma, para facilitar su

consulta y comprensión. En este sentido, la Orden no solo recoge las bases reguladoras de distintas ayudas y subvenciones en el ámbito de la Formación Profesional para el Empleo, sino que además recoge el procedimiento de concesión de las ayudas y becas a las personas desempleadas que participan en la misma, las ayudas a las empresas para la realización de las prácticas profesionales, la creación del Fichero Andaluz de Especialidades Formativas y los procedimientos para la inscripción y acreditación de centros y entidades de Formación Profesional para el Empleo.

La Orden se estructura en seis capítulos. Además de un capítulo de Disposiciones Generales al principio y un capítulo de Disposiciones comunes a todos los procedimientos de concesión de subvenciones al final, se recogen en los cuatro capítulos restantes las principales cuestiones que afectarán al desarrollo de la Formación Profesional para el Empleo.

El Capítulo II se destina a la regulación de las distintas modalidades de desarrollo de la Formación de oferta, distinguiendo, además de la formación dirigida prioritariamente a personas ocupadas y la formación dirigida prioritariamente a personas desempleadas, y el Programa de acciones formativas con compromiso de contratación, otros programas específicos de formación de oferta, que vienen a suponer una novedad, en cuanto que se ha pretendido dar cobertura a los sectores, territorios y colectivos con mayores dificultades en el acceso al mercado laboral. Estos programas han sido desarrollados al amparo de lo previsto en el artículo 23.2.c) del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo. Asimismo, incluye una sección para regular las prácticas profesionales en empresas.

Por último se incluye la regulación de los distintos tipos de becas y

ayudas destinadas al alumnado desempleado que participe en las acciones formativas. Como novedad destaca la ayuda a la conciliación que va a permitir compatibilizar la asistencia a la formación con el cuidado de hijos menores de seis años o familiares dependientes hasta el segundo grado.

En el Capítulo III se regulan las Acciones de investigación e innovación, que tienen por objeto contribuir a la mejora de la Formación Profesional para el Empleo mediante el desarrollo de distintas modalidades, tales como acciones de prospección y análisis, acciones destinadas a la elaboración de productos, técnicas y herramientas innovadoras, acciones de evaluación, de promoción y difusión de la Formación Profesional para el Empleo o acciones de información y orientación. Este capítulo viene a unificar las hasta ahora existentes Acciones de mejora de la Formación Profesional Ocupacional con las Acciones complementarias y de acompañamiento de la Formación Continua.

El Capítulo IV recoge la creación del Fichero Andaluz de Especialidades Formativas, que recogerá la oferta formativa que se puede planificar en Andalucía. En el mismo, además de las especialidades que incluya el Servicio Público de Empleo Estatal en su propio fichero, se facilita la posibilidad de incluir especialidades que den respuestas concretas a las necesidades específicas de cualificación de nuestra Comunidad Autónoma.

El Capítulo V está destinado a la creación del Registro de Centros y Entidades colaboradoras en materia de Formación Profesional para el Empleo y la regulación de todo lo relacionado con dichas entidades en Andalucía. Como novedad introducida por el nuevo marco normativo destaca la diferenciación entre las entidades inscritas para impartir especialidades formativas no conducentes

a la obtención de Certificados de Profesionalidad, y las entidades acreditadas para impartir especialidades conducentes a la obtención de dichos Certificados.

En total son siete las distintas modalidades de subvenciones previstas para el desarrollo de Planes y Acciones formativas, entre ellas, las dirigidas prioritariamente a los trabajadores ocupados, a los desempleados, las subvenciones destinadas a cursos con compromiso de contratación, el Programa de Formación e Inserción para colectivos con especiales dificultades de inserción, el Programa dirigido a personas ocupadas en pymes, empresas de economía social y autónomos y el programa de formación de formadores y gestores de la Formación Profesional para el Empleo.

Además de éstas, se regulan en la presente orden las subvenciones destinadas al desarrollo de acciones de Investigación e Innovación, así como las becas y ayudas para las personas participantes en la formación y las ayudas a las empresas para la realización de prácticas profesionales.

Todo ello hace que convivan en una única norma hasta nueve procedimientos de concesión de subvenciones y ayudas, junto con los procedimientos relativos a la inscripción de especialidades y la inscripción y acreditación de Centros en sus respectivos Registros.

En cuanto a los procedimientos de concesión de subvenciones, como norma general se aplica el procedimiento ordinario de concurrencia competitiva previsto en el artículo 22.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

No obstante lo anterior, y en uso de la excepción prevista en el artículo 31.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, se ha excepcionado de la concurrencia competitiva la suscrip-

ción de los convenios con los Agentes Económicos y Sociales más representativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza para la ejecución de los Planes de Formación de Carácter Intersectorial dirigidos prioritariamente a personas ocupadas, así como para el desarrollo de acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas desempleadas. En ambos casos existen suficientes razones de interés público y social, ya que dichas entidades, en el marco de Diálogo Social, constituyen un pilar básico en el diseño, gestión e implantación de un modelo de Formación Profesional para el Empleo, que aunando los intereses de los trabajadores y las empresas persigue como último fin la creación y mantenimiento del empleo y el incremento de la productividad.

Además, se han excluido del procedimiento de concurrencia competitiva aquéllos programas que pretenden dar respuestas concretas a las necesidades de contratación de las empresas, tales como el Programa de acciones con compromiso de contratación, ya que dichas necesidades no pueden quedar sujetas a un plazo determinado ni ser comparadas con otras entidades, estableciendo prelación entre ellas.

Otro de los programas que se ha estimado oportuno excluir de la concurrencia competitiva es el de Formación e Inserción Sociolaboral para colectivos con especiales dificultades de inserción debido a las especiales razones sociales que permitirán a la administración decidir qué colectivos requieren en cada momento de una atención especial y qué acciones diseñar para llegar a ellos, sin que se pueda someter a una comparación y prelación ente ellos.

Por último, se someten a concesión directa las becas y ayudas reguladas en la Sección 5.^a del Capítulo II, así como las ayudas a empresas para la realización de prácticas pro-

fesionales, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo, el que se regula la concesión directa de determinadas subvenciones en los ámbitos del empleo y de la formación profesional ocupacional.

En otro orden de cosas, es necesario añadir el innegable impacto que las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tienen en el ámbito de la Formación Profesional para el Empleo, en un doble sentido: por un lado, como un instrumento de gran utilidad para valorizar la propia formación (fundamentalmente, a través de la teleformación) y por otra parte, como un factor que incrementa la competitividad de las empresas. Por ello, se ha hecho especial referencia en los distintos capítulos de la orden a esta nueva realidad.

Por último, en el afán de agilizar y simplificar los procedimientos, adquiere una especial relevancia la posibilidad que se ofrece a los interesados de utilizar los medios electrónicos para la realización de todos y cada uno de los trámites relativos tanto a la solicitud de subvenciones previstas en la presente Orden como los relativos a la inscripción y acreditación de centros y entidades de Formación Profesional para el Empleo.

En este sentido, la Estrategia para la Modernización de los Servicios Públicos de la Junta de Andalucía (2006-2010), aprobada por el Consejo de Gobierno el 20 de junio de 2006, representa un decidido avance en la modernización de los servicios y en la necesidad de dar una respuesta ágil a las demandas del ciudadano. A tal efecto, se incide en una mejora de la atención al ciudadano simplificando los trámites e impulsando el uso de las nuevas tecnologías en la Administración Pública. Con posterioridad, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, reconoce el

derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información, concretando en su Título III lo relativo a la gestión electrónica de los procedimientos administrativos utilizando medios electrónicos y los criterios a seguir para ello. Asimismo, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, incorpora principios que han de regular las relaciones de los órganos de la Junta de Andalucía con la ciudadanía a través de redes abiertas de comunicación y da cobertura legal a las particulares exigencias jurídicas que reclama su plena implantación.

En atención a ello, la presente Orden incorpora la posibilidad de que los interesados presenten sus solicitudes de modo telemático, añadiéndose la posibilidad de la tramitación completa del procedimiento a través de medios electrónicos, en los términos, con los requisitos y las garantías que exige el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (internet).

Asimismo, se han introducido en la presente Orden las Medidas de simplificación de procedimientos y agilización de los trámites, aprobadas por acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de enero de 2009, reduciendo todos los plazos de resolución de los distintos procedimientos a tres meses así como la documentación a aportar por los interesados en el momento inicial de los procedimientos.

En consecuencia, en uso de las facultades y competencias conferidas por el artículo 107 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y por los artículos 44.2 y 46.4 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comu-

nidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Dirección General de Empleabilidad y Formación Profesional, previa consulta al Consejo Andaluz de Formación Profesional, y al Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo, habiéndose cumplimentado el trámite previsto en el artículo 45.1.c) de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en virtud de las competencias que me vienen conferidas por la Legislación vigente,

DISPONGO

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación.*

a) La presente Orden tiene por objeto desarrollar el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, mediante la aprobación de las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas en materia de Formación Profesional para el Empleo, entre las que figuran las subvenciones en materia de formación de oferta y las dirigidas al desarrollo de acciones de investigación e innovación, así como la regulación del procedimiento para la inscripción y acreditación de los Centros y Entidades de Formación, el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas, el régimen de prácticas profesionales no laborales y las becas y ayudas a las personas des-empleadas participantes en la formación.

b) El ámbito de aplicación de esta Orden se extiende a todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 2. *Definición de la Formación de Oferta.*

La formación de oferta tiene por objeto ofrecer a las personas trabajadoras, tanto ocupadas como desempleadas una formación ajustada a las necesidades del mercado de trabajo, que atienda a los requerimientos de productividad y competitividad de las empresas y a las aspiraciones de promoción profesional y desarrollo personal de las personas trabajadoras, de forma que les capacite para el desempeño cualificado de las distintas profesiones y para el acceso al empleo.

Artículo 3. *Modalidades de subvenciones y ayudas de Formación Profesional para el Empleo*

1. Las modalidades de Formación de Oferta financiadas al amparo de las subvenciones públicas objeto de regulación en la presente Orden son las siguientes:

a) Los Planes de Formación dirigidos prioritariamente a las personas ocupadas reguladas en la Sección 2.^a del Capítulo II, y que podrán tener carácter Intersectorial o Sectorial.

b) Las acciones formativas dirigidas prioritariamente a las personas desempleadas reguladas en la Sección 3.^a del Capítulo II.

c) Los Programas e Itinerarios regulados en la Sección 4.^a del Capítulo II.

2. Serán también objeto de subvención al amparo de esta Orden:

a) Las compensaciones económicas a las empresas por prácticas profesionales no laborales de los trabajadores y trabajadoras en situación de desempleo participantes en las mismas.

b) Las becas y ayudas que se regulan en la sección quinta del Capítulo II, dirigidas a trabajadores/as desempleados/as que participen en las acciones formativas subvencionadas al amparo de la presente orden.

c) Las acciones de investigación e innovación reguladas en el Capítulo III.

Artículo 4. *Beneficiarios.*

1. Podrán ser beneficiarios de las subvenciones destinadas a los Planes de Formación dirigidos prioritariamente a personas ocupadas:

a) En los Planes de Carácter Intersectorial, las Organizaciones Empresariales y Sindicales de carácter intersectorial que, estando inscritas en el Registro de Asociaciones Empresariales y Sindicales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, tengan el carácter de más representativas en el ámbito autonómico.

Asimismo, también podrán ser beneficiarios de las subvenciones destinadas a la ejecución de Planes de Formación Intersectorial, para la formación dirigida específicamente a los colectivos de trabajadores/as y socios de la economía social, siempre que aporten actividad económica, las confederaciones y federaciones de cooperativas y/o sociedades laborales y las organizaciones representativas de la economía social de carácter intersectorial, todas ellas con suficiente implantación en la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuando dicha formación esté dirigida específicamente a estos colectivos.

También podrán ser beneficiarios de los planes de formación intersectoriales para la formación dirigida específicamente al colectivo de autónomos, las asociaciones representativas de trabajadores autónomos de carácter intersectorial, así como las organizaciones contempladas en el artículo 21.5 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo. En todo caso, tendrán prioridad las asociaciones representativas de autónomos que tengan mayor implantación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

b) En los Planes de carácter sectorial, además de las citadas en el primer párrafo del apartado anterior, las Organizaciones Empresariales y Sindicales de ámbito andaluz de carácter sectorial que, estando

inscritas en el Registro de Asociaciones Empresariales y Sindicales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, tengan el carácter de más representativas y representativas en los respectivos sectores de conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, así como los entes paritarios de ámbito andaluz creados al amparo de la negociación colectiva sectorial estatal o autonómica.

2. Podrán ser beneficiarias de las subvenciones destinadas a la Formación de oferta dirigida prioritariamente a personas desempleadas reguladas en la Sección 3.^a y al desarrollo de las acciones Formación de Formadores reguladas en el artículo 40, las entidades de Formación Profesional para el Empleo inscritas y/o acreditadas en el Registro Andaluz de centros y entidades de Formación Profesional para el Empleo conforme a lo previsto en el capítulo V.

3. Además de los beneficiarios señalados en los apartados anteriores, los miembros asociados del beneficiario que se comprometan a ejecutar la totalidad o parte de la actividad que fundamenta la concesión de la subvención en nombre y por cuenta del mismo, podrán tener igualmente la consideración de beneficiarios.

4. Podrán tener asimismo la condición de beneficiarios las agrupaciones formadas por las organizaciones o entidades previstas en el apartado 1 de este artículo y las formadas por éstas y por entidades vinculadas a las mismas que tengan entre sus fines el desarrollo de actividades formativas. Deberá nombrarse un representante o apoderado único de la agrupación con poderes bastantes para cumplir las obligaciones que, como beneficiario, corresponden a la agrupación.

5. Para el resto de modalidades de subvención reguladas en la presente Orden los beneficiarios se

concretan en el capítulo correspondiente.

Artículo 5. *Requisitos para obtener la condición de entidad beneficiaria.*

1. Sin perjuicio de los requisitos específicos establecidos para cada una de las distintas modalidades de la Formación de Oferta, las entidades solicitantes deberán cumplir los requisitos establecidos en el artículo 105 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y el artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, sin que puedan tener en periodo ejecutivo ningún tipo de deudas de Derecho Público frente a la Comunidad Autónoma de Andalucía ni frente a la Seguridad Social.

2. No podrán obtener la condición de entidad beneficiaria aquellas entidades en quienes concorra alguna de las siguientes circunstancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre:

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 5/2006, de 10 de abril, por la que se regulan los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno 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, en cualquiera de los casos contemplados en la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y Declaraciones de Actividades de bienes o intereses de altos cargos y otros cargos públicos, o bien 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.

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, o la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

No podrán acceder a la condición de beneficiarios las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, si concurriera en alguno de sus miembros cualquiera de las anteriores prohibiciones.

3. En ningún caso podrán obtener la condición de beneficiario las asociaciones incursas en las causas de prohibición previstas en los apar-

tados 5 y 6 del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

4. Tampoco podrán obtener la condición de beneficiario las asociaciones 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, de 22 de marzo, en tanto no recaiga resolución judicial firme en cuya virtud pueda practicarse la inscripción en el correspondiente registro.

5. La justificación por parte de las personas o entidades de no estar incursos en las prohibiciones para obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora, señaladas en los apartados 2 y 3 de este artículo, podrá realizarse mediante testimonio judicial, certificados telemáticos o transmisiones de datos, de acuerdo con lo establecido en la normativa reglamentaria que regula 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.

Artículo 6. Obligaciones de los beneficiarios.

1. De conformidad con lo establecido por el artículo 14 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones y, sin perjuicio de lo dispuesto por el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo, por la Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, y en la presente Orden, constituyen obligaciones de los beneficiarios:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

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. Esto se realizará mediante la aportación de cuanta información y documentación que se requiera durante la fase de instrucción del procedimiento, ejecución de la formación y justificación de la subvención, así como tener a disposición de los órganos de control competentes los documentos acreditativos de la asistencia de los trabajadores y trabajadoras a las acciones formativas.

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 comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores. Asimismo, en virtud de las competencias de seguimiento y control atribuidas a la Dirección General de Fondos Europeos, deberá someterse, en su caso, a las actuaciones de control realizadas por la misma.

d) Comunicar al órgano concedente la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades subvencionadas.

Esta comunicación deberá efectuarse tan pronto como se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos.

e) 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.

f) Remitir al órgano competente la documentación que se determine en su caso para cada acción objeto de subvención. La falta de aportación de esta documentación en los plazos establecidos implicará que la acción objeto de subvención se considere no realizada a efectos de la justificación de la subvención, salvo que la no-comunicación en plazo se deba a causas imprevistas, debidamente justificadas y comunicadas en el momento en que se produzcan.

g) Garantizar la gratuidad de las acciones formativas para los participantes en la formación subvencionada.

h) Garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en las actuaciones subvencionadas.

i) 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. Las entidades que decidan suspender su

actividad o disolverse, deberán remitir copia de la citada documentación al Órgano que concedió la subvención.

j) Adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado 4 del artículo 18 de la Ley 38/2003 de 17 de noviembre, haciendo constar en toda la información, publicidad y difusión de los proyectos y acciones y objeto de ayuda, que la misma está subvencionada por el Servicio Andaluz de Empleo, así como, del Fondo Social Europeo, cuando el supuesto lo requiera, de conformidad con el artículo 8.4 del Reglamento (CE) núm. 1828/2006 de la Comisión, de 8 de

diciembre de 2006. Igualmente en todos los elementos informativos y publicitarios elaborados por la entidad beneficiaria, la publicidad deberá ajustarse a lo dispuesto en el Decreto 245/97, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Manual Gráfico para su utilización por el Gobierno y Administración de la Junta de Andalucía.

k) Haber realizado o, en su caso, garantizado las devoluciones de cantidades concedidas y pagadas en convocatorias anteriores y cuya devolución le haya sido exigida mediante reclamación previa a la vía ejecutiva o mediante resolución de procedencia de reintegro, salvo que se hubiera producido la suspensión del acto.

De conformidad con el artículo 13.2 de la Ley General de Subvenciones, y el artículo 29 de la Ley 3/2004, por la que se aprueban las medidas tributarias, administrativas y financieras, en tanto que las subvenciones reguladas en la presente Orden tienen una gran repercusión en la mejora de la empleabilidad de los trabajadores de nuestra Comunidad Autónoma fomentando la formación de los trabajadores y trabajadoras, las entidades beneficiarias de las mismas quedan exentas del cumplimiento de la obligación contenida en la letra e) del citado artículo 13.2 de la Ley General de Subvenciones.

2. El beneficiario no resultará exonerado de las obligaciones mencionadas en el apartado anterior si el desarrollo de la formación se contrata con terceras personas físicas o jurídicas.

Artículo 7. Personas destinatarias.

Podrán participar en las distintas modalidades de Formación Profesional para el Empleo, de acuerdo con lo que se establezca para cada modalidad de subvención, las siguientes personas destinatarias:

1. Las personas ocupadas en centros de trabajo radicados en la

Comunidad Autónoma de Andalucía, incluidos los que no cotizan por formación profesional.

2. Las personas desempleadas. Tendrán la consideración de personas desempleadas aquellas que se encuentren inscritas en el Servicio Andaluz de Empleo como demandantes no ocupados que solicitan empleo o formación.

Asimismo, y a los efectos de su participación en las acciones de formación de oferta dirigidas prioritariamente a desempleados, tendrán la consideración de personas desempleadas los trabajadores agrarios.

3. Asimismo, de conformidad con el artículo 5.1.b) del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, modificado por la disposición final tercera del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, los cuidadores no profesionales podrán participar en la formación de oferta sectorial de referencia en los ámbitos de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, centros y servicios de atención a personas con discapacidad, acción e intervención social y sanidad.

4. La consideración de persona ocupada o desempleada vendrá determinada por la situación laboral en que se halle al inicio de la acción formativa en que vaya a participar. En el caso de que la persona se incorporara a la acción una vez iniciada ésta y antes de que se haya impartido el veinticinco por ciento de sus horas totales, la consideración de persona ocupada o desempleada vendrá determinada por la situación laboral en que se halle el día de su incorporación a la misma.

Artículo 8. Colectivos prioritarios.

1. Será prioritaria la participación de los siguientes colectivos:

a) Los jóvenes, para los que se establecerán programas específicos de inserción laboral, formación y promoción profesional como establece el artículo 169.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

b) Los colectivos con una especial dificultad en el acceso al empleo, tales como las personas con discapacidad, las personas afectadas y víctimas del terrorismo y de la violencia de género, personas desempleadas de larga duración, las personas mayores de 45 años y las personas en riesgo de exclusión social. Se adoptarán las medidas que faciliten su inclusión social así como su participación en las distintas modalidades de Formación Profesional para el Empleo en igualdad de condiciones e integrados en la oferta general de formación. No obstante, se podrán diseñar programas específicos para estos colectivos.

c) Las personas trabajadoras de baja cualificación.

d) Las personas inmigrantes, que cuenten con la debida autorización de trabajo y hayan obtenido la pertinente autorización para residir en España, para los cuales se podrán diseñar programas específicos de Formación Profesional para el Empleo que incluyan en caso necesario, módulos de español para extranjeros.

e) Las personas trabajadoras ocupadas en pequeñas y medianas empresas, cuya participación será prioritaria en los planes de formación destinados prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas, ya sean de carácter intersectorial o sectorial así como en el porcentaje de ocupados que puedan participar en la oferta de formación dirigida prioritariamente a personas desempleadas, pudiéndose diseñar programas específicos para personas trabajadoras de micropymes.

2. Será prioritaria la participación de las mujeres en las acciones de Formación Profesional para el Empleo.

Se impulsará el diseño de actuaciones específicas para mujeres, como medida de acción positiva, con el fin de corregir los desequilibrios que se produzcan en el mercado de trabajo.

Artículo 9. Planificación de la Oferta Formativa.

1. El Servicio Andaluz de Empleo planificará la oferta formativa dirigida prioritariamente a las personas desempleadas, que servirá de base para realizar las convocatorias de solicitud de subvenciones. Dicha planificación se fundamentará en las conclusiones de los estudios del Sistema de Prospección Permanente del Mercado de Trabajo en Andalucía y atendiendo al modelo de organización del Servicio Andaluz de Empleo basado en las Áreas Territoriales de Empleo.

2. El Servicio Andaluz de Empleo seleccionará a las personas trabajadoras desempleadas que podrán participar en las acciones formativas a desarrollar por las entidades beneficiarias de subvenciones concedidas al amparo de la presente Orden. Para ello, podrá contar con la colaboración de dichas entidades.

Artículo 10. De los Formadores y tutores.

1. Se entiende por formador, el profesional que desarrolla labores docentes, de seguimiento y evaluación en las acciones formativas de carácter presencial.

2. En los cursos impartidos en modalidad a distancia convencional y teleformación, el formador se denominará tutor. Sus funciones principales serán realizar el seguimiento y evaluación, asesorar, resolver las dudas planteadas por el alumnado, corregir ejercicios y actividades, y de forma general proporcionar una orientación y motivación adecuada al alumnado con el fin de optimizar su aprendizaje.

3. Los formadores y tutores que participen en las acciones de Formación Profesional para el Empleo deberán reunir el perfil y los requisitos relativos a titulación y experiencia profesional que se establezcan en cada Programa Formativo o Certificado de Profesionalidad y tener conocimientos didácticos.

4. El Servicio Andaluz de Empleo elaborará un Plan de Actuación y Perfeccionamiento para las personas que ejerzan como formadoras, tutoras y gestoras de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía.

Artículo 11. Tramitación electrónica de los procedimientos administrativos.

1. Las relaciones jurídicas derivadas de los procedimientos regulados en la presente Orden se desarrollarán preferentemente por medios electrónicos. Para ello, deberán concurrir los requisitos exigidos en el apartado 3 del artículo 12 del Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de los procedimientos electrónicos, y las personas o entidades beneficiarias deberán disponer de la correspondiente firma electrónica reconocida, regulada en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, o del sistema de firma electrónica incorporado al Documento Nacional de Identidad, de conformidad con los artículos 14 y 15 de la Ley 11/2007.

2. En este sentido, las personas o entidades beneficiarias podrán efectuar la presentación de la solicitud ante el Registro Telemático Único de la Junta de Andalucía, al que se accederá desde la página web del Servicio Andaluz de Empleo, www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo. Las solicitudes así presentadas producirán los mismos efectos jurídicos que las formuladas de acuerdo con el artículo 70.1 de la citada Ley

30/1992, de 26 de noviembre, e incluirán la petición de autorización para realizar las comunicaciones relativas al procedimiento por medios electrónicos, a través de la suscripción automática al sistema de notificaciones telemáticas de la Junta de Andalucía.

3. El registro telemático emitirá un recibo electrónico, de tal forma que la persona interesada tenga constancia de que la comunicación ha sido recibida por la Administración y pueda referirse a ella posteriormente. El recibo consistirá en una copia autenticada de la solicitud incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de asiento de entrada en el registro.

4. Los interesados podrán conocer el estado de tramitación del procedimiento a través del servicio electrónico que, al efecto se habilite, en la página web del Servicio Andaluz de Empleo, www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo.

5. Para que las notificaciones administrativas puedan llevarse a cabo por medios electrónicos, será preciso que la persona o entidades beneficiarias, en el momento de la iniciación o en cualquier otra fase de tramitación, acepten expresamente dicho medio de notificación como preferente mediante la identificación de una dirección electrónica al efecto.

Asimismo, podrán revocar su consentimiento para que las notificaciones dejen de efectuarse por vía electrónica, en cuyo caso deberán comunicarlo al órgano competente para la tramitación e indicar una nueva dirección donde practicar las notificaciones.

6. La persona o entidad beneficiaria podrá, una vez iniciado el procedimiento por vía telemática, practicar actuaciones o trámites a través de otro medio distinto. En todo caso, en el momento de la aportación de documentos o datos en los registros deberá indicar expresamente si la

iniciación del procedimiento o algunos trámites del mismo se han efectuado de forma electrónica o telemática.

7. La persona interesada podrá, en su caso, aportar por vía electrónica documentación proveniente de terceros, siempre que contenga la firma electrónica de éstos y se garantice su autenticidad, integridad, conservación y demás garantías y requisitos exigidos por el artículo 12 del Decreto 183/2003, de 24 de junio.

8. La resolución del procedimiento utilizando medios electrónicos garantizará la identidad del órgano competente a través de los sistemas de firma electrónica regulados en el artículo 13.3 de la Ley 11/2007.

Artículo 12. Comisiones Mixtas.

1. Con el fin de coordinar con las entidades beneficiarias de las subvenciones las distintas acciones de Formación Profesional para el Empleo reguladas en la presente Orden, se podrán constituir Comisiones Mixtas con funciones de preparación, seguimiento y evaluación de las actuaciones derivadas de la Resolución de concesión de la subvención o del convenio suscrito al efecto.

2. Las Comisiones Mixtas estarán constituidas por dos miembros del Servicio Andaluz de Empleo y dos miembros de la entidad beneficiaria responsable del proyecto o programa formativo y serán presididas, según el ámbito geográfico del órgano competente para la resolución de concesión de la subvención y la competencia del tema a tratar por:

a) La persona titular de la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo o persona en quien delegue cuando el proyecto formativo o programa sea del ámbito de la Comunidad Autónoma, afecte a más de dos provincias o los temas a tratar sean de su competencia.

b) La persona titular de la Dirección Provincial del Servicio Andaluz

de Empleo respectiva o persona en quien delegue cuando el proyecto formativo o programa sea de ámbito provincial o los temas a tratar sean de su competencia.

3. Las Comisiones Mixtas serán convocadas a instancia de cualquiera de las partes. Entre las facultades con las que contará se encuentran:

a) Analizar y valorar el desarrollo de la actuación objeto de la subvención.

b) La modificación de el área territorial de empleo de desarrollo de la acción.

c) Proponer al órgano concedente la modificación de las acciones formativas objeto de la subvención, recomendando la inclusión o cancelación de acciones o grupos de acciones, así como la modificación del número de alumnos, en caso de ser posible atendiendo a la modalidad de formación. Estas modificaciones en ningún caso podrán significar variación de los porcentajes de los colectivos prioritarios participantes fijados en la propuesta de resolución, ni tampoco incremento de la subvención concedida, pudiendo compensarse con el ahorro de los costes de ejecución y el abandono de alumnos.

d) Cuantas otras se consideren oportunas para el correcto seguimiento de las acciones objeto de subvención.

Estas facultades se ejercerán sin perjuicio de dictar, en los casos necesarios, resolución complementaria o suscribir Addenda al Convenio de Colaboración.

4. En lo relativo al régimen jurídico de las comisiones mixtas, se estará a lo dispuesto en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, en relación a su organización y funcionamiento, y en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

Artículo 13. Financiación.

1. Las subvenciones y ayudas concedidas al amparo de la presente

Orden se abonarán con cargo a los créditos presupuestarios destinados a la financiación de la Formación Profesional para el Empleo que se determinen en los presupuestos

de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en las modificaciones presupuestarias aprobadas reglamentariamente con cargo al Presupuesto de Gastos del Servicio Andaluz de Empleo, dentro de los cuales se encuentran tanto fondos propios de la Comunidad Autónoma como fondos cofinanciados por el Fondo Social Europeo a través del Programa Operativo Fondo Social Europeo de Andalucía 2007-2013, y del Programa Operativo Plurirregional de adaptabilidad y empleo, con una cofinanciación por parte de ambos del 80%.

2. La concesión de las ayudas previstas en la misma estará limitada por las disponibilidades presupuestarias previstas en cada ejercicio, pudiéndose adquirir compromisos de gastos de carácter plurianual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6.e) del Reglamento de la Ley de Subvenciones y del artículo 39 de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y Normas de Desarrollo.

CAPÍTULO II

Formación de Oferta

Sección 1.ª Disposiciones comunes a la Formación de Oferta

Artículo 14. *Especialidades Formativas.*

1. Las especialidades formativas objeto de subvención serán las incluidas en el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas regulado en el Capítulo IV.

2. Las acciones formativas conducentes a la obtención de los Certificados de Profesionalidad tendrán la duración establecida en la

normativa reguladora de los mismos. Con el fin de favorecer su acreditación parcial acumulable, reducir los riesgos de abandonos y posibilitar al trabajador que avance en su itinerario formativo, cualquiera que sea su situación laboral en cada momento, se fomentará la programación de acciones formativas que estén constituidas por los módulos de formación correspondientes a una unidad de competencia de las que integran un Certificado de Profesionalidad o por unidades formativas de menor duración, en los términos que establezca la normativa reguladora de los certificados de profesionalidad.

3. Las especialidades formativas no dirigidas a la obtención de los Certificados de Profesionalidad tendrán una duración adecuada a su finalidad, en función de los contenidos, del colectivo destinatario, de la modalidad de impartición y de otros criterios objetivos, pudiéndose programar con un número de horas igual o inferior a la duración máxima fijada para cada especialidad en el citado Fichero Andaluz de Especialidades Formativas.

4. La formación impartida mediante la modalidad presencial se organizará en grupos de veinticinco participantes como máximo. En la formación impartida mediante la modalidad a distancia convencional o de teleformación deberá haber, como mínimo, un tutor por cada sesenta participantes.

5. En la formación conducente a la obtención de Certificados de Profesionalidad, cuando se realice mediante la modalidad a distancia convencional o teleformación, deberá haber, como mínimo, un tutor o tutora por cada veinticinco participantes.

6. Respecto a los contenidos de las especialidades a impartir en la modalidad de distancia y teleformación, las acciones formativas estarán estructuradas en módulos formativos. Todos los módulos contarán

con ejercicios de evaluación de conocimientos.

Artículo 15. Ejecución mediante entidades vinculadas

La ejecución de la Formación de Oferta podrá ser realizada por una entidad vinculada cuando así expresamente lo determine la resolución o convenio que otorgue la subvención o en otra resolución complementaria, y en ella se identifique a la entidad vinculada y la aceptación del responsable de dicha entidad, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

1. Que la contratación se realice de acuerdo con las condiciones normales de mercado.

2. Que se obtenga la previa autorización del órgano concedente en los términos que se establecen en el artículo 100.1.c).

A los efectos del presente artículo, se entenderá por entidades vinculadas las recogidas en el artículo 68.2 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

Artículo 16. Ejecución y seguimiento de la Formación Profesional para el Empleo.

1. El Servicio Andaluz de Empleo dará a conocer y difundirá su oferta formativa entre el público destinatario a través de los mecanismos que a tal fin se establezcan, con el objeto de que las personas que lo deseen puedan ejercitar su derecho a la formación.

Para ello, en los plazos fijados en las Instrucciones dictadas por la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo, las entidades deberán comunicar las fechas previstas de inicio, duración, horario, así como cualquier otra información de relevancia de la acción formativa o grupo que se determine. Una vez comunicada dicha información, cual-

quier modificación de la misma habrá de ser asimismo comunicada.

2. La información disponible para cada acción o grupo será publicada en la forma que determine el Servicio Andaluz de Empleo.

Las personas que cumplan con los requisitos para acceder al curso podrán presentar la solicitud de participación tanto documental como telemáticamente, en los plazos que se determinen.

3. La selección de los participantes desempleados se realizará por el Servicio Andaluz de Empleo, con arreglo a los requisitos establecidos para cada acción. En el proceso de selección, podrá recabarse la colaboración de las entidades beneficiarias de la subvención. Realizada dicha selección se dará publicidad a la lista de admitidos con antelación suficiente al comienzo del curso.

4. Una vez comenzado el curso, la entidad beneficiaria comunicará, en la forma que se determine, al Servicio Andaluz de Empleo la relación de los alumnos que han iniciado el mismo, con el fin de facilitar el posterior seguimiento de la formación.

5. En el caso de acciones de teleformación o mixta, las entidades comunicarán además al Servicio Andaluz de Empleo la dirección URL de acceso al curso, así como la clave de usuario y contraseña con el perfil de tutor para facilitar el seguimiento de la actividad formativa.

6. Las incidencias que se produzcan durante el desarrollo del curso, tales como altas y bajas de alumnos, cambio de horarios, docentes, etc., que supongan modificación de los datos inicialmente planificados, serán debidamente comunicadas al Servicio Andaluz de Empleo.

7. En las acciones formativas en modalidad a distancia o teleformación se entregará o remitirá al alumnado, un ejemplar de la guía de usuario con la información que el Servicio Andaluz de Empleo determine.

8. Una vez finalizados los cursos, las entidades beneficiarias lo comunicarán al Servicio Andaluz de Empleo haciendo constar los participantes que han finalizado el curso, con indicación de apto o no apto y en su caso el Acta de Evaluación.

9. El alumnado, los formadores y los responsables del seguimiento y control de las acciones formativas cumplimentarán un cuestionario de evaluación en la forma y con los contenidos que determine el Servicio Andaluz de Empleo.

10. Se desarrollarán mediante instrucciones los procedimientos y documentación necesaria para el seguimiento de la ejecución de las acciones formativas. El seguimiento se realizará preferentemente de modo telemático a través del Portal del Servicio Andaluz de Empleo.

Artículo 17. Cobertura de vacantes.

1. Cuando debido a bajas de alumnos/as que participen en una acción formativa se produzcan vacantes en la misma, éstas podrán ser cubiertas por aspirantes que hubiesen quedado en reserva como resultado del proceso de selección si no se ha impartido el veinticinco por ciento del curso. Agotado el cupo de reserva, el Servicio Andaluz de Empleo podrá incorporar automáticamente alumnos siempre que reúnan el perfil requerido.

2. Superado el veinticinco por ciento de las horas del curso, el Servicio Andaluz de Empleo podrá autorizar la cobertura de las vacantes a la vista del informe del responsable del curso, siempre que, de las circunstancias académicas o profesionales de las personas que se incorporen, se deduzca que puede seguir las clases con aprovechamiento.

Artículo 18. Reserva de plazas.

1. Cuando, como resultado de procesos de orientación o cualifica-

ción profesional de personas desempleadas, fuera necesaria la incorporación de éstas a una acción formativa para completar o adecuar su itinerario profesional, éstas tendrán preferencia en el proceso de selección, pudiendo el Servicio Andaluz de Empleo acordar la reserva de un número de plazas para la inclusión de las mismas, siempre y cuando reúnan el perfil requerido.

2. El Servicio Andaluz de Empleo, con carácter previo a la convocatoria de cada curso, podrá reservarse la facultad de que, determinadas plazas o la totalidad del mismo, puedan destinarse a colectivos específicos de alumnos/as cuando especiales circunstancias lo aconsejen.

Artículo 19. Acreditación de la Formación.

1. La Formación dirigida a la obtención de Certificados de Profesionalidad se acreditará de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, en el artículo 11.1 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, y en el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los Certificados de Profesionalidad.

La expedición de los Certificados de Profesionalidad y de las acreditaciones parciales se realizará por el Servicio Andaluz de Empleo, a través de la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo, que llevará un Registro nominal y por especialidades de los certificados y acreditaciones parciales acumulables expedidas.

2. Cuando la formación no esté vinculada a la oferta formativa de los Certificados de Profesionalidad, deberá entregarse a cada participante que haya finalizado, un certificado de asistencia a la misma y a cada participante que haya superado la formación con evaluación positiva, un diploma acreditativo. En el certificado

de asistencia o diploma, que se realizará según el modelo normalizado que determine el Servicio Andaluz de Empleo, se hará constar como mínimo la denominación de la acción formativa, los contenidos formativos, la modalidad de impartición, duración, período de impartición, DNI del participante, referencia de la Orden reguladora de la convocatoria y número de expediente. En caso de que la formación sea cofinanciada con el Fondo Social Europeo, se hará constar esta circunstancia en el certificado o diploma.

Los certificados acreditativos deberán ser entregados o remitidos a los participantes en el plazo de dos meses a contar desde que el Servicio Andaluz de Empleo haya expedido el certificado y lo ponga a disposición de la entidad, debiendo quedar constancia de dicha entrega o remisión en la entidad subvencionada.

El Servicio Andaluz de Empleo creará un Registro único de Certificados de Asistencia o Diplomas de toda la formación que se gestione en su ámbito.

Artículo 20. *Informe de Impacto de la Formación Profesional para el Empleo.*

1. Una vez transcurridos seis meses desde la finalización de la acción formativa se realizará por parte del Servicio Andaluz de Empleo un informe de inserción de todas aquellas personas desempleadas que participen en alguna acción formativa, en el que se hará constar la situación laboral del alumnado, tipo de contrato, duración del mismo, vinculación de la formación recibida con el puesto de trabajo y cualquier otra información que se establezca.

2. En el caso de acciones formativas en las que participen personas ocupadas se realizará un informe de impacto de la formación recibida en su actividad laboral.

3. Los resultados de dichos informes serán publicados en la página web del Servicio Andaluz de Empleo.

Sección 2.^a Formación de Oferta dirigida prioritariamente a personas ocupadas

Artículo 21. *Personas destinatarias de la Formación de Oferta dirigida prioritariamente a personas ocupadas.*

1. En los Planes de Formación dirigidos prioritariamente a las personas ocupadas, el porcentaje de participación de éstas debe de ser al menos de un 60%. La participación de las personas desempleadas no podrá superar el 40% del total del Plan. Asimismo, en cada uno de los grupos que se constituyan para el desarrollo del Plan no podrán participar más del 60% de personas desempleadas.

2. En los Planes de Formación dirigidos prioritariamente a personas ocupadas que tengan Carácter Intersectorial podrán participar trabajadores/as de las Administraciones Públicas siempre que el número total de participantes no supere el diez por ciento de cada Plan de Formación.

Artículo 22. *Los convenios para el desarrollo de Planes de Formación de Oferta dirigida prioritariamente a personas ocupadas.*

1. La concesión de subvenciones públicas destinadas a la financiación de los Planes de Formación de Oferta dirigidos prioritariamente a personas ocupadas previstos en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, y la Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo, que lo desarrolla, se formalizará a través de la suscripción de convenios entre el Servicio Andaluz de Empleo y las entidades descritas en el artículo 4.

2. Los convenios contendrán, además del contenido mínimo regulado en el artículo 13 del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, la siguiente información:

- a) Objeto del convenio.
- b) Plan de Formación en el que se deberán detallar los apartados descritos en el artículo 24.
- c) Ámbito territorial y temporal de aplicación.
- d) Financiación.
- e) Normativa aplicable.
- f) Causa de resolución y efectos.
- g) Vigencia y denuncia del Convenio indicando los supuestos, las formalidades y los plazos para ello.
- h) Entidades asociadas al convenio, haciendo constar si se trata de entidades vinculadas o subcontratadas y los compromisos y cuantías que asume gestionar cada una de ellas, en los términos previstos en el artículo 15 y en el artículo 100.1.
- i) La Comisión Mixta de Seguimiento, especificando su composición, número de miembros y régimen de funcionamiento y facultades.

Artículo 23. Tipos de Convenios.

Se podrán suscribir los siguientes tipos de convenios:

1. Convenio para la ejecución de Planes de Formación Intersectoriales, dirigidos prioritariamente a la formación de personas trabajadoras en competencias transversales y horizontales a varios sectores de actividad económica. Asimismo, podrán incluir acciones formativas destinadas a la capacitación de trabajadores/as para labores de representación y negociación en los ámbitos de la negociación colectiva.

2. Convenios para la ejecución de Planes de Formación de ámbito Sectorial dirigidos a los sectores más relevantes que se detallarán en la resolución de convocatoria. Al amparo de los mismos se desarrollarán acciones formativas de interés general para dichos sectores con el fin de satisfacer necesidades específicas de formación de los mismos. Este tipo de acciones también podrán estar dirigidas al reciclaje y recuali-

ficación de trabajadores/as procedentes de sectores en situación de crisis. Se entenderá por situación de crisis cuando la empresa para la que trabaje el alumno/a haya presentado o tenga aprobado judicialmente un Concurso de Acreedores, se haya sometido a Expediente de Regulación de Empleo o haya reducido su plantilla en al menos el diez por ciento, con un mínimo de cuatro bajas en los últimos doce meses. Esta situación habrá de acreditarse en el momento de la solicitud.

3. Convenios para la ejecución de Planes de Formación Intersectoriales que incorporen a trabajadores/as y socios trabajadores/as y de trabajo de dos o más cooperativas, sociedades laborales y otras empresas y entidades de la economía social que, sin pertenecer a un mismo sector productivo, atiendan demandas formativas derivadas de la naturaleza jurídica de aquéllas o de necesidades de carácter transversal.

4. Convenios para la ejecución de Planes de Formación Intersectoriales dirigidos a trabajadores/as autónomos, con el fin de mejorar su capacitación en las competencias relacionadas con la actividad que desarrollen.

Artículo 24. Planes de Formación.

1. El Plan de Formación deberá contener, para cada acción formativa, la información contemplada en este artículo, que será como mínimo: número de horas, número de participantes, modalidad de impartición, coste de la acción, número de grupos y provincia en que se tiene prevista su desarrollo.

2. En todo caso, la estructura del Plan se realizará con arreglo al siguiente esquema:

- a) Ámbito de aplicación del Plan.
- b) Objetivos y contenidos.
- c) Acciones formativas a desarrollar, con indicación, en su caso, de las

vinculadas al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales y, dentro de éstas, las dirigidas a la obtención de los Certificados de Profesionalidad.

d) Colectivos destinatarios, desglosados conforme a los colectivos prioritarios previstos en el artículo 8.

e) Coste previsto de las acciones formativas.

f) Instalaciones y medios previstos para impartir las acciones formativas.

g) El plan se acompañará de los siguientes Anexos, a cumplimentar por el solicitante en los impresos normalizados establecidos al efecto:

1.º Datos generales del Plan de Formación

2.º Memoria justificativa del Plan de Formación, así como de la capacidad técnica del solicitante para la gestión del Plan que se solicita.

Artículo 25. *Determinación del importe de la subvención para los Planes de Formación.*

La cuantía máxima a conceder para los Planes de Formación se determinará mediante el producto del número de

horas de cada acción por el número de alumnos previstos en la totalidad de los grupos por el importe del módulo económico correspondiente, conforme a las cuantías previstas en el Anexo I.

Artículo 26. *Duración de los Planes de Formación y de las Acciones Formativas.*

1. La duración de los Planes de Formación podrá ser plurianual, debiendo estar establecida su duración exacta según lo que establezca la resolución de concesión.

2. La duración de las acciones formativas no podrá ser inferior a seis horas ni superior a 270 horas. Este límite se podrá excepcionar cuando la acción se destine a la obtención de una titulación o acreditación oficial, o

cuando por norma o convenio sea exigida una duración mayor.

3. El número de horas lectivas de las acciones formativas no podrá exceder de ocho horas diarias.

4. Podrán financiarse acciones o módulos formativos con una duración mínima de cuatro horas cuando se trate de formación de carácter transversal en áreas que se consideren prioritarias tanto en el marco de la Estrategia Europea para el Empleo y del Sistema Nacional de Empleo como en las directrices establecidas por la Unión Europea. Esta formación tendrá prioridad en la valoración de las solicitudes y podrá desarrollarse dentro de una determinada acción formativa o bien de forma separada.

En todo caso, son áreas prioritarias las relativas a tecnologías de la información y la comunicación, la prevención de riesgos laborales, la sensibilización en medio ambiente, la promoción de la igualdad, la orientación profesional y aquellas otras que se establezcan por el Servicio Andaluz de Empleo.

Artículo 27. *Criterios específicos de valoración de los Planes de Formación.*

1. Para la valoración técnica de los Planes de Formación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios, cuya ponderación será convenientemente determinada en la resolución correspondiente:

a) En relación con las acciones formativas que integran el Plan se valorará:

1.º La correcta definición de sus objetivos.

2.º La descripción de los contenidos de las acciones formativas.

3.º La definición de un mecanismo de seguimiento.

4.º Evaluación y control del aprendizaje.

5.º Otorgamiento de certificaciones adicionales a las acciones formativas.

b) En relación con la entidad solicitante se valorará la capacidad acreditada de la entidad solicitante para desarrollar el Plan presentado, teniendo en cuenta:

1.º El grado de ejecución y de cumplimiento de las condiciones en que se otorgaron subvenciones para experiencias anteriores.

2.º Los medios personales y materiales propios o ajenos puestos a disposición para la ejecución del Plan.

3.º La experiencia previa en formación de la entidad.

4.º La experiencia de los recursos humanos responsables del desarrollo del Plan.

5.º La capacidad de las instalaciones y medios didácticos disponibles por la entidad.

6.º La existencia en la entidad solicitante o la entidad designada para la gestión y ejecución del Plan de formación, de sistemas de gestión de la calidad en la Formación y los aspectos que contemple el sistema de calidad.

2. Para la valoración de estos criterios se tendrá en cuenta la información disponible en la Memoria Justificativa anexa a la solicitud.

Artículo 28. Formación transversal complementaria en los Planes de Formación.

1. Las acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas ocupadas reguladas en esta sección podrán incluir módulos de formación transversal, que se incrementarán a las horas de formación fijadas en el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas e incluidas en el Plan de Formación.

Las materias a impartir en dicha formación transversal serán las siguientes:

a) Un módulo de Prevención de Riesgos Laborales, que en las acciones formativas pertenecientes a un Plan Intersectorial será de carácter básico y en las acciones pertene-

cientes a Planes Sectoriales estará adaptado a las necesidades específicas del sector profesional al que pertenezca la acción.

b) Un módulo de Sensibilización Medioambiental, que en las acciones formativas pertenecientes a un Plan Intersectorial será de carácter general y en las acciones incluidas en Planes Sectoriales, estará referido al impacto medioambiental de la actividad del sector profesional al que se refiere la acción.

c) Un módulo de Igualdad de Oportunidades que se incluirá en las acciones formativas de todos los Planes de Formación.

2. Los módulos transversales especificados en el apartado anterior, tendrán un carácter obligatorio para las acciones formativas de duración igual o superior a cien horas.

3. La duración de éstos módulos se atenderá a las siguientes especificaciones:

a) Para las acciones formativas con una duración superior a 100 horas e igual o inferior a 270 horas, la duración de dichos módulos será del cincuenta por ciento de las horas fijadas para los mismos en el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas.

b) En los cursos de duración superior a 270 horas, los módulos de formación transversal complementaria tendrán la duración fijada para los mismos en el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas.

4. En el caso de que el objeto de curso sea específicamente las materias descritas en los apartados anteriores, no será necesario incluir dichos módulos.

Sección 3ª. Formación de oferta dirigida prioritariamente a personas desempleadas

Artículo 29. Personas destinatarias de la Formación de Oferta dirigida prioritariamente a personas desempleadas.

En las acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas desempleadas la participación de éstas deberá alcanzar al menos el sesenta por ciento del total de las personas participantes en cada acción formativa.

Artículo 30. *Actuaciones de Formación dirigidas prioritariamente a personas desempleadas.*

1. Las actuaciones de Formación de Oferta dirigida prioritariamente a personas desempleadas se desarrollarán a través de acciones formativas.

2. Las acciones formativas se podrán ordenar, en su caso, en:

- a) Itinerarios formativos.
- b) Proyectos formativos de carácter sectorial.
- c) Proyectos formativos de carácter territorial.

Artículo 31. *Itinerarios Formativos.*

1. Según recoge el apartado 1.f) del artículo 4 del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, se entiende como Itinerario Formativo, el conjunto concatenado de acciones formativas complementarias entre sí, dirigidas a un grupo de trabajadores y trabajadoras, con el fin de ofrecerles una mayor especialización que permita completar su cualificación para mejorar su empleabilidad.

2. La formación transversal complementaria se programará una sola vez para cada itinerario formativo, independientemente del número de acciones que lo compongan.

Artículo 32. *Proyectos Formativos de carácter sectorial.*

Los Proyectos Formativos de carácter sectorial son un grupo de acciones formativas relacionadas con un sector productivo que requiere de una actuación concreta para la mejora

de la competitividad de las empresas del sector debido a la escasez de personal cualificado, el crecimiento exponencial del sector o situaciones de transformación del sector por cambios en la producción debidos a la incorporación de nuevas tecnologías en los procesos productivos.

Artículo 33. *Proyectos Formativos de carácter territorial.*

1. Los Proyectos Formativos de carácter territorial, de ámbito inferior al regional, consisten en actuaciones planificadas entre el Servicio Andaluz de Empleo, las Entidades Locales y Asociaciones Empresariales y Sindicales implantadas en el territorio objeto de actuación, junto con entidades beneficiarias para el desarrollo de acciones formativas que implementen las políticas públicas de desarrollo local a través de la formación.

2. Dentro de estos Proyectos tendrán prioridad aquellos desarrollados en zonas objeto de actuación preferente en materia de empleo definidas por el Servicio Andaluz de Empleo.

Artículo 34. *Criterios específicos de valoración para la concesión de la subvención.*

La valoración de las solicitudes de subvención para el desarrollo de acciones formativas se realizará teniendo en cuenta los siguientes criterios, cuya ponderación se concretará en la resolución de convocatoria:

a) La calidad del Proyecto formativo propuesto, para lo cual se valorará el perfil del personal docente, el material didáctico disponible, la metodología, el contenido del programa y la idoneidad del centro en el que se va a impartir la formación, teniendo en cuenta el nivel de adecuación de las instalaciones, aulas y/o talleres a las exigencias de las acciones formativas propuestas.

b) La incorporación a las acciones formativas de un período de

prácticas profesionales no laborales en centros de trabajo.

c) El grado de cumplimiento en la ejecución de subvenciones similares, así como en la justificación del gasto, para aquellas entidades que hayan colaborado con el Servicio Andaluz de Empleo en el desarrollo de acciones formativas en convocatorias anteriores.

d) Factores que garanticen la calidad de la formación, como la implantación por parte de la entidad solicitante de un sistema acreditado de calidad para la gestión de la formación o del centro.

Artículo 35. Determinación del importe de la subvención.

1. El Servicio Andaluz de Empleo adecuará el módulo económico de cada especialidad formativa subvencionable dentro de los límites fijados en el Anexo I, que se recogerá en el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas.

2. La cuantía máxima de la subvención a conceder para cada acción formativa se determinará mediante el producto del número de horas de la misma por el número de alumnos y por el importe del módulo económico correspondiente.

Artículo 36. Formación transversal complementaria.

1. Las acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas desempleadas reguladas en esta sección incluirán módulos de formación transversal que se incrementarán a las horas de formación fijadas en el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas para cada una de ellas. Las materias a impartir en dicha formación transversal serán las siguientes:

a) Con carácter obligatorio incluirán: un módulo de Prevención de Riesgos Laborales y un módulo de Sensibilización Medioambiental, salvo que el objeto del curso sea específicamente las citadas materias.

b) Asimismo incluirán un módulo de Orientación e Información Profesional que contenga técnicas de búsqueda de empleo y de autoempleo, así como el uso de herramientas telemáticas particularmente las del Servicio Andaluz de Empleo.

c) Asimismo podrán incluirse módulos sobre Tecnologías de la Información y Comunicación, así como de Idiomas.

2. Las acciones formativas incluirán un módulo sobre Igualdad de Oportunidades de cinco horas para cursos superiores a 270 horas de duración y de tres horas en los de menor duración que no serán incrementadas a las horas fijadas en el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas para cada especialidad.

3. La duración de los módulos obligatorios de Prevención de Riesgos Laborales, Sensibilización Medioambiental y Orientación e Información Profesional será la que se recoja en el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas para este tipo de formación.

No obstante, para las acciones formativas con una duración superior a 100 horas e igual o inferior a 270 horas, la duración de dichos módulos será del cincuenta por ciento de las horas fijadas para los mismos en el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas.

En los cursos inferiores a 100 horas, la duración de la formación transversal complementaria será del diez por ciento de la duración de la acción.

Sección 4.ª Otras Modalidades de desarrollo de la Formación de Oferta

Artículo 37. Programa de Acciones Formativas con compromiso de contratación.

1. Este programa tiene como objeto la realización de acciones formativas adaptadas a las necesi-

dades de las empresas siempre que conlleven el compromiso de insertar a un porcentaje de los alumnos y alumnas que participan en el curso.

En este programa únicamente podrán participar personas desempleadas.

2. Podrán ser beneficiarias de estas subvenciones, empresas privadas y públicas, entidades sin ánimo de lucro y entidades locales siempre que se comprometan a contratar, directa o indirectamente, el porcentaje de alumnos que se establece en el punto siguiente.

3. El compromiso contemplará la contratación, por cuenta ajena, de al menos un sesenta por ciento del alumnado formado. La contratación cumplirá las siguientes reglas:

a) El contrato se celebrará, preferentemente, con carácter indefinido, o, en otro caso con una duración no inferior a 6 meses.

b) La jornada será, preferentemente, a tiempo completo. En el caso de que sea a tiempo parcial, como mínimo alcanzará el cincuenta por ciento de la jornada laboral.

4. En las solicitudes de subvención, las empresas, asociaciones u otras entidades que adquieran compromisos de contratación dirigidos a personas desempleadas, contemplarán el número de alumnos formados que se contratarán, el procedimiento de selección de trabajadores/as, el ámbito geográfico de la contratación, la jornada laboral, el tipo de contrato, así como la relación de la especialidad o especialidades propuestas con el puesto de trabajo ofertado.

Cuando la contratación no la realice la entidad solicitante, deberá adjuntar a la solicitud la relación de empresas y el número de trabajadores/as que se compromete a contratar cada una, junto con el compromiso de cada empresa, que se suscribirá en el modelo normalizado.

5. El Servicio Andaluz de Empleo valorará la propuesta y tendrá en

cuenta la posibilidad de empleabilidad de los alumnos según la formación a recibir considerando las necesidades de formación del mercado de trabajo así como el número de trabajadores/as demandantes de empleo con ese perfil inscritos en el Servicio Andaluz de Empleo.

6. Para acreditar el cumplimiento del compromiso de contratación, las entidades subvencionadas presentarán, junto con la justificación económica de la acción formativa, relación de los contratos de trabajo formalizados con indicación de la fecha en que fueron registrados en el Servicio Andaluz de Empleo, de acuerdo con los compromisos adquiridos en la solicitud que dio origen a la subvención concedida.

7. Las renunciaciones por parte de los alumnos/as a un contrato de trabajo de acuerdo a los compromisos adquiridos en la solicitud que dio origen a la subvención concedida y relacionado con la formación impartida, se tendrá en cuenta para el cumplimiento del compromiso de contratación por parte de la entidad subvencionada, siempre que se le haya ofrecido a todos los alumnos/as formados/as y se encuentre suficientemente acreditado.

El incumplimiento del compromiso de contratación dará lugar a la obligación del reintegro total o parcial de la subvención percibida y del interés de demora correspondiente, desde su abono, de conformidad con lo establecido en los artículos 104 y 105, salvo que medien causas o circunstancias que, apreciadas por el Servicio Andaluz de Empleo, hayan impedido su cumplimiento.

8. El plazo de presentación de solicitudes para participar en este programa estará abierto durante todo el año.

Artículo 38. *Programa de Formación e Inserción sociolaboral para colectivos con especiales dificultades de inserción.*

1. Este programa tiene como objeto mejorar la empleabilidad de las personas desempleadas con mayores dificultades de inserción, mediante la realización de acciones de formación profesional para el empleo diseñadas específicamente para ellas. Los colectivos objeto de este Programa son los descritos en el artículo 8.

2. El Programa de Formación e Inserción Sociolaboral puede integrar varias actuaciones a través de un itinerario formativo y su finalidad es el acompañamiento hacia el empleo de las personas objeto de la actuación.

Entre dichas actuaciones se encuentran:

- a) Acciones de Formación.
- b) Prácticas Profesionales no laborales en empresas.
- c) Acciones de acompañamiento y apoyo a la inserción.
- d) Evaluación del programa y resultados de Inserción.

3. Podrán solicitar las acciones formativas objeto de este programa, las entidades sin ánimo de lucro, las administraciones locales y otras instituciones o empresas públicas que tengan entre sus fines la formación o inserción profesional de los colectivos a los que se dirija el mismo.

4. Junto con la solicitud, la entidad beneficiaria, podrá aportar una propuesta de Acuerdo o Convenio con otros organismos dependientes de la Junta de Andalucía que participen en el programa, detallando su aportación al mismo. Éste debe recoger la valoración expresa de la capacidad de inserción del colectivo al que va dirigido, su problemática concreta y los factores de riesgo de exclusión social y falta de integración sociolaboral que justifican el programa, metodología, acciones propuestas y costes detallados del mismo. En el caso de que los otros organismos aporten alguna ayuda económica para el proyecto, la cuantía de ambos en ningún caso ha de superar el coste total del mismo.

Artículo 39. *Programa para personas ocupadas en pequeñas y medianas empresas, empresas de economía social y autónomos.*

1. Este programa tiene como objeto favorecer la cualificación de las personas ocupadas en pequeñas y medianas empresas, así como en las empresas de economía social, con el fin de facilitar su adaptación a los cambios tecnológicos y a las innovaciones que se van produciendo tanto en el ámbito de la gestión como en el de la producción, a fin de mantener la estabilidad en el empleo y de ampliar la posibilidad de crecimiento del mismo así como de los trabajadores/as autónomos.

En las acciones formativas dirigidas a personas ocupadas en PYMES, empresas de Economía Social y Autónomos, la participación de personas ocupadas deberá alcanzar al menos el ochenta por ciento del total de las personas participantes en cada acción formativa.

Se entenderá por pequeñas y medianas empresas, las empresas que cuenten con menos de doscientos cincuenta trabajadores/as entre todos sus centros de trabajo, ubicados dentro del ámbito territorial de Andalucía.

Se entenderá como empresa de economía social las sociedades cooperativas, las sociedades anónimas laborales y las sociedades agrarias de transformación.

2. Podrán solicitar las acciones formativas objeto de este programa, las entidades sin ánimo de lucro, las administraciones locales y otras instituciones o empresas públicas que tengan entre sus fines la formación o inserción profesional de los colectivos a los que se dirija el mismo.

3. Las acciones formativas desarrolladas al amparo de este Programa se financiarán con Fondos Propios y con Fondos cofinanciados por el Programa Operativo Fondo Social Europeo de Andalucía 2007-2013,

con una cofinanciación del 80% en el último caso.

Artículo 40. *Programa de formación para formadores y gestores de la Formación Profesional para el Empleo.*

1. Este programa tiene como objeto promover acciones de formación de formadores dirigidas, por una parte, a personas que, reuniendo los requisitos técnicos y académicos para ser formadores y gestores de Formación Profesional para el Empleo, carezcan de conocimientos metodológicos, y por otra, a la actualización de aquellos formadores y gestores que quieran mejorar sus conocimientos.

2. En las acciones formativas desarrolladas al amparo del presente Programa que se financien por fondos propios y por fondos cofinanciados por el Programa Operativo del Fondo Social Europeo de Andalucía, podrán participar tanto personas ocupadas como personas desempleadas sin ninguna limitación.

En las acciones formativas desarrolladas al amparo del presente Programa que se financien con fondos que provengan de la Administración General del Estado, la participación de personas ocupadas podrá ser del cuarenta por ciento como máximo.

Dicha circunstancia se hará constar en la resolución de concesión de la subvención.

Artículo 41. *Criterios de valoración y determinación del importe de las subvenciones.*

Los criterios de valoración y la determinación del importe de las subvenciones reguladas en esta sección se regirán por lo dispuesto en la Sección tercera del presente capítulo.

Sección 5.ª De las becas y ayudas a los participantes desempleados/as

Artículo 42. *Becas de asistencia para personas con discapacidad y otros colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado laboral.*

1. Podrán percibir una beca de asistencia, las personas desempleadas con discapacidad que participen en acciones formativas que cuenten con sesiones presenciales, siempre y cuando cumplan los requisitos contemplados en el apartado 5 del artículo 47.

2. Tendrán la consideración de personas con discapacidad, aquellas que se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%, que se acreditará mediante los documentos que señala el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no-discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, o normativa que lo sustituya.

3. Asimismo, cuando la resolución de convocatoria lo contemple, podrán percibir esta beca determinados colectivos con especiales dificultades de inserción.

4. La cuantía de la beca será la señalada en el Anexo IV.

Artículo 43. *Ayudas de transporte.*

1. Las personas desempleadas que participen en las acciones formativas presenciales o sesiones presenciales de acciones formativas mixtas, reguladas en la presente Orden, podrán tener derecho a una ayuda de transporte, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 47.

2. Podrán solicitar esta ayuda aquellas personas que para asistir al curso tengan que desplazarse de un municipio a otro o, estando dentro de un mismo municipio, de un núcleo de población a otro, siempre que la

distancia entre ambos sea al menos de 10 kilómetros.

3. Cuando se utilice la red urbana de transportes públicos como medio de transporte para asistir a la formación, tendrán derecho a percibir una ayuda. De no existir medio de transporte público entre el domicilio del alumno/a y el del centro donde se realice el curso de formación, o bien si los horarios existentes no permiten compatibilizar el uso de la red pública de transporte con el del curso, se podrá tener derecho a esta ayuda en concepto de transporte en vehículo propio. Las cuantías para una y otra ayuda son las fijadas en el Anexo IV.

4. En el caso de que las personas desempleadas tengan que desplazarse a otros países, la ayuda de transporte incluirá el importe del billete en clase económica de los desplazamientos inicial y final.

Artículo 44. Ayudas de manutención y alojamiento.

1. Podrán solicitar la ayuda de manutención las personas desempleadas que tengan que desplazarse para asistir al curso, siempre que entre el lugar de residencia y el municipio donde se imparta la formación medien, al menos, 50 kilómetros y que el horario del curso sea de mañana y tarde. En el caso de que se trate de acciones formativas impartidas en la modalidad mixta, el alumnado sólo podrá percibir las por la asistencia a sesiones presenciales. Las sesiones presenciales habrán de cumplir el requisito establecido en el artículo 47.5.

2. Se podrá solicitar la ayuda de alojamiento cuando, la persona tenga que desplazarse para asistir al curso y la distancia entre su residencia y el lugar de impartición sea mayor de 100 kilómetros.

3. Las cuantías de las ayudas de manutención y alojamiento son las establecidas en el Anexo IV.

4. No tendrán derecho a la percepción de estas ayudas las

personas que se encuentren cursando o hayan solicitado cursar estudios de Formación Profesional reglada o universitaria en la provincia donde se imparta la acción formativa y tengan concedidas otras becas o ayudas para cursar estas enseñanzas.

Artículo 45. Ayudas a la conciliación.

1. Las ayudas previstas en este artículo tienen por objeto permitir a las personas desempleadas conciliar su asistencia a las acciones formativas que cuenten con sesiones presenciales con el cuidado de hijos menores de 6 años o de familiares dependientes hasta el segundo grado, siempre que al inicio de la acción formativa cumplan los requisitos siguientes:

a) No haber rechazado ofertas de trabajo adecuadas ni haberse negado a participar en actividades de promoción, formación o reconversión profesional en el plazo de un mes desde que se agotase el subsidio por desempleo o la prestación contributiva.

b) Carecer de rentas de cualquier clase superiores al setenta y cinco por ciento del «Indicador público de renta de efectos múltiples» (IPREM). Se entenderá cumplido este requisito siempre que la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros de la componen no supere el setenta y cinco por ciento del IPREM. A estos efectos, computará como renta el importe de los salarios sociales, las rentas mínimas de inserción o las ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas. Que cumplan los requisitos contemplados en el artículo 47.5

2. La cuantía de la ayuda a la conciliación contemplada en este artículo será la establecida en el Anexo IV.

Artículo 46. *Cómputo a efectos de renta.*

Las ayudas para suplir los gastos de transporte, manutención y alojamiento previstas en esta Orden no se computarán como renta a efectos de lo indicado en el artículo 215.3.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Artículo 47. *Procedimiento de concesión y justificación de las becas y ayudas.*

1. Las becas y ayudas habrán de solicitarse ante la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente al lugar donde se imparte el curso, según modelo normalizado que estará disponible en la página web del Servicio Andaluz de Empleo. El plazo para presentar la solicitud será de veinte días hábiles contados a partir del siguiente a la finalización del curso. La solicitud, se presentará en el modo previsto en el apartado 4 del artículo 90.

2. Con la solicitud habrá de presentarse la documentación en que se fundamente el derecho, a saber:

a) Para las ayudas de transporte público, deberán presentarse los títulos de viaje.

b) Para las ayudas por desplazamiento en transporte privado, deberán presentarse certificado de empadronamiento y residencia.

c) Para la ayuda por manutención deberán presentarse certificados de empadronamiento y residencia.

d) Para las ayudas por alojamiento, deberán presentarse certificados de empadronamiento y residencia, contrato de arrendamiento, facturas de hospedaje o cualquier otro documento admitido en Derecho.

e) Para las ayudas de transporte, manutención y alojamiento deberá presentarse billetes, facturas y demás documentos acreditativos tanto del gasto, como, del pago.

f) Para la beca por discapacidad, la condición de discapacidad deberá acreditarse mediante certificado expedido por la Consejería competente en materia de igualdad y bienestar social o por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Im-serso).

g) Para las ayudas a la conciliación de la vida familiar y laboral: Libro de Familia y cualquier otro documento que acredite fehacientemente el cumplimiento de los requisitos exigidos.

3. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento será de tres meses contados a partir de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, transcurrido el cual podrá entenderse desestimada la solicitud. Contra la Resolución se podrá interponer recurso potestativo de reposición ante el mismo órgano que los dictó.

4. Constituirá causa de pérdida del derecho a la percepción de estas ayudas y becas, el hecho de que el alumno/a que incurra en tres o más faltas de asistencia no justificadas al mes en cada curso. En todo caso, no se tendrá derecho a percibir las ayudas de transporte y manutención que correspondan a los días en los que no se asista a la formación. La pérdida del derecho a estas ayudas tendrá lugar desde el día en que se produzca el motivo de exclusión del curso.

5. El derecho a la percepción de las becas y ayudas recogidas en este capítulo exigirá que la jornada lectiva del curso no sea inferior a cuatro horas diarias y devengarán a partir del día del inicio del curso. No obstante para las ayudas de alojamiento y manutención los cursos deberán tener una duración mínima de seis horas diarias y podrán computar el día inmediatamente anterior y posterior a las fechas de inicio y finalización del mismo.

6. El Servicio Andaluz de Empleo, podrá reclamar a los alumnos y alumnas las cantidades que, en concepto de ayudas o becas, hubieran percibido indebidamente, a través del procedimiento de reintegro previsto en el artículo 105.

7. La justificación económica de las ayudas y becas reguladas en el presente capítulo se entiende realizada con la presentación de la documentación prevista en el apartado 2.

Sección VI. De las prácticas profesionales no laborales

Artículo 48. *Las prácticas profesionales no laborales y el Plan formativo de actividades y evaluación.*

1. El Servicio Andaluz de Empleo promoverá la realización de prácticas profesionales no laborales o formación práctica en centros de trabajo para los participantes desempleados/as de las acciones de Formación Profesional para el Empleo. Esta formación deberá estar relacionada con las competencias adquiridas en la acción formativa y se realizará en empresas y entidades, sin que de ello se deduzca relación laboral alguna entre éstas y el alumno/a. Los contenidos deberán recogerse en un Plan Formativo de Actividades y Evaluación que se fijará con la empresa donde el alumno/a realice las prácticas profesionales no laborales.

2. El Plan Formativo de Actividades y Evaluación incluirá las competencias a desarrollar durante la realización de las prácticas en la empresa o entidad, las diferentes actividades a realizar, los criterios de evaluación y los indicadores para medir el nivel alcanzado por el alumnado en las prácticas.

3. Las entidades beneficiarias de las acciones formativas deberán garantizar que las personas participantes tengan cubierto el riesgo de accidente derivado de la asistencia a las prácticas en empresas y podrán

tener derecho a las becas y/o ayudas reguladas en la Sección Quinta.

Artículo 49. *Duración de las prácticas profesionales.*

1. La duración del periodo de prácticas profesionales estará en proporción con la acción formativa, no pudiendo superar en ningún caso la duración de la misma. En la formación conducente a la obtención de Certificados de Profesionalidad, la duración de las prácticas será la que determinen las normas específicas que regulen los mismos.

2. Las prácticas profesionales se podrán realizar durante el desarrollo de la acción formativa o una vez finalizada ésta. En este caso, no deberán transcurrir más de treinta días entre la finalización del curso y el comienzo de las prácticas. En el caso de que, por razones de producción o estacionalidad, la empresa donde se vayan a realizar las prácticas estuviese cerrada o le fuese imposible acoger a los alumnos/as, podrá retrasarse el comienzo de dichas prácticas con el consentimiento de los mismos. En caso de negativa por parte del alumnado, el Centro de Formación propondrá otras empresas alternativas.

3. La jornada de prácticas contará con un mínimo de cuatro y un máximo de seis horas diarias, y deberá ajustarse al horario de la empresa donde se realicen.

Artículo 50. *Tutor o tutora de prácticas.*

Las empresas designarán entre sus empleados uno o varios/as tutores/as de prácticas que serán los responsables del desarrollo y evaluación del Plan de Formación de actividades en la empresa. Entre sus funciones estará:

- a) Asesoramiento del alumnado y supervisión de su actividad.
- b) Elaboración, en colaboración con la entidad responsable del desa-

rollo del curso, del Plan de Formación de Actividades y el calendario de tutorías.

c) Establecimiento de los calendarios y distribución horaria de los alumnos en las distintas tareas y procesos a realizar en la empresa.

d) Velar por el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo por parte de los alumnos

e) Realización de la evaluación de las Prácticas.

Artículo 51. Convenios de prácticas profesionales.

1. Para la realización de las prácticas profesionales, el Servicio Andaluz de Empleo suscribirá Convenios de Colaboración con las entidades beneficiarias y las empresas donde se realicen las prácticas. Dichos convenios deberán contener al menos la siguiente información: número de alumnos, especialidad formativa, lugar, duración, horarios y contenido del Plan Formativo de actividades y evaluación, en el que, como mínimo, se deberán incluir las tareas y procesos a realizar en la empresa por parte del alumnado y el sistema de tutorías para el seguimiento y la evaluación.

2. Antes del comienzo de las prácticas se pondrán en conocimiento de la Inspección de trabajo y de los representantes legales de los trabajadores/as en las empresas los acuerdos

o convenios que se suscriban al efecto, así como una relación de los participantes en las prácticas.

Artículo 52. Certificación de las prácticas.

Las empresas donde se realicen las prácticas certificarán las mismas según modelo normalizado. Esta certificación hará referencia a que la actividad se ha realizado bajo el convenio firmado con el Servicio Andaluz de Empleo, especificando la duración y la especialidad formativa objeto de las prácticas.

Artículo 53. Ayudas a las empresas para la realización de las prácticas.

1. El Servicio Andaluz de Empleo podrá destinar hasta un máximo de seis euros por hora y alumno para compensar la realización de las mismas en aquellos programas que estime oportuno. Esta compensación se otorgará mediante concesión directa según el régimen establecido en el Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo, por el que se regula la concesión directa de determinadas subvenciones en los ámbitos del empleo y de la formación profesional ocupacional.

2. Esta ayuda se destinará a las empresas en las que el alumnado realice las prácticas.

3. La justificación de la realización de las prácticas se realizará ante el Servicio Andaluz de Empleo en los términos previstos en el Convenio o Acuerdo suscrito a tal efecto.

CAPÍTULO III

Acciones de investigación e innovación

Artículo 54. Finalidad de las acciones de investigación e innovación.

El presente capítulo tiene por finalidad el establecimiento de las bases que regulan la concesión de subvenciones públicas destinadas a la realización de las acciones de investigación e innovación previstas en el artículo 27 del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre.

Las acciones de investigación e innovación tienen por objeto contribuir a la mejora de la Formación Profesional para el Empleo potenciando la calidad de la formación de las personas trabajadoras ocupadas y desempleadas así como difundiendo y promoviendo el conjunto del sistema de Formación Profesional para el Empleo.

Artículo 55. *Objetivos de las acciones de investigación e innovación.*

Las acciones de investigación e innovación responderán a los siguientes objetivos generales:

a) Actualizar la información disponible sobre la situación económica, empresarial y laboral de los sectores de actividad económica y la repercusión que tienen los cambios tecnológicos y organizativos sobre la competitividad de las empresas y la cualificación de los trabajadores/as.

b) Ampliar el conocimiento de aquellas materias y temáticas que pueden afectar de manera general y transversal a la Formación Profesional para el Empleo.

c) Desarrollar los instrumentos, metodologías y herramientas que contribuyan a la mejora de la planificación, organización, desarrollo, impartición y evaluación de una Formación Profesional para el Empleo de calidad.

d) Mejorar la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en los distintos ámbitos de competencia profesional, teniendo como referente el Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales, y desarrollar los criterios y estándares de calidad que faciliten la adecuación de la formación a sus objetivos.

e) Analizar y promover los procedimientos de acceso a la formación de las pequeñas y medianas empresas y de los trabajadores/as con mayores dificultades de integración laboral.

f) Difundir y promocionar el subsistema de formación profesional para el empleo y los resultados que se obtengan de las acciones de investigación e innovación, garantizando así su mayor repercusión y su efecto transferible.

g) Analizar y desarrollar los mecanismos que faciliten la inserción o reinserción laboral de los trabajadores/as desempleados/as en aque-

llos ámbitos que requiere el sistema productivo andaluz.

Artículo 56. *Requisitos de las entidades solicitantes, acreditación y límites de participación.*

Podrán ser beneficiarias de estas subvenciones, las empresas, entidades u organizaciones que se encuentren de alta en la Seguridad Social, tengan experiencia acreditada en el ejercicio de estudios, investigaciones o proyectos de naturaleza similar a los incluidos en el presente capítulo y que, observando las bases y criterios establecidos, se ajusten a las modalidades de acciones subvencionables y requisitos que regula la presente norma.

Sin perjuicio de los requisitos generales del párrafo anterior, la resolución de convocatoria podrá establecer otros requisitos en función del tipo de acción a subvencionar, según lo establecido en el artículo 57, cuando existan razones de interés público que así lo aconsejen.

3. No podrán solicitar este tipo de subvenciones las Administraciones Públicas, ni las entidades que según el art. 13 de la LGS no puedan obtener la condición de beneficiarias.

Artículo 57. *Tipos de acciones de investigación e innovación subvencionables.*

Las acciones de investigación e innovación se adecuarán a los siguientes tipos:

1. Acciones de prospección y análisis. Estas acciones estarán destinadas a profundizar en el conocimiento de los factores que configuran las demandas de formación, de los problemas y necesidades específicas de formación en los distintos sectores económicos o ámbitos territoriales y de otras materias que afectan de manera general a la Formación Profesional para el Empleo, con el fin de anticiparse a los cambios en las cualificaciones profesionales y adaptar los

módulos formativos de acuerdo con lo que se establezca en la normativa reguladora de los Certificados de Profesionalidad.

Asimismo, facilitarán a los agentes implicados la información necesaria para que la formación profesional proporcione a los trabajadores/as desempleados/as y ocupados/as los conocimientos y prácticas adecuadas a las competencias profesionales requeridas en el mercado de trabajo.

Igualmente, estas acciones tendrán entre sus fines conocer las necesidades formativas de los trabajadores/as con mayor dificultad de inserción o de mantenimiento en el mercado de trabajo, a los que se refiere el artículo 5.3 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, y de las pequeñas y medianas empresas.

La planificación y seguimiento de estas acciones se realizará en colaboración con el Sistema de Prospección Permanente del Mercado de Trabajo de Andalucía.

2. Acciones para la elaboración y experimentación de productos, técnicas y/o herramientas de carácter innovador de interés para la mejora de la Formación Profesional para el Empleo. Estas acciones están destinadas a facilitar a las empresas y los distintos agentes que participan en la gestión de la formación de los trabajadores/as desempleados/as y ocupados/as, los instrumentos que les permitan mejorar su organización, planificación y desarrollo.

Tendrán especial consideración aquellas acciones referidas a herramientas y metodologías de aprendizaje basadas en nuevas tecnologías de información y comunicación que extiendan la formación a los trabajadores/as de pequeñas empresas.

3. Acciones de evaluación de la Formación Profesional para el Empleo. Estas acciones estarán destinadas a realizar procesos de evaluación de la formación impartida

en los diferentes sectores de actividad económica o ámbitos territoriales y a desarrollar metodologías y herramientas de evaluación para que puedan ser aplicados por quienes participan y gestionan la formación, con el fin de mejorar su calidad.

4. Acciones de promoción y difusión de la Formación Profesional para el Empleo. Estas acciones irán destinadas a la difusión de las actividades vinculadas a la Formación Profesional para el Empleo. Dentro de este apartado podrán financiarse acciones relacionadas con:

a) Desarrollo de material de difusión de cara a la sensibilización de la población de trabajadores hacia la formación para el empleo.

b) Organización de Jornadas de difusión de las características del nuevo modelo de formación, del enfoque de la orientación y formación para el empleo a través de competencias, del Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional, así como del funcionamiento del sistema de acreditación de la experiencia laboral.

c) Cualquier medida de promoción directa que favorezca la difusión de la Formación Profesional para el Empleo.

5. Acciones de información y orientación, con el objetivo de desarrollar la mejora de los métodos, herramientas y mejora de la calidad de las actuaciones en esta materia, en el marco del Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional.

6. Otras acciones que el Servicio Andaluz de Empleo considere de interés para la mejora de la Formación Profesional para el Empleo.

Artículo 58. Jornadas técnicas de difusión de los productos finales.

1. Todos los proyectos, a excepción de las acciones de promoción y difusión, podrán incluir la celebración de una jornada técnica que tenga por

objeto la difusión de sus productos finales, así como la generación de propuestas alternativas y sugerencias sobre los resultados de los mismos.

2. Aquellos proyectos que incluyan la celebración de una jornada técnica de difusión, deberán comprometer su realización en la solicitud.

Artículo 59. Documentación técnica que acompaña a la solicitud.

La solicitud se dirigirá al órgano competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 89 y vendrá acompañada de una memoria del proyecto, que deberá incluir la descripción de la planificación y desarrollo del mismo, el ámbito de aplicación, los objetivos, la metodología, la experiencia y cualificación del equipo técnico de trabajo, el calendario de ejecución y los recursos humanos puestos a disposición del proyecto.

Artículo 60. Criterios de valoración técnica de las solicitudes.

1. Para la valoración de las acciones se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) Adecuación de la actividad a realizar a las exigencias técnicas de los distintos tipos de acciones financiadas, que se especificarán en la convocatoria y en las prescripciones técnicas que se establezcan para cada una de ellas.

b) Capacidad acreditada para desarrollar las acciones contenidas en la solicitud, tanto de la entidad solicitante como de las que colaboran en la ejecución de las mismas, teniendo en cuenta la experiencia anterior y los medios personales y materiales puestos a disposición de la ejecución de las acciones.

c) Adecuación del presupuesto al proyecto.

2. La ponderación otorgada a cada uno de estos criterios se establecerá en las convocatorias, en

función de las necesidades detectadas en el mercado de trabajo andaluz.

Artículo 61. Determinación de la subvención.

1. Ordenadas las solicitudes en función de su valoración técnica, la subvención a otorgar se calculará teniendo en cuenta las actividades a realizar, la cantidad solicitada, las especificaciones de financiación, el número de proyectos a financiar y los costes máximos que se indican en el apartado 3 de este artículo.

2. Se consideran gastos financiables a los efectos previstos en el presente capítulo, aquéllos que de manera indubitada respondan a la naturaleza de la actividad subvencionada y que hayan sido realizados y efectivamente pagados desde la fecha de inicio del período de ejecución de la acción subvencionada fijada en la Resolución de concesión hasta la finalización del plazo de justificación. A los efectos de este capítulo, se considerarán costes financiables los costes directos y los costes asociados, que se especifican en el Anexo III. Si en el presupuesto presentado por la entidad se detectaran costes no elegibles se descontarían del presupuesto solicitado para calcular la subvención del proyecto.

3. Las convocatorias podrán establecer los costes máximos financiables para cada una de las tipologías de acciones descritas en el artículo 57. En cualquier caso, no será subvencionable la edición y distribución de copias de los productos desarrollados, así como aquellas adaptaciones que únicamente supongan una mera transposición de productos ya existentes de un soporte a otro.

Artículo 62. Ejecución de las acciones.

1. La entidad beneficiaria deberá remitir copia de todos los instrumentos y soportes a utilizar en el

desarrollo de la acción objeto de subvención tan pronto como éstos sean diseñados y con anterioridad a su aplicación.

2. En el caso de las acciones de investigación e innovación que desarrollen algún aplicativo informático, la entidad beneficiaria deberá proceder a:

a) Facilitar a la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo el acceso a la plataforma y software necesarios para la utilización de los productos.

b) Facilitar la inclusión de las herramientas informáticas en el Repositorio de Software Libre de la Junta de Andalucía en los términos previstos en el artículo 64.

c) Adecuar los trabajos a los estándares y directrices marcadas por la Junta de Andalucía.

3. Cuando se desarrollen jornadas de difusión de productos finales, se remitirá con suficiente antelación la planificación de las mismas al Servicio Andaluz de Empleo.

4. El Servicio Andaluz de Empleo establecerá los mecanismos oportunos para el seguimiento de las acciones con el fin de supervisar el desarrollo de las mismas.

Artículo 63. Productos finales.

Las entidades beneficiarias están obligadas a presentar junto a la justificación económica de la acción desarrollada, el correspondiente producto final.

Artículo 64. Repositorio de Software Libre para las acciones de investigación e innovación.

De conformidad con lo establecido en la Orden de 21 de febrero de 2005, sobre disponibilidad pública de los programas informáticos de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos Autónomos, los sistemas de información desarrollados a través de las acciones de

investigación e innovación pasarán a formar parte del repositorio de software libre de la Junta de Andalucía, en las condiciones especificadas en la citada Orden.

Las aplicaciones desarrolladas serán publicadas en el Repositorio de Software Libre de la Junta de Andalucía, viniendo acompañada además, junto con el software, de la documentación completa, en formato electrónico, referente tanto al análisis y descripción de la solución así como del correspondiente manual de usuario, con objeto de que este software pueda fácilmente ser usable por otras Administraciones Públicas. Dichas administraciones interesadas en este software tendrán que realizar una solicitud previa a la Consejería impulsora de dicho software para poder realizar la implantación del mismo.

CAPÍTULO IV

Del fichero andaluz de especialidades formativas

Artículo 65. El Fichero Andaluz de Especialidades Formativas.

1. Se crea por el Servicio Andaluz de Empleo el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas en el que constan, encuadradas en las familias profesionales que se establecen en el Real Decreto 1128/2003, de 5 de septiembre por el que se regula el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, las siguientes especialidades:

a) Las especialidades formativas incluidas en el Fichero de Especialidades Formativas del Servicio Público de Empleo Estatal, que incluyen tanto las dirigidas a la obtención de los Certificados de Profesionalidad como otras especialidades aprobadas por el citado Servicio Público de Empleo Estatal.

b) Las especialidades programadas al amparo de los Planes de

Formación dirigidos prioritariamente a personas ocupadas, que serán incluidas por el Servicio Público de Empleo Estatal en el Fichero de Especialidades Formativas del Servicio Público de Empleo Estatal, en la forma prevista en el apartado 3 del artículo 7 de la Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo.

c) Las especialidades formativas que incluyan compromiso de contratación.

d) Otras especialidades referidas a ocupaciones con una relevante significación para el empleo en la Comunidad Autónoma de Andalucía o relativas a los sectores económicos emergentes.

2. El Fichero estará adscrito a la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo que lo mantendrá permanentemente actualizado.

3. Podrán solicitarse al amparo de las convocatorias de subvenciones reguladas en la presente orden, las especialidades formativas que previamente estén incluidas en el Fichero Andaluz de Especialidades Formativas, excepto en el supuesto de las acciones con compromiso de contratación y las acciones de los Planes dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados que se incluirán de oficio por el Servicio Público de Empleo Estatal, en la forma prevista en el apartado 3 del artículo 7 de la Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo, y aquellas acciones correspondientes al Programa para personas ocupadas en pequeñas y medianas empresas, empresas de economía social y autónomos que por su duración o contenidos específicos no existan en el Fichero se incluirán de oficio por el Servicio Andaluz de Empleo tras la aprobación de las mismas.

4. Todo lo indicado en el apartado anterior podrá exceptuarse para el caso del Programa de Formación e Inserción Sociolaboral, para colec-

tivos con especiales dificultades de inserción, así como los Proyectos Formativos de carácter sectorial y territorial, cuando así se establezca en la correspondiente convocatoria.

Artículo 66. *Contenido mínimo del Fichero.*

1. Para cada especialidad formativa el Fichero, dispondrá, al menos, de la siguiente información:

- a) Familia y área profesional.
- b) Código.
- c) Denominación.
- d) Duración.
- e) Nivel de cualificación profesional.
- f) Relación de módulos formativos.

g) Número mínimo y máximo de alumnos.

h) Módulos económicos máximos.

i) Instalaciones, dotaciones y equipamiento requerido.

j) Requisitos del profesorado.

k) El perfil y nivel de acceso de los trabajadores y trabajadoras a los que va dirigida.

l) Código de ocupación de la clasificación de ocupaciones vigente a las que da cobertura formativa.

m) En el caso de tratarse de especialidades formativas dirigidas a la obtención de Certificados de Profesionalidad, incluirá además el referente normativo, las unidades de competencia, los módulos formativos y unidades formativas, cuando

proceda, y el módulo de prácticas profesionales no laborales que lo componen.

2. Toda esta información se hará constar en los Programas Formativos de cada especialidad, que estarán disponibles en la página web del Servicio Andaluz de Empleo.

Artículo 67. *Solicitud de inclusión de nuevas especialidades en el Fichero. Plazos.*

1. La solicitud de alta en el Fichero de las especialidades forma-

tivas que incluyan compromiso de contratación y las incluidas en los convenios para la ejecución de Planes de Formación se realizará conjuntamente con la solicitud de subvención, entendiéndose implícita tal solicitud de alta con la presentación de ésta última.

2. El alta en el Fichero Andaluz de las especialidades formativas a las que se refiere el apartado 1d) del artículo 65, se solicitará con carácter general con anterioridad a la convocatoria de presentación de solicitudes de subvención. No obstante, la Dirección General con competencia en materia de Formación Profesional para el Empleo, podrá, en cualquier momento, incluir nuevas especialidades en el Fichero, cuando las necesidades de formación del mercado laboral requieran con carácter urgente dicha previsión.

3. Las Entidades o Centros de Formación Profesional para el Empleo pueden proponer al Servicio Andaluz de Empleo que, a su vez solicite al Servicio Público de Empleo Estatal la inclusión de nuevas especialidades o modificaciones de las ya existentes en el Fichero de Especialidades Formativas del Servicio Público de Empleo Estatal. Para ello, presentarán al Servicio Andaluz de Empleo, solicitud dirigida a la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo, acompañada de informe motivado de las necesidades de formación, en relación con el mercado de trabajo y del correspondiente Programa Formativo. Una vez estudiada, se evaluará y emitirá informe que se comunicará al interesado y se dará trámite ante el Servicio Público de Empleo Estatal.

Artículo 68. *Procedimiento de inclusión de nuevas especialidades en el Fichero.*

1. La solicitud de alta de las especialidades a las que se refiere el apar-

tado 1.d) del artículo 65 y el apartado 3 del artículo 67, contendrá al menos la información a la que se refiere al artículo 66 y, acompañada de un informe motivado de las necesidades de formación en relación con el mercado de trabajo, irá dirigida a la persona titular de la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo.

2. Las solicitudes serán suscritas por la persona representante legal de la entidad solicitante y formuladas en los distintos modelos normalizados que estarán disponibles para su cumplimentación y presentación en la página web del Servicio Andaluz de Empleo (www.junta.deandalucia.es/servicioandaluzdeempleo). Igualmente estarán a disposición de los interesados en las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo.

3. Las solicitudes, que preferentemente han de ser cumplimentadas por vía telemática, podrán presentarse junto con la documentación requerida:

a) En el Registro de la Consejería competente en materia de empleo o, en su defecto, en cualquiera de los órganos previstos 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 y en los registros establecidos en el artículo 82 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

b) Telemáticamente, a través de la Oficina Virtual del Servicio Andaluz de Empleo.

4. Si la solicitud no reúne los requisitos exigidos o no se acompañasen los documentos preceptivos, el órgano competente para su tramitación requerirá al interesado para que subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos en el plazo máximo e improrrogable de diez días, con indicación de que si así no lo

hiciera se tendrá por desistido de su solicitud, previa resolución, que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Este requerimiento de subsanación podrá realizarse mediante notificación telemática, siempre que el interesado hubiera expresado en la solicitud su consentimiento para ello, conforme al artículo 15 del citado Decreto 183/2003 de 24 de junio.

5. La competencia para resolver tal inclusión corresponde a la persona titular de la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo en el supuesto de las especialidades previstas en el artículo 65.1.d) y a la persona designada por el Servicio Público de Empleo Estatal en los supuestos contemplados en el artículo 67.3.

6. El plazo para resolver y notificar la inclusión prevista en el 65.1.d) es de tres meses desde la presentación de la solicitud, debiendo entenderse desestimada en caso de silencio administrativo.

7. El Servicio Andaluz de Empleo inscribirá de oficio las especialidades formativas referidas a ocupaciones con una relevante significación para el empleo en la comunidad autónoma de Andalucía o relativas a sectores económicos emergentes, que considere oportunas.

8. Se realizará de oficio, previa validación por el Servicio Público de Empleo Estatal, la inclusión en el Fichero de Especialidades Formativas de aquellas especialidades que no estando incorporadas al mismo, sean incluidas en el marco de las programaciones que incluyan compromiso de contratación y los convenios para la ejecución de Planes de Formación, en la forma prevista en el artículo 7 de la Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo.

Artículo 69. *Bajas y modificaciones de especialidades.*

1. La baja de especialidades formativas en el Fichero, así como las modificaciones de las mismas, se publicarán en la página web del Servicio Andaluz de Empleo especificando la fecha en la que una especialidad causará baja en el Fichero. Dicha publicación se realizará con una antelación mínima de nueve meses respecto a la fecha efectiva de baja de dicha Especialidad.

2. No se podrá iniciar la formación respecto de aquellas especialidades que se encuentren en situación de baja.

CAPÍTULO V

De los Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo y del Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía

Artículo 70. *Registro de Centros y Entidades colaboradoras en materia de Formación para el Empleo en Andalucía.*

1. Se crea por el Servicio Andaluz de Empleo el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía que estará adscrito a la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo.

2. En dicho Registro deberán estar inscritas o acreditadas, en su caso, todas las entidades y centros que participen en los programas de Formación Profesional para el Empleo de la Comunidad Autónoma de Andalucía regulados en la presente Orden.

3. Asimismo, deberán estar inscritos o acreditados según el procedimiento que se arbitre a tal efecto, los centros móviles que desarrollen Formación Profesional para el Empleo en Andalucía.

4. El Servicio Andaluz de Empleo, a través de la Dirección General

competente en materia de Formación Profesional para el Empleo, inscribirá o acreditará de oficio en el Registro a los Centros Públicos de Formación Profesional para el Empleo regulados en el apartado a) del artículo 29 del Decreto 335/2009 de 22 de septiembre.

5. Los Centros y Entidades inscritas o acreditadas habrán de someterse a los controles y auditorías de calidad que establezca el Servicio Andaluz de Empleo y en su caso el Servicio Público de Empleo Estatal.

Artículo 71. *Contenido del Registro.*

El Registro contendrá al menos la siguiente información:

- a) Denominación de la Entidad.
- b) Número de registro de la Entidad.
- c) Datos relativos al representante legal de la entidad.
- d) Datos del Centro o Centros asociados a cada Entidad, incluyendo un número identificativo para cada uno de ellos.
- e) Datos de las especialidades formativas con que cuenta cada centro inscrito o acreditado.
- f) Datos relativos a la valoración del Centro, derivados de los controles y auditorías de calidad que se realicen.

Artículo 72. *Centros y Entidades colaboradoras acreditadas e inscritas.*

1. A los efectos de la presente Orden se entiende por Centros y Entidades acreditadas, aquellas que impartan formación conducente a la obtención de Certificados de Profesionalidad, debiendo cumplir los requisitos establecidos en la normativa específica reguladora de cada certificado. La acreditación del centro o entidad se realizará para cada Certificado de Profesionalidad.

2. Se entiende por Centros y Entidades inscritas, aquellas que impartan formación no conducente a

la obtención de Certificados de Profesionalidad y que cumplan los requisitos del Programa Formativo de cada especialidad. Para cada especialidad se solicitará la inscripción correspondiente.

3. La identificación de los Centros y Entidades inscritas o acreditadas se realizará siguiendo las instrucciones que se dicten desde el Servicio Andaluz de Empleo, tanto en lo relativo a la señalética de los mismos, como a la imagen utilizada en el desarrollo de su actividad.

Artículo 73. *Requisitos para la inclusión en el Registro como Centro o Entidad acreditada.*

1. Para su inclusión en el Registro como centro acreditado, los centros y entidades, han de cumplir, para cada especialidad formativa que deseen acreditar, los siguientes requisitos, que deberán ser certificados mediante la correspondiente documentación que se acompañará a la solicitud:

- a) Cumplir los requisitos establecidos en los correspondientes Reales Decretos de cada Certificado de Profesionalidad.
- b) Disponer de los espacios, instalaciones y recursos requeridos en los programas formativos asociados a cada uno de los certificados de profesionalidad.
- c) Disponer de espacios e instalaciones comunes adecuados para los trabajadores/as y formadores del centro, debiendo contar como mínimo con los siguientes:

1.º Espacio destinado a la atención personalizada del alumnado.

2.º Lavabos y servicios higiénico-sanitarios en número adecuado a la capacidad del centro.

2. Los centros o entidades podrán proponer para cada aula la acreditación de todas aquellas especialidades que requieran las condiciones que posee la misma, sin límite alguno.

Artículo 74. *Requisitos para la inclusión en el Registro como Centro o Entidad inscrita que imparten Especialidades en modalidad presencial.*

1. Para su inclusión en el Registro como Centro inscrito, los centros y entidades han de cumplir para cada especialidad formativa a inscribir los siguientes requisitos, que deberán ser certificados mediante la correspondiente documentación que acompañará a la solicitud:

a) Disponer de las instalaciones, equipamientos informáticos, recursos y espacios adecuados para impartir las especialidades objeto de inscripción, descritos en el correspondiente Programa Formativo del Fichero Andaluz de Especialidades Formativas.

b) Aportar un compromiso de disponibilidad de personal docente adecuado para la impartición de la especialidad de que se trate.

c) Poseer las condiciones higiénicas, acústicas, de habitabilidad y de seguridad adecuadas a las acciones a impartir.

d) Disponer de espacios e instalaciones comunes adecuados para los trabajadores/as y formadores del centro, debiendo contar como mínimo con los siguientes:

1.º Espacio destinado a la atención personalizada del alumnado.

2.º Lavabos y servicios higiénico-sanitarios en número adecuado a la capacidad del centro.

2. Aquellas entidades que, por las características de los requerimientos de instalaciones de la parte práctica de la formación, no dispongan de las mismas, pueden inscribirse como Centros y Entidades de Formación siempre que acrediten el correspondiente compromiso de disponibilidad de las mismas.

3. Respecto al equipamiento y dotaciones formativas, éstas deberán ser las adecuadas para impartir las especialidades formativas que se proponen, de conformidad con lo

previsto en el correspondiente Programa Formativo, admitiéndose igualmente aquel equipamiento y dotación que, aún no apareciendo contemplado en el correspondiente Programa Formativo, posibilite la impartición de los contenidos íntegros de la especialidad por suponer una modernización o avance tecnológico, en relación con lo previsto en aquél.

4. Los centros o entidades podrán proponer para cada aula la inscripción de todas aquellas especialidades que requieran las condiciones que posee la misma, sin límite alguno.

Artículo 75. *Requisitos específicos para la inclusión en el Registro de Centros que imparten formación a distancia o teleformación.*

Sin perjuicio de las exigencias establecidas en el artículo anterior, y en las disposiciones que establezca el desarrollo normativo del Real Decreto 395/2007, de 23 marzo, en lo relativo a la inscripción o acreditación de los centros que impartan especialidades en las modalidades distintas a la presencial, a estos centros se les exigirán los siguientes requisitos para su inclusión en el Registro:

1. Para impartir la modalidad de teleformación, el centro dispondrá de, al menos, una plataforma de teleformación que deberá ser accesible a través de un servidor con capacidad suficiente para todos los usuarios previstos y que deberá poseer al menos las siguientes herramientas básicas:

a) Herramientas de comunicación síncronas o asíncronas.

b) Herramientas de evaluación, formativas y sumativas, del aprendizaje del alumnado.

c) Herramientas que permitan desarrollar una variedad de metodologías formativas individuales y grupales.

d) Herramientas de recursos que permitan integrar contenidos de diferentes formatos.

e) Herramientas de gestión que permitan un seguimiento del proceso de aprendizaje del alumnado aportando información relevante tanto individualmente como del grupo.

f) Herramientas de personalización que permitan al alumnado conocer su propio progreso.

La plataforma contará además con un perfil específico de usuario de control y seguimiento para facilitar el acceso al Servicio Andaluz de Empleo y realizar así el seguimiento de las acciones formativas que imparta el centro.

Asimismo, el centro deberá adecuar la plataforma a fin de que los mecanismos de inscripción, de acceso a la misma y la imagen sean compatibles con el acceso desde la página web del Servicio Andaluz de Empleo, que facilitará la documentación técnica necesaria para dicha adecuación.

Los contenidos de las acciones en la modalidad de teleformación deberán centrarse en facilitar la adquisición de competencias en el alumnado a través del uso de los elementos multimedia interactivos que en cada momento resulten más adecuados para asegurar un aprendizaje significativo del alumnado.

Los centros que impartan la modalidad de teleformación, deberán contar además con personal técnico responsable de resolver los problemas planteados por el alumnado con respecto al funcionamiento de la plataforma.

2. Para impartir las modalidades a distancia y teleformación, el centro dispondrá de un equipo de tutores en número suficiente cuya función principal será realizar el seguimiento y evaluación de los alumnos/as y resolver las dudas planteadas por éstos con respecto a la temática del curso debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) Titulación y/o experiencia en el área profesional correspondiente a la

acción formativa, conforme a lo que establezca el programa formativo de la especialidad.

b) Formación y/o experiencia en la metodología de teleformación y/o a distancia, y con competencias tutoriales y tecnológicas que le permitan la adecuada tutorización de las acciones formativas.

3. La entidad podrá proponer en el momento de la inscripción o acreditación unos contenidos propios, para su correspondiente validación o solicitar que se le inscriba o acredite en base a los contenidos del Repositorio que, a tal efecto cree el Servicio Andaluz de Empleo.

4. En la modalidad de formación a distancia convencional el Centro debe poner a disposición del alumnado un número de teléfono gratuito, en el que pueda contactar con el tutor/a.

Artículo 76. Adaptación de los Centros para las personas con discapacidad.

Todos los centros acreditados o inscritos han de reunir las condiciones de accesibilidad previstas en la legislación vigente, que posibiliten el acceso, la circulación y la comunicación de las personas con discapacidad. Asimismo dispondrán de aseos y servicios higiénicos sanitarios que deberán ser accesibles a las personas con discapacidad.

Artículo 77. Sistemas de gestión de la Calidad.

1. Se fomentará que los centros y entidades inscritas y acreditadas cuenten con sistemas de gestión de la calidad relativos tanto a la gestión del centro como a la gestión de la formación.

2. Las entidades o centros comunicarán, acreditándolo documentalmente, en el momento de la inscripción o acreditación o en el momento de su implantación, los sistemas de aseguramiento de la calidad con que cuenten.

Artículo 78. *Inscripción y acreditación de varias entidades en un mismo centro.*

1. Podrá autorizarse la inscripción o acreditación de varias entidades en un mismo centro siempre y cuando se den las siguientes circunstancias:

a) Que la entidad que lo solicite sea una entidad sin ánimo de lucro o una entidad o empresa pública.

b) Que la naturaleza de la entidad solicitante, las necesidades de formación o la coyuntura del mercado laboral en el territorio donde se pretende realizar la inscripción o acreditación así lo aconsejen.

En todo caso, será necesaria la autorización expresa para la coexistencia de dos entidades en un mismo centro de la Dirección General con competencias en materia de Formación Profesional para el Empleo.

2. El procedimiento de inscripción o acreditación será el previsto en el artículo 80, con la excepción de que la documentación a acompañar por la entidad a la solicitud será la siguiente:

a) Convenio con la entidad cedente que acredite la disponibilidad de las instalaciones para las que se solicita la inscripción o acreditación.

b) Tarjeta de identificación fiscal.

c) En el caso de solicitudes de acreditación de centros, se acompañará además el compromiso de disponibilidad del personal docente con el perfil requerido por la normativa reguladora del correspondiente Certificado de Profesionalidad.

3. La competencia para resolver este procedimiento re-caerá en los órganos previstos en el artículo 79.

4. La denuncia por parte de la entidad cedente del convenio previsto en el apartado 3 a), será causa de baja en el Registro de la inscripción o acreditación correspondiente, que en ningún caso se hará efectiva mientras existan cursos programados o en marcha en dicho centro.

Artículo 79. *Competencia para resolver.*

La competencia para resolver la inscripción o acreditación de los Centros corresponde a la persona titular de la consejería con competencia en materia de empleo, en su calidad de presidente del Servicio Andaluz de Empleo. Sin perjuicio de lo anterior, y en base a la facultad de delegación prevista en el artículo 101 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, se delega en los siguientes órganos:

1. La persona titular de la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, que resolverá en los siguientes supuestos:

a) La inscripción temporal prevista en el apartado 2 y 3 del artículo 82.

b) La inscripción temporal de las acciones formativas con compromiso de contratación de expedientes resueltos por la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo.

c) La inscripción o acreditación de centros o entidades, cuando sea aconsejable por causas de interés general o su especial relevancia en su potencial de empleabilidad, ya sea por el colectivo al que se dirige o las especialidades formativas.

2. Las personas titulares de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo correspondientes al domicilio del centro o entidad resolverán el resto de procedimientos de inscripción o acreditación por delegación de la persona titular

de la Dirección General con competencias en materia de Formación Profesional para el Empleo.

Artículo 80. *Procedimiento para la inscripción y acreditación.*

1. Para proceder a la inscripción o acreditación de un Centro o Entidad en el Registro de Centros colaboradores, los interesados han de

presentar una solicitud, en modelo normalizado, suscrita por el representante legal y dirigida a la persona competente para resolver.

Dicho modelo estará disponible para su cumplimentación y presentación en la página web del Servicio Andaluz de Empleo, www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo. Igualmente estarán a disposición de los interesados en las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo.

2. Las solicitudes, que preferentemente han de ser cumplimentadas por vía telemática, podrán presentarse junto con la documentación requerida:

a) En el Registro de la Consejería competente en materia de empleo o, en su defecto, en cualquiera de los órganos previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en los registros establecidos en el artículo 82 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

b) En el Registro Telemático Único, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la presente Orden.

3. A dicha solicitud ha de acompañarse la siguiente documentación:

a) Breve memoria descriptiva del Centro, que se cumplimentará en formato normalizado, en la que quedará acreditado que el centro cumple los requisitos exigidos en el Certificado de Profesionalidad o Programa Formativo según los casos.

b) Declaración responsable de disponibilidad del personal docente adecuado para la impartición de la especialidad de que se trate.

c) Declaración responsable del cumplimiento de los requisitos exigidos en la presente Orden.

d) Autorización expresa de la posibilidad de que la Administración, pueda recabar cualquier documentación o información de otras Administraciones Públicas.

e) Declaración responsable sobre el compromiso de adjuntar la docu-

mentación acreditativa referida en el apartado 6 del presente artículo.

4. En caso de que el expediente estuviese incompleto, se requerirá por escrito al interesado para que, en el plazo máximo de diez días hábiles, subsane la falta o acompañe la documentación preceptiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con indicación de que si así no lo hicieran se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la citada Ley.

5. Una vez subsanada la documentación, los servicios técnicos designados por el Servicio Andaluz de Empleo, podrán realizar inspecciones a los centros para comprobar la adecuación de los centros para la impartición de las distintas especialidades propuestas. En caso de que proceda realizar alguna adaptación o mejora de las instalaciones o dotaciones, podrá concederse por el órgano instructor un plazo suficiente para tal fin quedando el plazo máximo para resolver en suspenso de conformidad con lo previsto en el apartado a) del artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

6. Una vez examinada la solicitud y documentación, y, en su caso, tras la inspección de las instalaciones previstas en el apartado anterior, y únicamente en el caso de que sea factible la inscripción o acreditación del centro o entidad, el órgano competente requerirá al interesado para que aporte la siguiente documentación acreditativa:

a) Licencia municipal de apertura como Centro de Formación, o en su defecto, acreditación de haber tramitado su solicitud ante la Administración Local. En este último caso se adjuntará además el certificado de un Técnico colegiado competente en la materia, de que las instalaciones reúnen las condiciones higiénicas,

acústicas, de habitabilidad y de seguridad adecuadas como centro de formación y además, el compromiso de aportar la resolución correspondiente una vez sea emitida por la administración local. En caso de que la licencia de apertura fuese denegada por ésta, será revocada la inscripción o acreditación.

La licencia de apertura como centro de formación, podrá ser sustituida por la licencia de apertura para su actividad principal siempre y cuando ésta esté relacionada con la actividad formativa a inscribir o acreditar.

En los supuestos de bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas, se aportará certificado del Arquitecto Técnico o Superior Municipal que acredite el cumplimiento de los requisitos para su utilización como Centro de Formación.

b) Planos de planta del inmueble. Para el caso de acreditaciones de especialidades conducentes a la obtención de Certificados de Profesionalidad, los planos han de estar visados por el Colegio Oficial correspondiente.

c) Documento que acredite la propiedad, arrendamiento o derecho de uso del inmueble, instalaciones, equipos, talleres o campos de práctica del centro o entidad, (contrato de compraventa o arrendamiento, escritura pública, documento de cesión de las instalaciones, etc.)

d) Escritura de Constitución o Estatutos de la entidad, según proceda.

7. En los supuestos de centros que se inscriban o acrediten para impartir formación a distancia convencional o teleformación, no se exigirá la presentación de la documentación prevista en los epígrafes a), b) y c) del apartado anterior.

8. La documentación referida a los apartados anteriores habrá de presentarse en original o fotocopia compulsada.

9. De conformidad con lo previsto en el artículo 84.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, la ciudadanía tiene derecho a no presentar aquellos documentos que ya obren en poder de la Administración de la Junta de Andalucía, que se realizará en los términos previstos en el artículo 20 segundo párrafo del Decreto 204/1995, de 29 de agosto, por el que se establecen medidas organizativas para los servicios administrativos de atención directa a los ciudadanos.

10. Para la inscripción o acreditación de oficio de los Centros públicos regulados en el artículo 29 a) del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, prevista en el artículo 70.4 de la presente orden, el Servicio Andaluz de Empleo requerirá a los mismos cuanta documentación estime oportuna, al objeto de determinar la adecuación de sus espacios, instalaciones y equipamientos a los distintos programas formativos. A la vista de la misma, se realizará la correspondiente inscripción o acreditación, que será notificada al Centro público.

Artículo 81. Resolución.

1. En el plazo máximo de tres meses desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el órgano competente para su tramitación, se dictará la correspondiente resolución que será notificada al solicitante. En caso de no recaer resolución expresa en este plazo, la solicitud se entenderá desestimada.

2. La resolución será susceptible de impugnación mediante recurso potestativo de reposición ante el mismo órgano que las dictó según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía, y el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o recurso contencioso-administrativo ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el plazo de dos meses contados a partir del día

siguiente a la notificación de la misma.

Artículo 82. Inscripción temporal.

1. Las entidades a las que el Servicio Andaluz de Empleo haya concedido subvención para la impartición de acciones formativas con compromiso de contratación, así como los Programas de Formación e Inserción sociolaboral para colectivos con especiales dificultades de inserción, podrán obtener en la misma Resolución o Convenio de concesión de la subvención, la autorización para la actividad como Centro de Formación Profesional para el Empleo, con carácter temporal, siendo de aplicación el presente capítulo exclusivamente en lo relativo al Registro Andaluz de centros y entidades de Formación Profesional para el Empleo. La solicitud de la inscripción se considerará implícita en la solicitud cursada para la programación de las especialidades.

2. Las Organizaciones Sindicales y Empresariales, las entidades representativas de la Economía Social y las entidades representativas de los trabajadores autónomos con los que la Junta de Andalucía firme convenios de colaboración en materia de Formación Profesional para el Empleo, obtendrán la inscripción temporal como Centro de Formación Profesional para el Empleo que se recogerá en el Convenio de Colaboración y tendrá la vigencia del mismo.

3. En el supuesto de las inscripciones temporales previstas en este artículo, se asignará a la entidad o centro un número de registro que causará baja automáticamente cuando finalice la impartición de la acción formativa que originó tal inscripción.

Artículo 83. Acreditación de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo.

1. El procedimiento de acreditación de las entidades que desarrollen

proyectos de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo subvencionadas por el Servicio Andaluz de Empleo, en el supuesto de que incluyan acciones formativas conducentes a la obtención de Certificados de Profesionalidad, se realizará simultáneamente con la tramitación de la subvención correspondiente, comunicándose a la entidad beneficiaria, si procede, en la misma resolución de concesión de la subvención.

2. Las entidades que soliciten subvención para proyectos de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo susceptibles de acreditación, presentarán junto con dicha solicitud, la documentación necesaria para la acreditación en los términos previstos en la presente Orden.

3. Dicha acreditación será imprescindible para la posterior expedición de los Certificados de Profesionalidad al alumnado.

Artículo 84. Obligaciones de los Centros y Entidades colaboradoras inscritas o acreditadas.

Son obligaciones de los Centros y Entidades inscritas o acreditadas que impartan formación para el empleo, además de las que puedan tener como beneficiarias de las subvenciones previstas en la presente orden, las siguientes:

1. Mantener y respetar los requisitos y condiciones tanto relativas a las instalaciones como a los formadores que fueron tenidas en cuenta para su inclusión en el Registro, y adaptarlas a los requisitos mínimos que en cada momento se exijan para cada especialidad acreditada o inscrita, así, como comunicar debidamente cualquier cambio que pudiera producirse, solicitando su autorización.

2. Colaborar en los procesos para la selección del alumnado y para su inserción en el mercado de trabajo, en

la forma que determine el Servicio Andaluz de Empleo.

3. Solicitar autorización expresa para mantener la inscripción como centro o entidad de formación acreditado cuando se produzca un cambio de titularidad o de forma jurídica del centro.

4. Respetar las normas en cuanto a la utilización de la imagen corporativa del Servicio Andaluz de Empleo que se les notifique en cada momento.

5. Facilitar en cualquier momento las inspecciones, auditorías y controles que pudiesen efectuarse por parte del Servicio Andaluz de Empleo u otros órganos que tengan por objeto la verificación del cumplimiento de sus obligaciones, así como la verificación de la calidad de su actividad.

6. Mantener a disposición del Servicio Andaluz de Empleo la documentación relativa a la evaluación de las acciones formativas impartidas realizada por los formadores a los efectos de supervisar la calidad de las mismas durante el plazo que a tal efecto se establezca.

7. Entregar, en el caso de la impartición de módulos formativos correspondientes a Certificados de Profesionalidad, en un plazo no superior a tres meses, el acta de evaluación y de los documentos donde se reflejen los resultados de las mismas al Registro del Servicio Andaluz de Empleo que se cree al efecto, que será el responsable de su custodia.

Artículo 85. Bajas en el Registro de Centros y Entidades Colaboradoras.

1. Se podrá acordar la baja en el Registro de Centros y Entidades colaboradoras en materia de Formación Profesional para el Empleo, mediante resolución motivada del órgano que dictó la inscripción o acreditación, previa audiencia del titular del centro o entidad, cuando el mismo incurra en alguno de los siguientes supuestos:

a) Incumplimiento de cualquiera de las obligaciones previstas en el artículo 31 de la Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo, y en el artículo anterior.

b) La aplicación de la subvención para impartir Formación Profesional para el Empleo para un fin distinto a aquél para el que fue concedida.

c) La baja en el Registro de todas las especialidades que tengan inscritas o acreditadas.

d) No programar ninguna acción formativa durante tres años consecutivos. En este caso se les preavisará con tres meses de antelación.

2. Igualmente, previo aviso con una antelación mínima de tres meses, el Servicio Andaluz de Empleo podrá acordar de oficio y proceder a la baja de alguna especialidad formativa del centro o entidad de formación, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Falta de mantenimiento de las exigencias técnico-pedagógicas, de equipamiento y de personal tenidas en cuenta para la inscripción y acreditación, en su caso, de la especialidad formativa.

b) Falta de superación de los mínimos de calidad de formación y, en su caso, de los resultados de inserción profesional de los trabajadores, determinados por el Servicio Andaluz de Empleo.

c) La no adecuación de la especialidad a las necesidades que demanda el sistema productivo.

3. El Servicio Andaluz de Empleo procederá a la baja en el Registro, cuando la entidad presente la baja voluntaria en el mismo, así como cuando a la entidad no se le programe ninguna acción formativa durante tres años consecutivos.

4. Será competente para dictar resolución de baja el mismo órgano que dictó la resolución de inscripción o acreditación.

5. Contra la resolución que dicte la baja, que pone fin a la vía adminis-

trativa podrá interponerse recurso potestativo de reposición ante el mismo órgano que dictó la resolución o ser impugnada directamente ante el órgano jurisdiccional, sin perjuicio de lo que establece el artículo 44 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Artículo 86. *Otros procedimientos administrativos. Cambio de titularidad y de local.*

La ampliación de especialidades, el cambio de titularidad o de local de un Centro de Formación Profesional para el Empleo, así como cualquier otra circunstancia que suponga alteración del domicilio de las instalaciones inscritas o acreditadas, conllevará la presentación de una solicitud por el interesado, que se acompañará de la siguiente documentación, en cada caso:

1. Ampliación de especialidades:
 - a) Impreso de solicitud.
 - b) Si la solicitud se refiere a especialidades formativas que, según su Programa Formativo o Certificado de Profesionalidad, requieran instalaciones o equipamientos distintos de los ya inscritos, se requerirá aportar una nueva memoria descriptiva de las instalaciones.
2. Cambio de titularidad:
 - a) Impreso de solicitud de cambio de titularidad suscrita por el nuevo titular.
 - b) Documentación acreditativa de la transmisión de la titularidad del centro.
 - c) Documento de subrogación expresa en derechos y obligaciones, que se podrá suscribir en el documento previsto en el apartado anterior o mediante comparecencia del subrogante y subrogado ante la persona titular del Servicio de Formación para el Empleo de la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente.
 - d) Documentación del nuevo titular, de conformidad con lo

dispuesto en los apartados 3.d) y apartado 6, del artículo 80.

3. Cambio de local o domicilio del centro:

- a) Impreso de solicitud.
- b) Plano de planta de las nuevas instalaciones visado por el correspondiente Colegio Profesional.
- c) Documento que acredite la disponibilidad jurídica de las instalaciones.
- d) Memoria descriptiva en formato normalizado.
- e) Licencia de apertura en los términos previstos en el artículo 80.

CAPÍTULO VI

Normas Comunes a los Procedimientos de Concesión de Subvenciones y Ayudas

Artículo 87. *Procedimiento de concesión de las subvenciones y ayudas previstas en la presente Orden.*

1. El procedimiento ordinario de concesión de las subvenciones previstas en la presente Orden será el de concurrencia competitiva, previsto en el artículo 22.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, según el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas, de acuerdo con los criterios de valoración fijados en la presente Orden y en las resoluciones de convocatoria, y adjudicar, aquéllas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios.

2. No obstante, y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo, por el que se regula la concesión directa de determinadas subvenciones en los ámbitos del empleo y de la formación profesional ocupacional, así como en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para

el Empleo, serán de concesión directa las siguientes subvenciones:

a) Las subvenciones para la concesión de acciones formativas con compromiso de contratación, conforme al programa regulado en el artículo 37.

b) El procedimiento de concesión de ayudas a las empresas para la realización de prácticas profesionales no laborales regulado en el artículo 53.

c) El procedimiento de concesión de becas y ayudas previsto en el artículo 47.

3. Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 31.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, y en función de la especial finalidad perseguida así como las características de los posibles beneficiarios, los siguientes procedimientos no se someterán al régimen de concurrencia competitiva:

a) La suscripción de los convenios con los Agentes Económicos y Sociales más representativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza, para la ejecución de los Planes de Formación de Carácter Intersectorial dirigidos prioritariamente a personas ocupadas, así como para el desarrollo de acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas des-empleadas. En ambos casos existen suficientes razones de interés público y social, ya que dichas entidades, en el marco de Diálogo Social, constituyen un pilar básico en el diseño, gestión e implantación de un modelo de Formación Profesional para el Empleo, que aunando los intereses de los trabajadores y las empresas persigue como último fin la creación y mantenimiento del empleo y el incremento de la productividad.

b) El procedimiento para la concesión de subvenciones al amparo del Programa de Formación e Inserción Sociolaboral para colectivos con especiales dificultades de inser-

ción regulado en el artículo 38, ya que la particular atención que merece el colectivo al que se dirige este programa, hace necesario el diseño de políticas específicas dirigidos al mismo.

Artículo 88. Convocatoria.

1. El procedimiento de concesión de las subvenciones en concurrencia competitiva, así como el previsto en el artículo

87.3 se iniciarán de oficio, a través de convocatorias públicas realizadas mediante Resolución de la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo que se publicará en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

2. Los procedimientos de concesión de subvenciones en régimen de concesión directa previstos en el apartado 2 del artículo anterior se iniciarán a instancia de parte.

3. Las Resoluciones de convocatoria se realizarán conforme a las bases reguladoras establecidas en la presente Orden y con el contenido previsto en el artículo 23.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre. En cada resolución se hará constar además de dicho contenido, la modalidad o modalidades de subvención a la que se dirige, el ámbito territorial de aplicación, los beneficiarios que pueden acogerse y colectivos a los que va dirigida, y en su caso, la planificación de la oferta formativa realizada por el Servicio Andaluz de Empleo conforme a lo previsto en el artículo 9.

Artículo 89. Competencia para resolver.

1. La competencia para resolver las subvenciones y ayudas reguladas en la presente Orden corresponde a la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo en su calidad de Presidente del Servicio Andaluz de Empleo.

Sin perjuicio de lo anterior, y a excepción de lo contemplado en el apartado 3.a) del artículo 87, y en base a la facultad de delegación prevista en el artículo 101 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, la competencia para resolver se delega en los siguientes casos:

a) La persona titular de la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, resolverá en los siguientes supuestos:

1.º La formación de oferta prevista en las Secciones 3.ª y 4.ª del Capítulo II, cuando se trate de proyectos a desarrollar

en dos o más provincias de la Comunidad Autónoma Andaluza, excepto las acciones formativas del Programa de formación para formadores y gestores de la Formación Profesional para el Empleo, regulado en el artículo 40, que se resolverán en todo caso por dicha Dirección General.

2.º Programa de Formación e Inserción Sociolaboral para colectivos con especiales dificultades de inserción regulado en el artículo 38.

3.º Las Acciones de Investigación e Innovación previstas en el Capítulo III.

b) Las personas titulares de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo en los siguientes supuestos:

1.º La formación de oferta prevista en las Secciones 3.ª y 4.ª del Capítulo II, cuando se trate de proyectos a desarrollar en una sola provincia de la Comunidad Autónoma Andaluza.

2.º Las becas y ayudas previstas en la Sección 5ª del Capítulo II.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, en los supuestos de delegación de competencia para

resolver establecidos en este apartado, la correspondiente resolución hará constar dicha circunstancia.

2. En aquellos proyectos cuyo ámbito abarque dos o más provincias y sus condiciones técnicas permitan una ejecución independiente en cada una de ellas sin afectar a la integridad del proyecto, la Dirección General con competencia en materia de formación profesional para el empleo podrá desagregar el expediente y remitir a cada Dirección Provincial, la parte correspondiente, a efectos de su oportuno estudio y resolución, pasando a tener cada una de ellas la consideración de solicitudes independientes.

Artículo 90. Solicitudes y plazo de presentación.

1. Las solicitudes se dirigirán al órgano competente para resolver.

2. Las solicitudes serán suscritas por la persona representante legal de la entidad solicitante y formuladas en los distintos modelos normalizados. Dichos modelos estarán disponibles para su cumplimentación y presentación en la página web del Servicio Andaluz de Empleo, www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo. Igualmente estarán a disposición de los interesados en las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo.

3. Con carácter general, la solicitud de las subvenciones reguladas en la presente Orden se acompañará de las siguientes declaraciones:

a) Declaración responsable de que la persona o entidad solicitante no está incurso en ninguna de las prohibiciones para ser beneficiarias establecidas en el artículo 13 de la Ley 38/2003.

b) Declaración responsable de no haber solicitado u obtenido otras ayudas para la misma finalidad y ejercicio, procedentes de otras administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales. En el supuesto de que hubieran sido solici-

tadas u obtenidas otras ayudas para la misma finalidad, relación detallada de las acciones financiadas, entidad concedente e importe solicitado o concedido.

c) Declaración responsable sobre el compromiso de aportar la documentación acreditativa relacionada en el artículo 91.2.

4. Las solicitudes junto con las declaraciones responsables y la memoria del proyecto, así como la documentación referida en el apartado 2.º del artículo siguiente podrá presentarse:

a) En el Registro de la Consejería competente en materia de empleo o, en su defecto, en cualquiera de los órganos previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en los registros establecidos en el artículo 82 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

b) En el Registro Telemático Único, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la presente Orden.

5. La presentación de la solicitud conlleva la autorización al órgano gestor para recabar las certificaciones a emitir por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la Tesorería General de la Seguridad Social y por la Consejería competente en materia de economía y hacienda de la Junta de Andalucía, de estar al corriente de sus obligaciones fiscales, de acuerdo con el artículo 31.2 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre.

6. El plazo de presentación de solicitudes se fijará en cada convocatoria, excepto en el Programa de Acciones Formativas con compromiso de contratación regulado en el artículo 37, la solicitud de becas y ayudas reguladas en la Sección 5.ª del Capítulo II, y la solicitud de las ayudas a las empresas para la realización de prácticas profesionales reguladas en el artículo 53, en los que el plazo estará abierto todo el año.

Artículo 91. *Documentación adjunta a la solicitud.*

1. Las solicitudes se acompañarán de la memoria descriptiva del proyecto objeto de subvención conforme al modelo que se establezca en cada caso.

2. Una vez examinadas las solicitudes o, en su caso, tras la evaluación previa y sólo en el caso de resultar posible beneficiario de la subvención, el órgano competente en cada caso requerirá a los interesados para que aporten la siguiente documentación acreditativa:

a) Fotocopia de la Tarjeta de Identificación Fiscal de la entidad solicitante.

b) En el caso de que se actúe mediante representación, se adjuntará fotocopia compulsada de la documentación acreditativa del poder de representación del firmante de la solicitud para actuar en nombre de la persona jurídica solicitante.

c) En el supuesto de que la entidad solicitante sea una asociación, fundación u otra entidad sin ánimo de lucro, fotocopia compulsada de escritura pública de constitución y estatutos debidamente inscritos en el registro correspondiente.

d) Certificación que acredite la titularidad de la cuenta bancaria donde se efectuará el ingreso de la subvención, en caso de resultar beneficiario. Dicha certificación será firmada por el representante de la entidad solicitante y la entidad bancaria.

4. Las convocatorias podrán requerir la aportación de otra documentación adicional complementaria a la anterior.

5. De conformidad con lo previsto en el artículo 84.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, la ciudadanía tiene derecho a no presentar aquellos documentos que ya obren en poder de la Administración de la Junta de Andalucía, que se realizará en los términos previstos en el artículo 20 segundo párrafo del Decreto 204/1995, de 29 de agosto, por el que

se establecen medidas organizativas para los servicios administrativos de atención directa a los ciudadanos.

Artículo 92. Subsanación de solicitudes.

Si la solicitud no reuniera los requisitos exigidos o no se acompañase la documentación preceptiva, el órgano encargado de la instrucción del procedimiento requerirá por escrito al interesado para que, en el plazo máximo de diez días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, de conformidad con el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistidos de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la citada Ley.

Artículo 93. Instrucción del procedimiento.

1. Para la tramitación de las subvenciones que se resuelvan tanto en concurrencia competitiva como en régimen de concesión directa, el órgano instructor será:

a) La Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo en aquellos casos en los que no se haya delegado la competencia para resolver, recayendo ésta en el Presidente del Servicio Andaluz de Empleo.

b) Los servicios adscritos a la Dirección General con competencia en materia de Formación Profesional para el Empleo, cuando la competencia recaiga en ésta.

c) Los servicios con competencia en materia de formación adscritos a las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo en los supuestos en que se haya delegado la competencia para resolver en las personas titulares de dichas Direcciones Provinciales.

El órgano instructor realizará de oficio cuantas actuaciones estime

necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe formularse la propuesta de resolución.

2. En los supuestos que se resuelvan por concurrencia competitiva y a propuesta del órgano instructor, el órgano concedente designará a los miembros del órgano colegiado previsto en el artículo 22.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, que estará compuesto al menos por dos técnicos del servicio competente en cada una de las subvenciones previstas en la presente Orden.

3. Una vez evaluadas las solicitudes, el órgano colegiado emitirá un informe en el que se concretará el resultado de la evaluación efectuada. Asimismo, hará constar que de la información que obra en su poder, se desprende que los beneficiarios cumplen todos los requisitos necesarios para acceder a las mismas.

4. El órgano instructor, a la vista del expediente y del informe del órgano colegiado, formulará la propuesta de resolución definitiva que expresará el solicitante o la relación de solicitantes para los que se propone la concesión de la subvención, y su cuantía, especificando su evaluación y los criterios de valoración seguidos para efectuarla.

5. La propuesta de resolución definitiva se elevará al órgano concedente y se notificará a los interesados que hayan sido propuestos como beneficiarios en la fase de instrucción, para que en el plazo máximo de diez días comuniquen su aceptación.

6. La propuesta de resolución definitiva no crea derecho alguno a favor del beneficiario propuesto, frente a la Administración, mientras no se le haya notificado la resolución de concesión.

7. Los expedientes de gastos serán sometidos a fiscalización previa conforme a lo previsto en el artículo

30.3 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre.

Artículo 94. Reformulación.

1. En las subvenciones previstas en el capítulo III, cuando el importe de la subvención de la propuesta definitiva de resolución sea inferior al que figura en la solicitud presentada, se podrá instar del beneficiario, la reformulación de su solicitud para ajustar los compromisos y condiciones a la subvención otorgable.

2. En el supuesto de las subvenciones tramitadas en régimen concurrencia competitiva, y una vez que la solicitud merezca la conformidad del órgano colegiado previsto en el artículo 93.2, se remitirá con todo lo actuado al órgano competente para que dicte la resolución.

3. En todo caso la reformulación respetará el objeto, condiciones y finalidad de la subvención, así como los criterios de valoración establecidos respecto de las solicitudes.

Artículo 95. Plazo para resolver y notificar.

1. El plazo para resolver y notificar será de tres meses, contados desde el día siguiente al de finalización del plazo de presentación de solicitudes en los casos de los expedientes que se inicien con la publicación de una convocatoria, y desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el órgano competente para resolver en el caso de los expedientes que se inicien a solicitud del interesado.

2. Una vez transcurrido dicho plazo sin que se haya notificado resolución expresa podrán entenderse desestimadas las solicitudes.

Artículo 96. Resolución y convenio.

1. Una vez aprobada la propuesta de resolución definitiva, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el

órgano competente resolverá el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento que regula la concesión de subvenciones de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre.

2. En el caso de las subvenciones tramitadas en régimen de concurrencia competitiva, la resolución además de contener el solicitante o relación de solicitantes a los que se concede la subvención, hará constar, en su caso, de manera expresa, la desestimación del resto de solicitudes.

3. En la resolución de concesión se identificará la parte de la subvención cofinanciada por el Fondo Social Europeo.

4. Se suscribirá un convenio en el que se recogerán las condiciones de la subvención concedida en los supuestos contemplados en el apartado a del artículo 87.2.

5. El contenido mínimo tanto del convenio como de la resolución de concesión será el previsto en el artículo 13.2 del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre.

6. Contra las resoluciones dictadas por el titular de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo o por los distintos órganos con competencia para resolver por delegación, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 4/2002 de creación del Servicio Andaluz de Empleo, que agotan la vía administrativa, podrán los interesados interponer recurso potestativo de reposición ante el mismo órgano que las dictó según lo previsto en el artículo 115 de la Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía y el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o recurso contencioso-administrativo ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el plazo de dos meses contados a partir del día siguiente a la notificación de la misma.

Artículo 97. Notificación y publicación de las resoluciones.

1. Las notificaciones se realizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el artículo 113 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y en caso de subvenciones concedidas en régimen de concurrencia competitiva, en el artículo 9.2.e) del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre. La práctica de dicha notificación se realizará en el lugar que el interesado, a tal efecto, haya indicado en su solicitud, salvo para los actos que deban notificarse de forma conjunta a todos los interesados y, en particular, los de requerimiento de subsanación, de propuesta de resolución, de trámite de audiencia y de resolución del procedimiento, se publicarán en el tablón de anuncios del Servicio Andaluz de Empleo y en sus respectivas Direcciones Provinciales, así como en la página web del Servicio Andaluz de Empleo <http://www.junta-deandalucia.es/servicioandaluzdeempleo>, en los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre sustituyendo dicha publicación a la notificación personal y surtiendo sus mismos efectos.

2. En los supuestos anteriores, cuando la publicación se efectúe mediante tablón de anuncios y en la página web del Servicio Andaluz de Empleo, se publicará simultáneamente en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía un extracto del contenido de la resolución o acto, indicando los tabloneros y el acceso a la página web de la Consejería competente en materia de empleo donde se encuentra expuesto su contenido íntegro y, en su caso, el plazo que se computará a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la publicación en dicho Boletín Oficial.

3. En cuanto a los requisitos de la notificación electrónica se estará a lo dispuesto en el artículo 11.5.

Artículo 98. Modificación de la resolución de concesión.

1. Una vez recaída la resolución de concesión, el beneficiario podrá solicitar su modificación, cuando se den las siguientes circunstancias:

a) Cuando sea necesario modificar el contenido o forma de ejecución de la actividad subvencionada, tal como las especialidades formativas a impartir, la modalidad de impartición de la formación, o aspectos técnicos del proyecto concedido.

b) Cuando se requiera la modificación de los plazos de ejecución o de justificación de los correspondientes gastos.

2. La solicitud de modificación deberá de fundamentarse suficientemente y deberá formularse con carácter inmediato a la aparición de las circunstancias que la justifiquen, y en todo caso, con anterioridad al momento en que finalice el plazo de ejecución de la actividad subvencionada.

3. Cuando se trate de modificaciones que afecten a la modalidad de impartición de la formación a realizar se podrán autorizar siempre que no se alteren los criterios de prioridad establecidos y no supongan minoración de la valoración técnica respecto de la que se habría obtenido si se hubiesen tenido en cuenta en la solicitud inicial.

4. Las solicitudes se someterán a los órganos competentes para la instrucción del procedimiento de concesión, previo informe del órgano colegiado previsto en el artículo 93.2 y serán resueltas por el órgano que dictó la resolución de concesión. La modificación sólo podrá autorizarse en el caso de que aparezcan circunstancias excepcionales o de fuerza mayor que alteren, dificulten o imposibiliten el desarrollo de la actividad subvencionada tal y como fue aprobada y, en todo caso, si no daña derechos de terceros.

5. El órgano competente deberá dictar resolución aceptando o dene-

gando la modificación propuesta en el plazo de un mes desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. Una vez transcurrido dicho plazo sin haberse notificado resolución expresa, la solicitud se entenderá desestimada.

Artículo 99. Pago de subvenciones.

1. El pago de las subvenciones reguladas en la presente Orden se ordenará en las siguientes fases:

a) Hasta el 75%, en concepto de anticipo, se tramitará a partir de la fecha de concesión.

b) Una vez justificado al menos el 25% del total subvencionado mediante la oportuna presentación de los documentos acreditativos de la ejecución y de los gastos pagados, se podrá tramitar hasta el 25% restante. Para ello, y en cualquier caso, los beneficiarios deberán cumplir las condiciones de justificación, que a tal efecto se establecen en el artículo 102, así como aquellas otras que el órgano concedente de la ayuda pueda dictar en la correspondiente Resolución de concesión.

2. En el plazo de un mes desde que se produzca cada pago, la entidad beneficiaria presentará ante el órgano concedente de la subvención la certificación de haber incorporado el pago en su contabilidad, con expresión del asiento contable, así como del número de expediente de la subvención al que se refiere dicho pago.

3. El inicio y desarrollo de las acciones formativas en ningún caso estará condicionado al cobro del anticipo por parte de la entidad beneficiaria de la subvención.

4. En ningún caso podrán realizarse pagos anticipados a beneficiarios en los supuestos previstos en el apartado 4, párrafo tercero, del artículo 34 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

5. El importe definitivo de la subvención se liquidará aplicando al coste de la actividad o inversión efectivamente realizada por el beneficiario, según justificación, el porcentaje de financiación definido en la resolución de concesión.

6. Estas ayudas son compatibles con cualquier otra subvención, ayuda, ingreso o recurso para la misma finalidad, procedente de cualquier Administración o ente público o privado, nacional de la Unión Europea o de organismos internacionales, siempre que no supere el 100% del coste de las acciones formativas.

Artículo 100. Subcontratación de la actividad subvencionada.

1. En relación con los Planes de Formación dirigidos prioritariamente a personas ocupadas regulados en la Sección 2.^a del Capítulo II, el programa para personas ocupadas en pequeñas y medianas empresas, empresas de economía social y autónomos regulado en el artículo 39, en materia de subcontratación se aplicarán los siguientes criterios:

a) La entidad beneficiaria podrá subcontratar parcial o totalmente por una sola vez y en los términos establecidos en esta Orden, la realización de la actividad formativa. La contratación de personal docente para la impartición de la formación subvencionada por parte del beneficiario no se considerará subcontratación. La subcontratación se realizará en los términos previstos en el artículo 29 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

b) El beneficiario deberá contar con medios propios para las funciones de programación y coordinación del plan de formación, asumiendo, en todo caso, la responsabilidad de la ejecución de la actividad subvencionada frente a la Administración pública, debiendo asegurar, tanto aquélla como el subcontratista, el desarrollo satisfactorio de las

funciones de los organismos de seguimiento y control.

c) La autorización previa del órgano concedente a que hacen referencia los apartados 3 del artículo 29 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, podrá realizarse de forma expresa en la resolución de concesión de la subvención o, en su caso, en el convenio suscrito para la ejecución de la actividad formativa, o bien mediante resolución posterior, emitida en el plazo de 15 días a contar desde la solicitud de la autorización. Se entenderá otorgada la autorización cuando transcurra el citado plazo sin pronunciamiento expreso del órgano concedente.

2. Respecto a las acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas desempleadas reguladas en la Sección 3.^a del Capítulo II, así como los Programas regulados en la Sección 4.^a, a excepción del Programa de acciones formativas con compromiso de contratación regulado en el artículo 38 y el Programa para personas ocupadas en pequeñas y medianas empresas, empresas de economía social y autónomos regulado en el artículo 39, se aplicará el siguiente criterio:

La ejecución de dichas acciones será realizada directamente por el beneficiario cuando éste sea un centro o entidad de formación, sin que pueda subcontratarla con terceros. A estos efectos, la contratación del personal docente para la impartición de la formación subvencionada por parte del beneficiario no se considerará subcontratación.

3. En relación con el Programa de acciones formativas con compromiso de contratación regulado en el artículo 38, a efectos de subcontratación se estará a lo dispuesto en el apartado primero a) y c) del presente artículo.

4. En relación con las acciones de investigación e innovación reguladas en el Capítulo III se aplicarán los siguientes criterios:

a) La entidad beneficiaria deberá contar con recursos humanos y materiales propios para las funciones que le corresponden y, en todo caso, asumirá la total responsabilidad de la ejecución de la actividad subvencionada frente a la Administración, debiendo asegurar, tanto aquélla como el contratista, el desarrollo satisfactorio de las funciones de los órganos de seguimiento y control.

b) El beneficiario de la subvención deberá realizar directamente las funciones de diseño y planificación de las actividades necesarias para la ejecución de la acción, la elaboración de los informes finales y la coordinación del proyecto, no pudiendo delegar ni subcontratar con terceros su desarrollo total ni parcial.

La ejecución de cualquier otra actividad necesaria para el desarrollo del proyecto podrá ser subcontratada con otra u otras entidades, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre y en la presente Orden, así como lo que se disponga en la correspondiente convocatoria.

c) El porcentaje de actividad subvencionada que la entidad beneficiaria podrá subcontratar con terceros se establecerá en la convocatoria para cada tipo de acción. En el supuesto de que la citada convocatoria no lo fije se estará en lo dispuesto en el artículo 29.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

d) Las entidades que colaboran en la ejecución de la acción no podrán contratar, a su vez, con terceros aquello que es objeto del contrato suscrito con la entidad solicitante.

En ningún caso podrán realizarse subcontrataciones con terceros que, aumentando el coste de la actividad, no aporten valor añadido al contenido de la misma, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, en materia de subcontratación.

e) Cuando la actividad concertada con terceros exceda del 20% del importe de la subvención y dicho importe sea superior a 60.000 euros, la celebración del correspondiente contrato deberá formalizarse mediante documento escrito y ser autorizado previamente. Para la obtención de dicha autorización, la entidad beneficiaria deberá solicitarla mediante escrito a la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo, que resolverá en el plazo máximo de quince días. Se entenderá otorgada la autorización cuando transcurra el citado plazo sin pronunciamiento alguno.

5. No se considerará subcontratación la ejecución de la actividad subvencionada por una entidad vinculada autorizada expresamente en la resolución de concesión o posteriormente, en los supuestos previstos en los artículos 4.3, 4.4 siempre que se den las circunstancias exigidas en el artículo 15.

Artículo 101. Gastos subvencionables

1. Se considerarán gastos subvencionables aquéllos que de manera indubitada respondan a la naturaleza de la actividad subvencionada y que hayan sido realizados y efectivamente pagados desde la fecha de inicio del proyecto fijado por la Resolución de concesión de la subvención o convenio de colaboración, o en su defecto, desde la fecha de la Resolución o firma del convenio y con anterioridad a la finalización del período de justificación.

2. Cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 30.000 euros en el supuesto de coste por ejecución de obra, o de 12.000 euros en el supuesto de suministro de bienes de equipo o prestación de servicios por empresas de consultoría o asistencia técnica, el beneficiario deberá solicitar como mínimo tres

ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contratación del compromiso para la prestación del servicio o la entrega del bien, salvo que por las especiales características de los gastos financiados no exista en el mercado suficiente número de entidades que lo suministren o presten, o salvo que el gasto se hubiera realizado con anterioridad a la solicitud de subvención. La elección entre las ofertas presentadas, que deberán aportarse en la justificación, o, en su caso, en la solicitud de subvención, se realizará conforme a criterios de eficiencia y economía, debiendo justificarse expresamente en una memoria la elección cuando no recaiga en la propuesta económica más ventajosa.

3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se considerará que el beneficiario ha cumplido lo allí establecido cuando justifique de modo razonado que la elección del proveedor responde a criterios de eficacia y economía, teniendo en cuenta las actuaciones a desarrollar y el ámbito en el que se desarrolla, tal como dispone la disposición adicional quinta de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo.

4. En los Anexos II y III se detallan los gastos subvencionables y los criterios de imputación para las acciones formativas y las acciones de investigación e innovación respectivamente.

Artículo 102. Justificación de la subvención.

1. A los efectos de la justificación de las subvenciones concedidas al amparo de la presente Orden, y en el plazo máximo de tres meses a partir de la fecha de finalización de las acciones objeto de subvención para el caso de la justificación final, el beneficiario deberá presentar una cuenta justificativa con aportación de un informe de auditor. La rendición de la

cuenta justificativa constituye un acto obligatorio de la entidad beneficiaria, en la que se debe incluir, bajo responsabilidad del declarante, los justificantes o cualquier otro documento con validez jurídica que permitan acreditar el cumplimiento del objeto de la ayuda y del gasto total de la actividad subvencionada.

Las facturas deberán reunir los requisitos establecidos en el Capítulo II del Título I del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, modificado por el Real Decreto 87/2005.

2. Dicha cuenta se presentará acompañada de la siguiente documentación:

a) Una memoria de actuación justificativa del cumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión de la subvención, con indicación de las actividades realizadas y de los resultados obtenidos.

b) Una cuenta justificativa con aportación de informe de un auditor de cuentas inscrito como ejerciente en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas dependiente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, conforme a lo previsto en el artículo 74 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.

El informe de auditor tendrá por objeto la revisión de la cuenta justificativa comprobando la elegibilidad de los gastos realizados por el beneficiario, conforme a lo previsto en la presente Orden y las obligaciones establecidas en la correspondiente resolución de concesión, así como en las normas de subvencionabilidad contenidas en el artículo 31 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y, en su caso, en la reglamentación comunitaria aplicable.

3. Sin perjuicio de que el Servicio Andaluz de Empleo defina, en el ámbito de las ayudas por él concedidas, el procedimiento a seguir por el

auditor para la revisión de la cuenta justificativa, en todo caso, el informe de auditor deberá certificar la verificación y comprobación de los siguientes extremos:

a) Que la entidad beneficiaria utiliza un sistema de contabilidad separada o codificación contable que permite la inequívoca identificación de los gastos realizados.

b) Que las facturas originales o documentos contables de valor probatorio equivalente que figuran en la relación de gastos cuentan con los datos requeridos por la legislación vigente habiendo sido dichos gastos efectivamente ejecutados y pagados.

c) Que el contenido de las facturas originales pagadas o documentos contables de valor probatorio equivalente han sido imputados correctamente a las relaciones de gasto certificadas.

d) Que los gastos realizados e imputados al proyecto guardan una relación directa con el mismo, siendo conformes con las normativas autonómica, nacional y comunitaria en materia de elegibilidad de gastos y subvenciones.

4. Junto a dicho informe ha de adjuntarse:

a) Un estado representativo de los gastos incurridos en la realización de las actividades subvencionadas, debidamente agrupados, y, en su caso, las cantidades inicialmente presupuestadas y las desviaciones acaecidas.

b) En el caso de que las actividades hayan sido financiadas, además de con la subvención, con fondos propios u otras subvenciones o recursos, deberá aportarse una relación detallada de éstos con indicación del importe, procedencia y aplicación de tales fondos a las actividades subvencionadas.

De conformidad con lo previsto en el artículo 18.1 del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, la cuenta justificativa se referirá al gasto

total de la actividad subvencionada aunque la cuantía sea inferior.

4. En caso de imputaciones derivadas de subcontratación

o contrataciones de gastos de carácter genérico deberán presentar o tener a disposición del Servicio Andaluz de Empleo los justificantes documentales de todos los pagos finales materializados que den soporte a dichos gastos.

5. El beneficiario de la subvención estará obligado a conservar, durante un plazo de cuatro años, salvo que las resoluciones de concesión de la subvención establezcan un plazo diferente, los justificantes de la realización de la actividad que fundamenta la concesión de la subvención, así como de la aplicación de los fondos recibidos. El citado plazo se computará a partir de la fecha de recepción por parte del beneficiario de la resolución de liquidación del expediente. En el supuesto de acciones cofinanciadas con fondos comunitarios, se aplicará a este respecto lo que establezca la normativa comunitaria.

6. Las entidades que, sin haber transcurrido el citado período, decidan suspender su actividad o disolverse, deberán remitir copia de la citada documentación al órgano competente.

7. A los efectos de determinar la subvención en el caso de que el objeto de la misma sea el desarrollo de acciones formativas, y a los efectos del cómputo de alumnos finalizados, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

a) En las acciones presenciales, se computarán los alumnos que hayan finalizado la acción formativa, así como los alumnos que sin finalizar la acción formativa hayan asistido, al menos, al 75% de la duración de la acción formativa. Asimismo, en las acciones formativas impartidas mediante la modalidad a distancia convencional o teleformación se con-

siderará que han finalizado la acción aquellas personas que hayan realizado al menos el 75% de los controles periódicos de seguimiento de su aprendizaje a lo largo de la misma.

b) Si se produjeran abandonos de alumnado antes del 25% de la duración de la acción formativa se podrán incorporar otros trabajadores/as a la formación en lugar de aquellos. Si los abandonos tuviesen lugar con posterioridad al mencionado período se admitirán desviaciones por acción de hasta

un 15% del número de participantes que las hubieran iniciado, sin que ello suponga minoración de la subvención.

c) En el supuesto de trabajadores/as desempleados/as, se considerará que han finalizado la acción formativa aquellos que tuvieran que abandonarla por haber encontrado empleo, y se acredite debidamente.

d) Si el alumno o alumna hubiera sido excluido o excluida de la acción formativa por no seguir el curso con suficiente interés y regularidad, no se tendrá en cuenta dicha baja a efecto de liquidación de la acción formativa.

e) En las acciones formativas impartidas mediante la modalidad a distancia convencional o teleformación se considerará que han finalizado la acción aquellos alumnos que hayan realizado al menos el 75% de los controles periódicos de seguimiento de su aprendizaje a lo largo de la misma.

8. Una vez presentada la documentación señalada en el apartado 1 de este artículo se realizará por el órgano que concedió la subvención la correspondiente comprobación técnico-económica.

Si como resultado de dicha comprobación se dedujera que el coste subvencionable ha sido inferior a la subvención concedida o que se han incumplido, total o parcialmente, los requisitos establecidos en la

normativa aplicable para la justificación de la subvención o los fines para los que fue concedida la misma se comunicará tal circunstancia al interesado junto a los resultados de la comprobación técnico-económica y se iniciará el procedimiento para declarar la pérdida del derecho al cobro de la subvención o, en su caso, el procedimiento de reintegro total o parcial de la subvención previsto en el artículo 105.

Artículo 103. Devolución voluntaria de la subvención.

1. El beneficiario que voluntariamente proceda a la devolución de la subvención concedida antes del plazo de justificación y sin previo requerimiento del Servicio Andaluz de Empleo, deberá ingresar las sumas percibidas así como de los intereses que correspondan desde el momento del pago hasta el de ingreso de acuerdo a lo previsto por el artículo 90 del Reglamento de la Ley General de Subvenciones, según el procedimiento arbitrado por la Consejería competente en materia de economía y hacienda.

2. La devolución voluntaria de las cantidades descritas en el apartado anterior deberá ser comunicada por la entidad beneficiaria al órgano concedente de la misma remitiendo copia del ingreso en un plazo no superior a diez días desde que se produzca.

3. La devolución se considerará renuncia del derecho, siéndole de aplicación el procedimiento establecido en la normativa vigente a estos efectos.

Artículo 104. Reintegro.

1. Además de los casos de nulidad y anulabilidad previstos en el artículo 36 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y de acuerdo con el artículo 37 de la misma, procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la

fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no-adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 104.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión y publicidad contenidas en el artículo 11.

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, 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 o entidades 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 personas o entidades 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 al realizar el objeto de la subvención o ayuda, de acuerdo con lo dispuesto en la letra f) del artículo 112 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. 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 beneficiaria de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniere obligada.

i) Incumplimiento de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales. 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 beneficiaria de las medidas en la referida materia.

j) 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.

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.

3. La graduación de los posibles incumplimientos a que hace referencia el apartado 1 de este artículo se determinará de acuerdo con los siguientes criterios:

a) En el supuesto de incumplimiento total: El incumplimiento total de los fines para los que se concedió la subvención o de la obligación de justificación de la misma dará lugar al reintegro del 100% de la subvención concedida. Igualmente se considerará que concurre el incumplimiento total si la realización de la actividad subvencionada no alcanza el 35% de sus objetivos, que en el caso de acciones formativas se medirá con el indicador de número de horas de formación multiplicado por el número de alumnos formados.

b) En el supuesto de incumplimiento parcial: el incumplimiento parcial de los fines para los que se concedió la subvención o de la obligación de justificación de la misma dará lugar al reintegro parcial de la subvención concedida. Cuando la ejecución del indicador mencionado en el párrafo anterior esté

comprendido entre el 35% y el 100% la subvención concedida se minorará en el porcentaje que haya dejado de cumplirse, siempre que los gastos hayan sido debidamente justificados.

4. En el supuesto de que el importe de la subvención resulte ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada, procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada, así como la exigencia del interés de demora correspondiente.

5. Las cantidades a reintegrar tendrán la consideración de ingresos de derecho público, resultando de

aplicación para su cobranza lo previsto en la Ley General de Hacienda Pública. De conformidad con lo establecido en el artículo 33.a) de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, el interés de demora aplicable en materia de subvenciones será el interés legal del dinero incrementado en un 25%, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente. Los procedimientos para la exigencia del reintegro de subvenciones tendrán siempre carácter administrativo.

Artículo 105. Procedimiento de reintegro.

1. El órgano competente para el otorgamiento de la subvención lo es también para la tramitación y resolución, en su caso, del correspondiente expediente de reintegro, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El procedimiento se inicia de oficio por acuerdo del órgano competente, debiendo reconocer, en todo caso, a las personas interesadas el derecho a efectuar alegaciones, proponer medios de prueba y el preceptivo trámite de audiencia previo a la propuesta de resolución.

b) Será competente para iniciar y resolver el procedimiento de reintegro el mismo órgano que sea competente para el otorgamiento de la subvención, de acuerdo con lo previsto en el artículo 89.

c) De conformidad con lo establecido en el artículo 33.c) de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro será de doce meses, a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación. El vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa producirá la caducidad del procedimiento.

d) Si como consecuencia de reorganizaciones administrativas se modifica la denominación del órgano o

entidad concedente, o la competencia para la concesión de las subvenciones o ayudas de la línea o programa se atribuye a otro órgano, la competencia para acordar la resolución y el reintegro corresponderá al órgano o entidad que sea titular del programa o línea de subvenciones en el momento de adoptarse el acuerdo de reintegro.

e) La resolución de reintegro será notificada al interesado indicándole lugar, forma y plazo para realizar el ingreso; advirtiéndole que, en el caso de no efectuar el reintegro en plazo, se aplicará procedimiento de recaudación en vía de apremio o, en los casos que sea pertinente, de compensación.

2. Transcurrido el plazo de ingreso voluntario sin que se materialice el reintegro, el órgano concedente de la subvención dará traslado del expediente a la Consejería competente en materia de economía y hacienda para que inicie el procedimiento de apremio.

Artículo 106. Responsabilidad y régimen sancionador.

Le será de aplicación a las subvenciones reguladas en la presente orden el régimen sancionador previsto en el Título IV de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y en el artículo 116 de la Ley 5/1983, de 19 de julio.

Las infracciones podrán ser calificadas como leves, graves o muy graves y llevarán aparejadas las sanciones que en cada caso corresponda de acuerdo con lo previsto en los artículos 59 y siguientes de la citada Ley.

Artículo 107. Publicidad de las subvenciones concedidas.

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, las subvenciones concedidas por el Servicio Andaluz de Empleo al

amparo de la presente orden se publicarán en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía con expresión de la convocatoria, el programa y crédito presupuestario al que se imputen, beneficiario, cantidad concedida y finalidad o finalidades de la subvención.

2. Las entidades que participen en el desarrollo de los programas establecidos deberán hacer constar de modo expreso la colaboración del Servicio Andaluz de Empleo y en su caso, del Fondo Social Europeo en todas las actuaciones que así lo requieran. Para ello, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Manual de Diseño Gráfico para su utilización por el Gobierno y Administración de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 245/1997, de 15 de octubre, modificado según redacción dada por el Decreto 149/2007, de 15 de mayo, por el que se aprueba la adaptación y actualizaciones del Manual de Diseño Gráfico, así como en la Normativa de la Unión Europea, entre otros, el Reglamento (CE) núm. 1989/2006 del Consejo de 21 de diciembre, que modifica el Anexo III del Reglamento (CE) 1083/2006 del Consejo de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y el Reglamento (CE) 1081/2006, del Parlamento Europeo, y del Consejo de 5 de julio de 2006.

El Servicio Andaluz de Empleo podrá establecer las características que a tal efecto deberán reunir los materiales impresos o audiovisuales que elaboren las Entidades beneficiarias. Con independencia de ello, siempre que la entidad elabore cualquier tipo de material con cargo a la ayuda concedida, deberá llevar la identificación de su financiación por parte del Servicio Andaluz de Empleo en el formato que éste establezca, teniendo la entidad la obligación de

conservar un original de los mismos a disposición de los órganos de gestión y control competentes, por cuanto que el Servicio Andaluz de Empleo podrá darle la utilidad y publicidad que estime conveniente.

3. Asimismo, de conformidad con el artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 1828/2006 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2006 (DOUE L45, de 15 de febrero de 2007), la aceptación de la financiación por parte del beneficiario implicará la aceptación de su inclusión en la lista de beneficiarios publicada según lo establecido en el artículo 7 de dicho Reglamento.

4. El incumplimiento por parte de la entidad beneficiaria de cualquiera de las obligaciones respecto a la publicidad establecidas en este artículo podrá dar lugar al reintegro de la ayuda en los términos dispuestos por el artículo 104.

Artículo 108. Normativa aplicable.

1. Las subvenciones reguladas en la presente Orden se registrarán, además de por lo dispuesto en la misma, por lo establecido en el Real Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los Procedimientos de Concesión de Ayudas Públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y su reglamento aprobado por el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, así como la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y las demás disposiciones que resulten de aplicación.

2. Asimismo le será de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, la Orden TAS 718/2007, de 7 de marzo que lo desarrolla en lo concerniente a la formación de oferta, la Orden TIN

2805/2008, de 26 de septiembre que lo desarrolla en lo concerniente a las acciones de apoyo y acompañamiento a la formación y cualquier otra norma estatal que pudiera ser de aplicación a la materia objeto de regulación en la misma.

Disposición Adicional Primera.

Protección de datos.

Los datos identificativos de las entidades solicitantes, y de los participantes en las distintas acciones reguladas en la presente Orden, se integrarán en ficheros automatizados a los efectos oportunos, pudiendo los interesados ejercer los derechos reconocidos con carácter general en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y demás normativa de desarrollo.

Disposición Adicional Segunda.

Modelos y aplicativos informáticos.

El Servicio Andaluz de Empleo comunicará y pondrá a disposición de los beneficiarios los modelos de Justificación de Costes y demás documentación que puedan resultar de aplicación para los solicitantes o beneficiarios de las subvenciones, así como las herramientas informáticas pertinentes para un mejor seguimiento, control y aprovechamiento de la actividad subvencionada.

Disposición Adicional Tercera.

Aplicación y actualización de las cuantías y módulos económicos previstos en esta Orden.

Las cuantías relativas a las ayudas y becas previstas en la Sección 5.^a del Capítulo II, así como los importes y módulos económicos máximos establecidos en el Anexo I, se aplicarán a las convocatorias y programaciones aprobadas con posterioridad a la publicación de la presente orden.

Las cuantías y módulos económicos mencionados en el párrafo

anterior se actualizarán mediante resolución de la persona titular de la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo.

Disposición Adicional Cuarta.

Financiación de los Centros Integrados.

La financiación de los Centros Integrados se regulará en la normativa específica que se dicte al efecto, sin perjuicio de la participación de los mismos en las subvenciones reguladas en la presente Orden.

Disposición Adicional Quinta.

Formación Profesional para el Empleo en la Red de Consorcios Escuela.

Las subvenciones para el desarrollo de acciones en materia de Formación Profesional para el Empleo que se desarrollan en la Red de Consorcios Escuela participados por la Junta de Andalucía, se regularán por la Orden de la Consejería de Empleo, de 10 de mayo de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a Consorcios Escuela de Formación por el Empleo participadas por la Junta de Andalucía, siéndoles de aplicación supletoria lo previsto en la presente Orden.

Disposición Adicional Sexta.

Modificación de la Orden de 10 de mayo de 2006, por la que se regula el procedimiento de concesión de las ayudas en materia de formación profesional ocupacional, establecidas en el Decreto 72/2003, de 18 de marzo, de Medidas de Impulso de la Sociedad del Conocimiento en Andalucía.

Uno. El apartado 1 del artículo 1 queda redactado del siguiente modo:

«1. Elaboración de materiales y contenidos de formación profesional para el empleo, para su uso y difusión a través de Internet, que, en caso de

superar los controles de calidad que a tal fin se establezcan, podrán pasar a formar parte del Repositorio que a tal efecto cree el Servicio Andaluz de Empleo, conforme a lo previsto en el artículo 75 de la Orden de 23 de octubre de 2009, de la Consejería de Empleo, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la formación profesional para el empleo en Andalucía y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones y ayudas y otros procedimientos».

Dos. El apartado 1 del artículo 2 queda redactado del siguiente modo:

«1. Podrán optar a estas ayudas las empresas, ya sean personas físicas o jurídicas, que estén radicadas y desarrollen su actividad en el ámbito geográfico de la comunidad autónoma de Andalucía, Para participar en la modalidad prevista en el artículo 1.2, las empresas habrán de inscribirse o acreditarse conforme a lo previsto en el Capítulo V de la Orden de 23 de octubre de 2009, de la Consejería de Empleo, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la formación profesional para el empleo en Andalucía y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones y ayudas y otros procedimientos».

Tres. El artículo 3 queda redactado del siguiente modo:

«A los efectos de los gastos subvencionables se estará a lo dispuesto en el artículo 101 y en los Anexos II y III de la Orden de 23 de octubre de 2009, de la Consejería de Empleo, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la formación profesional para el empleo en Andalucía y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones y ayudas y otros procedimientos. A estos efectos, se aplicará el Anexo II

para la modalidad prevista en el artículo 1.2 y el Anexo III para la modalidad prevista en el artículo 1.1.»

Disposición Adicional Séptima.

Franja pirítica de Huelva y Sevilla.

En relación con las acciones formativas que se programen en el ámbito geográfico de la Zona de Acción Especial-ZAE de la Franja Pirítica de Huelva y Sevilla, continuará en vigor y siendo de aplicación lo dispuesto en la Orden de 6 de mayo de 2002, por la que se regula el procedimiento de concesión de las ayudas en materia de Formación Profesional Ocupacional establecidas en el Decreto 144/1998, de 7 de julio, por el que se delimita la citada Zona de Acción Especial así como en el Decreto 274/2001, de 18 de diciembre, que lo modifica. Las referencias y menciones realizadas a la Orden de 25 de julio de 2000 y la Orden de 12 de diciembre de 2000 de convocatoria y desarrollo de los Programas de Formación Profesional Ocupacional se entenderán realizadas a la presente Orden.

Disposición Adicional Octava.

Facultades de aplicación.

Se faculta a la persona titular de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo a adoptar las medidas necesarias para la aplicación y desarrollo de esta Orden, así como para dictar cuantas instrucciones sean precisas para la ejecución de lo dispuesto en la misma.

Disposición Transitoria Primera.

Régimen transitorio de los procedimientos de concesión de subvenciones.

Los procedimientos de concesión de subvenciones en materia de formación de oferta iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Orden se regirán por la normativa anterior que les sea de aplicación.

Disposición Transitoria Segunda. *Registro Andaluz de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo.*

1. A partir de la entrada en vigor de la presente orden, el Registro Andaluz de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo estará constituido con los centros, estructura y situaciones vigentes incluidos en el Censo de Centros colaboradores de Formación Profesional Ocupacional de la Junta de Andalucía.

2. Los centros homologados en especialidades no conducentes a la obtención de Certificados de Profesionalidad, serán considerados centros inscritos de conformidad con el artículo 72.2.

3. Los centros acreditados para la impartición de Certificados de Profesionalidad vinculados al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales se incluirán en el mencionado Registro teniendo en cuenta los requisitos exigidos en el artículo 73 y en la normativa reguladora de los citados Certificados.

Aquellos centros que, a la fecha de entrada en vigor de esta orden, tengan homologadas, conforme a la normativa anterior, especialidades conducentes a un certificado de profesionalidad, habrán de acreditar, en los plazos y conforme al procedimiento que a tal fin se establezca, que cumplen los requisitos exigidos en la normativa reguladora de cada certificado de profesionalidad. En el caso de que el centro demuestre que cumple dichos requisitos, pasará a considerarse como centro acreditado en esa especialidad. En caso de que no acrediten tal extremo en dicho plazo, la especialidad homologada a dicha entidad causará baja.

Asimismo se arbitrará el procedimiento oportuno para la acreditación de los centros en aquéllas especialidades correspondientes a nuevos certificados de profesionalidad, que

sean equivalentes a otros certificados derogados.

4. Los Centros y Entidades de formación que impartan acciones formativas de los Planes dirigidos prioritariamente a trabajadores/as ocupados/as y no estén inscritos en el Registro Andaluz de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo, podrán solicitar su inclusión en el mismo en el plazo de un año desde que hayan sido incluidos, en los términos que determine el Servicio Público de Empleo Estatal, en el Registro Estatal de Centros y Entidades de formación, a que se refiere la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo.

Disposición Transitoria Tercera. *Participación de los Consorcios Escuela de Formación Profesional para el Empleo en los Planes de formación de Carácter Sectorial dirigidos prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas.*

Los Consorcios Escuela de Formación Profesional para el Empleo previstos en el artículo 29.a).2.º del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, podrán participar en el desarrollo de los Planes de formación de Carácter Sectorial dirigidos prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas, mediante la suscripción de convenios con las entidades beneficiarias de los mismos, reguladas en el artículo 4.1.b), a través de subcontratación.

Disposición Transitoria Cuarta. *Incorporación de acciones formativas vinculadas al Catálogo Nacional de las Cualificaciones Profesionales*

A los efectos de impartición de la formación de oferta regulada en la presente Orden, y hasta tanto no se apruebe la normativa estatal reguladora de los correspondientes Certificados de Profesionalidad, se podrán incluir en la Programación que

se realice en Andalucía los módulos formativos del Catálogo Modular de Formación Profesional, vinculados al Catálogo Nacional de las Cualificaciones. Esta formación se acreditará conforme a lo previsto en el artículo 19.2.

Disposición Derogatoria Única.

Derogación normativa.

Quedan derogadas las siguientes órdenes y su normativa de desarrollo, salvo para las actuaciones iniciadas al amparo de las mismas:

a) Orden de 25 de julio de 2000, por la que se regula el procedimiento de autorización administrativa para la actividad como Centro Colaborador de Formación Profesional Ocupacional de la Junta de Andalucía.

b) Orden de 4 de agosto de 2008, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones públicas para la formación de oferta dirigida a trabajadores ocupados dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

c) Orden de 6 de octubre de 2008, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas destinadas a la realización de acciones complementarias y de acompañamiento a la formación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

d) Orden de 15 de mayo de 2009, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización de acciones de formación profesional

para el empleo con compromiso de contratación.

Disposición Final Primera.

Disponibilidad presupuestaria.

La concesión de las subvenciones, así como de las becas y ayudas, reguladas en la presente Orden, estará condicionada a la existencia de dotación presupuestaria para el correspondiente ejercicio económico.

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, 23 de octubre de 2009

ANTONIO FERNÁNDEZ
GARCÍA
Consejero de Empleo

ANEXO I

Importes y módulos económicos máximos

1. Los módulos económicos máximos (coste por participante y hora de formación) aplicables a efectos de la determinación y justificación de las subvenciones destinadas a la financiación de la formación de oferta, serán los que a continuación se establecen en función de la modalidad de impartición y el nivel de la formación:

MODALIDAD DE IMPORTACIÓN	NIVEL DE FORMACIÓN	
	Básico	Superior
Presencial	9 €	13 €
Teleformación	7,5 €	
A distancia convencional	5,5 €	
Mixta	Se aplicarán los módulos anteriores en función de las horas de formación presencial y a distancia convencional o teleformación que tenga la acción formativa	

En la modalidad de impartición presencial, el módulo de «nivel básico», que capacita para desarrollar competencias y cualificaciones básicas, se aplicará cuando se vaya a impartir formación en materias transversales o genéricas; mientras que el módulo de «nivel superior» se aplicará cuando la formación incorpore materias que impliquen especialización o capacite para desarrollar competencias de programación o dirección.

La formación de carácter transversal contemplada en los artículos 29 y 37 cuando acompañe a una acción de formación que sea específica se valorará de acuerdo con el módulo económico de esta última.

2. Respecto a las actuaciones de evaluación y control de la calidad de la formación a que hace referencia en el artículo

33.5 de la Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo, el beneficiario podrá destinar a esta finalidad hasta un 5% de la subvención que le haya sido concedida para la ejecución de la Acción Formativa.

3. Podrá incrementarse hasta en un 50% el módulo económico superior de la modalidad presencial, en función de la singularidad de determinadas acciones formativas que por su especialidad y características técnicas precisen de una financiación mayor.

El coste del conjunto de las acciones contempladas en el párrafo anterior no podrá superar el 5% del total de los fondos destinados a la financiación de la oferta de formación profesional para el empleo.

Si por el Ministerio de Trabajo e Inmigración se modificasen los módulos económicos a que se hace referencia en los tres apartados anteriores, con los mismos efectos y en la misma cuantía resultarán afectados los módulos aplicables a la presente Orden.

ANEXO II

Costes subvencionables y criterios de imputación para las Acciones Formativas

1. Costes directos de la actividad formativa:

a) Las retribuciones de los formadores y tutores internos y externos, pudiéndose incluir salarios, seguros sociales, dietas y gastos de locomoción y, en general, todos los costes imputables a los formadores en el ejercicio de las actividades de preparación, impartición, tutoría y evaluación a los participantes de las acciones formativas.

Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por horas dedicadas a la actividad que se imputen.

b) Los gastos de amortización de equipos didácticos y plataformas tecnológicas calculados con criterios de amortización aceptados en las normas de contabilidad, así como el alquiler o arrendamiento financiero de los mismos, excluidos sus intereses, soportados en la ejecución de las acciones formativas.

Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por acción formativa y se imputarán por el número de participantes en el caso de uso individual de los equipos o plataformas; en otro caso, se imputarán por horas de utilización.

c) Gastos de medios didácticos y/o de adquisición de materiales didácticos, así como los gastos en bienes consumibles utilizados en la realización de las acciones formativas, incluyendo el material de protección y seguridad. Asimismo, en el caso de la teleformación, los costes imputables a los medios de comunicación utilizados entre formadores y participantes.

Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por acción formativa y se imputarán por el

número de participantes en el caso de uso individual de los equipos o plataformas; en otro caso, se imputarán por horas de utilización.

d) Los gastos de alquiler, arrendamiento financiero, excluidos sus intereses, o amortización de las aulas, talleres y demás superficies utilizadas en el desarrollo de la formación.

Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por acción formativa y se imputarán por el período de duración de la acción.

Los gastos de amortización se calcularán según normas de contabilidad generalmente aceptadas, siendo aplicable el método de amortización según las tablas aprobadas por el Reglamento del Impuesto de Sociedades.

e) Gastos de seguro de accidentes de los participantes.

Estos gastos deberán presentarse desglosados por acción formativa y su imputación se hará por el número de participantes.

f) Gastos de transporte, mantenimiento y alojamiento para los trabajadores/as ocupados/as que participen en las acciones formativas, con los límites fijados en la Orden EHA/3771/2005, de 2 de diciembre, por la que se revisa la cuantía de los gastos de locomoción y de las dietas en el Impuesto sobre la Renta de las personas físicas.

Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por acción formativa y su imputación se hará por el número de participantes.

g) Los gastos de publicidad para la organización y difusión de las acciones formativas.

Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por acción formativa.

2. Costes asociados de la actividad formativa:

a) Los costes del personal de apoyo tanto interno como externo y todos los necesarios para la gestión y ejecución de la actividad formativa.

b) Los gastos financieros directamente relacionados con la actividad subvencionada y que resulten indispensables para la adecuada preparación o ejecución de la misma. No serán financiables los intereses deudores de las cuentas bancarias.

c) Otros costes: luz, agua, calefacción, mensajería, correo, limpieza, vigilancia y otros costes, no especificados anteriormente, asociados a la ejecución de la actividad formativa.

De conformidad con el artículo 31, apartado 9, de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, estos costes habrán de imputarse por el beneficiario a la actividad subvencionada en la parte que razonablemente corresponda de acuerdo con principios y normas de contabilidad generalmente admitidas y, en todo caso, en la medida en que tales costes correspondan al período en que efectivamente se realiza la actividad.

La suma de los costes asociados no podrá superar el 20 por ciento de los costes de la actividad formativa.

A los efectos de lo establecido en este apartado, en los planes de formación dirigidos prioritariamente a los trabajadores/as ocupados/as estos costes asociados se entenderán referidos al plan en su conjunto, con exclusión de los costes previstos en el apartado 3 de este Anexo.

3. Otros costes financiables:

a) Los costes de evaluación y control de la calidad de la formación, según lo previsto en el artículo 33.5 de la Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo.

b) Los gastos derivados de la realización del informe de auditor, para la presentación de la cuenta justificativa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 74 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.

Las convocatorias establecerán los términos y condiciones para la realización, imputación y justificación de estos costes.

4. El Servicio Andaluz de Empleo podrá establecer un coste mínimo financiable para cada uno o alguno de los gastos previstos en el apartado 1 de este anexo.

5. En todo caso, los costes financieros previstos en este Anexo deben responder a costes reales, efectivamente realizados, pagados y justificados mediante facturas o documentos contables de valor probatorio equivalente.

ANEXO III

Costes subvencionables y criterios de imputación para las Acciones de Investigación e Innovación

1. Costes directos:

a) Las retribuciones del personal interno y externo pudiéndose incluir salarios, seguros sociales, y, en general, todos los costes imputables al personal, en el ejercicio de las actividades objeto de subvención. Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por horas dedicadas a la actividad a que se imputen.

b) Los gastos de amortización de equipos y plataformas tecnológicas utilizados, calculados con criterios de amortización aceptados en las normas de contabilidad, así como el alquiler o arrendamiento financiero de los mismos, excluidos sus intereses, soportados en la ejecución de las acciones aprobadas.

c) Gastos en bienes consumibles utilizados en la realización de las acciones aprobadas.

d) Los gastos de alquiler, arrendamiento financiero, excluidos sus intereses, o amortización de los locales utilizados expresamente en el desarrollo de las acciones aprobadas.

e) Gastos de transporte, manutención y alojamiento que se realicen en territorio nacional, con los límites fijados en la Orden

EHA/3771/2005, de 2 de diciembre, imputables al personal que participa en la ejecución de las acciones aprobadas. Se podrá incluir en este apartado los costes de transporte, manutención y alojamiento fuera del territorio nacional cuando sea necesario para el desarrollo de alguna de las acciones subvencionables y así esté contemplado en la correspondiente convocatoria.

f) Costes directamente ocasionados por la ejecución de las acciones subvencionadas, que son se recojan en el resto de los apartados, tales como publicidad, difusión, comunicación, entre otros, cuando estas actividades estén contempladas en la correspondiente convocatoria.

g) Los gastos derivados de la realización del informe de auditor, para la presentación de la cuenta justificativa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 74 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.

2. Costes asociados de las acciones subvencionadas: Luz, agua, calefacción, teléfono, mensajería, correo, limpieza, seguridad y otros costes, no especificados anteriormente, asociados a la ejecución de la actividad subvencionada.

De conformidad con el artículo 31, apartado 9, de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, estos costes habrán de imputarse por el beneficiario a la actividad subvencionada en la parte que razonablemente corresponda de acuerdo con principios y normas de contabilidad generalmente admitidas y, en todo caso, en la medida que tales costes correspondan al período en que efectivamente se realiza la actividad.

La suma de los costes asociados no podrá superar el 10 por ciento del total de costes directos de las acciones subvencionadas.

3. En todo caso, los costes subvencionables previstos en este anexo deben responder a costes

reales, efectivamente realizados, pagados y justificados mediante facturas o documentos contables de valor probatorio equivalente.

ANEXO IV

Cuantía de las becas y ayudas

1. La beca para personas con discapacidad prevista en el artículo 43 tendrá una cuantía máxima de 9 euros por día de asistencia.

La citada cuantía podrá incrementarse hasta en un 50% cuando los destinatarios de las becas pertenezcan a colectivos con mayores dificultades de inserción y participen en los programas específicos de itinerarios de formación profesional personalizados.

2. Las ayudas previstas en la Sección 5.^a del Capítulo II tendrán las siguientes cuantías:

a) La ayuda en concepto de transporte público urbano tendrá una cuantía máxima de 1,5 euros por día de asistencia.

b) La ayuda en concepto de transporte en vehículo propio tendrá una cuantía máxima por día de asistencia de 0,19 euros por kilómetro.

c) La ayuda en concepto de manutención tendrá una cuantía máxima de 12,00 euros/día lectivo.

d) La ayuda en concepto de alojamiento y manutención tendrá una cuantía de hasta 80,00 euros/día natural. En este supuesto, el alumno tendrá derecho a los billetes de transporte en clase económica de los desplazamientos inicial y final.

e) Los trabajadores/as desempleados/as que participen en acciones formativas transnacionales o en prácticas profesionales que se desarrollen en otros países, tendrán derecho a la percepción de una ayuda en concepto de alojamiento y manutención de hasta 158,40 € por día natural. Percibirán además el importe del billete inicial y final en clase turista.

3. La cuantía de la ayuda a la conciliación prevista en el artículo 46 ascenderá al 75% del IPREM diario por día de asistencia.