



# **TEMAS LABORALES**

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

**82**

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo

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



## CONSEJO DE REDACCIÓN

### PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

### VOCALES

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

### COMITÉ DE REDACCIÓN

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

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

### SECRETARIO

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

Suscripciones y distribución:

Editorial Comares, Polígono Juncaril, C/. Baza, parcela 208, 18220 Granada

Tel.: 958 46 53 82 • Fax: 958 46 53 83 • <http://www.comares.com>

[mazuecos@comares.com](mailto:mazuecos@comares.com)

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

DISEÑO: Manuel Jesús Jiménez López

DEPOSITO LEGAL: SE-1.077/96

I.S.S.N.: 0213-0750

Imprime: EDITORIAL COMARES



**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**N.º 82/2005**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

- La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer ..... 11  
JOSÉ LUIS GOÑI SEIN
- La protección jurídico-laboral de la maternidad: algunas cuestiones pendientes ..... 47  
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
- El procedimiento de extensión de los convenios colectivos ..... 93  
FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ
- La jubilación parcial como manifestación de flexibilidad ..... 133  
NURIA PUMAR BELTRÁN

**2. MERCADO DE TRABAJO**

- Informe trimestral sobre el Mercado de Trabajo en España y Andalucía (segundo trimestre) ..... 173  
SANTOS M. RUESGA BENITO, JOSÉ L. MARTÍN NAVARRO Y CARLOS RESA NESTARES

**3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

- NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO  
Universidad de Almería  
Convenio colectivo: retroactividad y ultraactividad ..... 213  
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

**PODERES EMPRESARIALES**

Universidad de Córdoba

Poderes empresariales y uso del correo electrónico por el sindicato . . . 225

CARMEN MORENO DE TORO

**PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL**

Universidad de Granada

Formalismo ante la situación legal de desempleo de socios trabajadores de cooperativa de trabajo asociado: la parcial desprotección por desempleo en situaciones paradójicas . . . . . 237

SOFÍA OLARTE ENCABO

**DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO**

Universidad de Huelva

Intervención administrativa en la relación laboral especial de los deportistas profesionales extranjeros . . . . . 249

JOSÉ LUIS LÁZARO SÁNCHEZ

**EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Universidad Pablo de Olavide

Fecha de extinción del contrato de interinidad para la sustitución de trabajador en incapacidad temporal después declarado en incapacidad permanente absoluta . . . . . 265

CRISTINA BLASCO RASERO

**SALUD LABORAL**

Universidad de Almería

Hacia la mayoría de edad del delito de riesgo de los arts. 316 y 317 del código penal y otras cuestiones laborales y administrativas conexas . . . 277

MANUEL GÁMEZ OREA

**4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN**

REAL DECRETO 957/2005, de 29 de julio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina.

BOJA núm. 188, de 26 de septiembre . . . . . 305

REAL DECRETO 958/2005, de 29 de julio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia y servicios sociales encomendados al Instituto Social de la Marina.

BOJA núm. 188, de 26 de septiembre . . . . . 321



Índice

7

DECRETO 166/2005, de 12 de julio, por el que se crea el Registro de Coordinadores y Coordinadoras en materia de seguridad y salud, con formación preventiva especializada en las obras de construcción, de la Comunidad Autónoma de Andalucía. BOJA núm. 151, de 4 de agosto .....	329
ORDEN de 25 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por la contratación de personas para cuidado de un familiar. BOJA núm. 150, de 3 de agosto .....	335
ORDEN de 28 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de incentivos a la contratación con carácter indefinido reguladas en el Decreto 149/2005, de 14 de junio. BOJA núm. 146, de 26 de julio .....	341

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





1

---

Estudios







# LA FAMILIA MONOPARENTAL: AUSENCIA DE ATENCIÓN POLÍTICA Y LEGISLATIVA Y SU IMPACTO SOBRE LA SITUACIÓN SOCIOLABORAL DE LA MUJER

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

*Catedrático de Derecho del Trabajo*  
Universidad Pública de Navarra

## EXTRACTO

El objetivo fundamental del este artículo es analizar el grado de atención que dispensa el ordenamiento jurídico español a la familia monoparental, a partir de dos elementos clave de su caracterización: por un lado, el perfil feminizado, esto es, el hecho de que la mayor parte de las familias monoparentales esté encabezado por mujeres, y, por otro, la sobrecarga de trabajo del progenitor sólo, que aqueja en especial a la mujer trabajadora.

En el análisis realizado ha podido comprobarse que una de las variables de mayor peso explicativas de la dimensión de género que presenta la familia monoparental reside en el régimen legal de atribución de la custodia de los hijos separados o divorciados sólo a uno de los padres y en la tendencia cultural y judicial a otorgarla a la madre, lo que perpetúa su anclaje en la esfera doméstica, haciendo aún más gravosa su situación laboral. Esta situación, que constituye un obstáculo serio para la integración social y laboral femenina, no tiene un tratamiento especial en el ordenamiento jurídico laboral español.

Aunque no se descarta que alguna de las medidas de la Ley 39/1999, de Conciliación de la vida laboral y familiar pueda en algún momento facilitar la vida laboral de la madre o padre sólo en estas circunstancias, las medidas, en general, resultan bastante insatisfactorias, toda vez que se basan en un modelo de participación dual, totalmente impracticable en el caso del progenitor monoparental, a menos que se introduzca un verdadero régimen de coparentalidad y se promueva la igualdad biparental tras la ruptura conyugal, que no es, desde luego, intención de la Ley 15/2005, de 8 de julio de reforma del divorcio.

A pesar de lo agudo del problema, la protección de la familia monoparental no se ha incorporado todavía con sustantividad propia a ninguna de las políticas de familia, de empleo o de inclusión social y continúa en espera de una ordenación unívoca. Como fórmulas para superar el estado de imperfección y la ausencia en que de forma casi deliberada ha dejado el legislador la protección de la familia monoparental, en el trabajo se proponen algunas actuaciones dirigidas a responder a la acumulación de tareas y a la falta de apoyos familiares, y a dar solución también a las relaciones materno/paterno filiales y al reparto de responsabilidades familiares de los padres separados.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA SITUACIÓN SOCIODEMOGRÁFICA DE LA FAMILIA MONOPARENTAL EN ESPAÑA
3. LOS PROBLEMAS QUE PADECEN LAS FAMILIAS MONOPARENTALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA
4. EL TRATAMIENTO DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA
  - 4.1. El concepto de familia protegida por la Constitución Española
  - 4.2. El régimen de la custodia de los hijos en los tipos de monoparentalidad vinculada a la conyugalidad
  - 4.3. La virtualidad aplicativa de las medidas laborales (en especial, los instrumentos de conciliación laboral y familiar) a las familias monoparentales
  - 4.4. La protección de las necesidades de la familia monoparental por el sistema de seguridad social
  - 4.5. La contemplación de la familia monoparental en el plan integral de apoyo a la familia 2001-2004
  - 4.6. La aplicación de las medidas de integración sociolaboral a las familias monoparentales en riesgo de exclusión social
5. INICIATIVAS LEGISLATIVAS: LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, DE REFORMA DEL DIVORCIO Y LA CUSTODIA COMPARTIDA
6. PROPUESTA DE NUEVAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA MONOPARENTAL

## 1. INTRODUCCIÓN

La estructura familiar muestra signos que apuntan a un cambio de modelo, fruto de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, la autonomía adquirida y de los incrementos de ruptura matrimonial, «que han contribuido de forma conjunta a la separación entre el matrimonio y la parentalidad» (FLAQUER). Aunque siga manteniendo un predominio indiscutible el modelo tradicional de familia integrado por los dos progenitores y su progeñie, son cada vez más frecuentes las familias sin un núcleo básico de conyugalidad, principalmente, las llamadas familias monoparentales compuestas por un solo adulto —generalmente una mujer— y uno o varios hijos menores de 18 años viviendo juntos.

La tendencia ascendente de esta modalidad no está ligada exclusivamente a los procesos de desestructuración de la familia tradicional, derivados de muerte o de ruptura conyugal. Un número creciente de casos aparece vinculada a la finalización de la cohabitación o uniones de hecho sin existencia previa de conyugalidad, dada la cada vez más fuerte incidencia de este tipo de convivencia en nuestro país. Y también tiene que ver con la elección individual, en particular, con la capacidad de decidir directamente sobre la parentalidad al margen de cualquier otro tipo de convivencia añadida. En el momento actual, la lógica de unas vidas basadas en proyectos individuales está adquiriendo cada vez más peso y abundan familias basadas en una simple relación electiva y asociativa de personas individuales

(FLAQUER). Una manifestación muy expresiva se encuentra en las padres o madres solteros que acogen o adoptan hijos.

De todas formas, no es la tendencia cuantitativa de los hogares monoparentales lo que despierta un mayor interés en la atención de esta forma de convivencia, sino la importancia cobrada por la dimensión de género y las situaciones sociales de riesgo. Preocupa el perfil feminizado que presenta; se trata de un nuevo modelo en el que la mujer en una proporción más elevada que el varón, aparece ejerciendo el liderazgo moral y material y asumiendo cotidianamente el grueso de las labores y la responsabilidad diaria de la mayor parte de las cuestiones que afectan directamente a los hijos (BARRÓN). Por otra parte, es frecuente la asociación de esta modalidad de hogar con situaciones sociales de riesgo, vinculada a la pobreza y a la exclusión social (BARAÑANO CID y DE LA PAZ). La relación entre la situación financiera y ocupacional de quien ostenta la jefatura familiar y el grado de pobreza padecido, proporciona seguramente la visión más real de estos fenómenos demográficos, que se encuentran en una situación de desventaja respecto de la familia nuclear, integrada por los dos progenitores.

La finalidad de este trabajo es valorar el tratamiento de la familia monoparental en el ordenamiento jurídico español; ver en qué punto se encuentra la legislación española en materia de protección de la familia monoparental, si atiende —y en qué medida— sus intereses, y, en último término, reflexionar sobre las medidas que es necesario impulsar para conseguir avances en esta materia.

Por lo que al método de análisis y enfoque se refiere, y como paso previo a ese análisis jurídico, parece ineludible hacer una caracterización mínima de la composición y dinámica de la familia monoparental, describiendo con datos estadísticos el número de familias monoparentales, el perfil personal del progenitor sólo, y las tasas de empleo de este grupo; asimismo, se hace imprescindible poner de relieve con algún detalle cuáles son las causas que inducen a la monoparentalidad y los principales problemas que acechan a las familias monoparentales.

Una vez realizado este breve diagnóstico, el objetivo básico y central de este trabajo consistirá en analizar las luces y sombras —o, si prefiere, suficiencias e insuficiencias— que presenta nuestra legislación en esta materia, comenzando por la Constitución Española en lo que se refiere a la configuración de la familia, siguiendo por una de las instituciones de Derecho Civil que más tiene que ver con la ruta hacia la monoparentalidad, como es la guarda y custodia de los hijos separados o divorciados, y haciendo un especial hincapié en todas aquellas medidas de índole laboral o de seguridad social que, concebidas con finalidades varias, puedan incidir en la atención de las necesidades de los integrantes de la familia monoparental. La atención se concentrará especialmente en el análisis de las medidas dirigidas a compatibilizar la vida laboral y familiar y en las previsiones de Segu-

ridad Social en materia de prestaciones, así como en cuantas otras acciones y medidas, encuadradas dentro del ámbito de actuación de los Servicios sociales, puedan ir dirigidas a intervenir en determinadas situaciones de grave riesgo de vulnerabilidad o de exclusión social de la familia monoparental.

Por último, en el ámbito de las propuestas de lege ferenda, se abordará la incidencia de la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio en las relaciones parentales y en el patrón cultural que asigna a las madres la custodia de los hijos separados y que explica una mayor configuración femenina de la monoparentalidad, y se apuntarán algunas líneas de actuación para solucionar los problemas, o, por lo menos, para garantizar una mejor calidad de vida al progenitor sólo que asume el cuidado cotidiano de los hijos menores.

## 2. LA SITUACIÓN SOCIODEMOGRÁFICA DE LA FAMILIA MONOPARENTAL EN ESPAÑA

Como se ha señalado anteriormente, la estructura social de la población, tanto en la Unión Europea como en España, está registrando un importante cambio. Se observa un progresivo incremento de las familias monoparentales. Si en 2000 los resultados de la Encuesta de Población Activa, correspondiente a ese año, arrojaban una cifra de en torno a 182.000 hogares monoparentales en España, con un 6.2 por 100, a mediados de 2003, el número de familias formadas por un adulto sólo con hijos alcanzaba la cifra de 320.000, un 7 por 100 de todos los hogares con hijos dependientes (según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE); *El País*, 25 de octubre de 2003, pág. 27).

Con todo, la proporción española sigue estando por debajo de la media de la UE- 15, donde en su conjunto se alcanzan cifras superiores al 9 por 100, y en la que las posiciones de los países varían mucho, llegando en algún caso, como Suecia, a superar el 22 por 100 (según datos del Panel de Hogares de la Unión Europea, correspondientes a la última oleada de 2001, y por tanto, no muy actualizados aunque se hayan dado a conocer recientemente; CES, «Panorama sociolaboral de la mujer en España», núm. 38, cuarto trimestre 2004).

El rasgo que determina el perfil actual del hogar monoparental es la feminización. Las madres están al frente del 89, 13 por 100 de las familias monoparentales. Y, por tanto, sólo el 10, 87 por 100 de estos hogares están encabezados por hombres. Dicho de otra manera, en 9 de cada 10 familias monoparentales la jefatura familiar la ostenta la madre. Así que, quien sufre en mayor medida la acumulación del ejercicio de responsabilidades familiares y laborales es la mujer, aunque en los últimos años se está produciendo un crecimiento relevante de hogares monoparentales integrados por hombres.



La familia monoparental española se caracteriza, también, por el alto índice de actividad laboral de las personas que están a cargo de estos hogares. Cabe destacar que con los datos del Panel de Hogares de la Unión Europea, la tasa de las madres solas que trabajan resulta 26 puntos porcentuales más alta que la del total de mujeres en un tramo de edad homogéneo entre 25 y 49 años; el porcentaje se sitúa en un 82 por 100 para las madres solas y en un 56 por 100 para el total de mujeres. Este porcentaje de madres solas trabajando es incluso netamente superior al de la U. Europea, que se sitúa en un 69 por 100.

En el surgimiento de la familia monoparental intervienen diversos factores. Tradicionalmente, se han identificado tres posibles «causas precipitadoras de la monoparentalidad» (BARRÓN); a saber: a) la quiebra del vínculo matrimonial o las situaciones de separación en los casos de ausencia de conyugalidad; b) la viudedad, y c) la maternidad solitaria o extraconyugal.

El factor que más incide en la aparición de las familias monoparentales son los procesos de ruptura matrimonial, que no dejan de crecer. En el año 2003 se produjeron más de 126.000 separaciones y divorcios; la ruptura familiar creció en más del 10 por 100 con respecto al año anterior, en 22, 8 por 100 respecto del año 2001, en 31 por 100 respecto de 1999 y más del 50 por 100 desde el año 1996. Es muy probable que con la reforma que pretende introducir el Gobierno en las condiciones para la ruptura matrimonial, se incremente aun más el porcentaje de separaciones y con ello las posibilidades de entrada en la monoparentalidad. De todas formas, estas cifras en sí mismas no son expresivas de monoparentalidad, porque la finalización del vínculo conyugal sin la existencia de la progenie no comporta un tipo de estructura familiar monoparental; son las rupturas de familias con hijos las que lo generan. Pero, en todo caso, es evidente que la ruptura es la principal ruta de entrada, pues la mayoría de las mujeres que están solas al frente del 89, 13 por 100 integran casos de monoparentalidad derivados de un vínculo matrimonial; es decir, son madres separadas o divorciadas (186.400, según el Instituto de la Mujer).

A la monoparentalidad se accede también a través de la viudedad, que no afecta por igual a hombres y mujeres, pues la esperanza de vida de las mujeres supera en siete puntos a la de los hombres. Una buena parte de las familias monoparentales procede de otras familias previas que con el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja se ven reducidas a un solo progenitor y a los hijos no emancipados. Se calcula que hay unas 51.200 viudas al frente de los hogares monoparentales de un total de 61.600 viudas o viudos con hijos a cargo.

Otra ruta posible de entrada a la monoparentalidad es —como se ha observado— la maternidad o paternidad solitaria al margen de la conyugalidad. Junto a las madres solteras, esto es, madres adolescentes o no con hijos, que

involuntariamente entran en la monoparentalidad, ha surgido un nuevo tipo de madre, que decide voluntariamente engendrar biológicamente o ejercer la maternidad en solitario, y que responde al perfil de una mujer que participa en el mercado laboral y que cuenta con autonomía económica. A ello debe añadirse el fenómeno, relativamente minoritario pero que va en aumento, del hombre soltero (hetero u homosexual) que opta por ejercer la paternidad en solitario, bien sea bajo la forma del acogimiento o de adopción de hijos.

Al margen de las indicadas rutas fundamentales, un acercamiento a la realidad sociológica de la estructura familiar del país posibilita contemplar la emigración como otra causa de aparición de la familia monoparental. Aunque no se conoce el peso real, existen casos de familias monoparentales protagonizados por los progenitores inmigrantes, esto es, mujeres embarazadas que traspasan la frontera y dan a luz en nuestro territorio, o madres o padres extranjeros que llegan con algún hijo menor y se instalan en nuestro país, haciéndose cargo temporalmente de los hijos hasta que consiguen reagrupar a toda la familia.

### 3. LOS PROBLEMAS QUE PADECEN LAS FAMILIAS MONOPARENTALES

La situación de monoparentalidad acarrea dificultades y problemas de diversa índole, derivadas de la ausencia parental de uno de los progenitores. No todas ellas están ligadas a la posición económica y la integración sociolaboral del que ostenta la jefatura monoparental, sino también a la atribución de la patria potestad y el desarrollo emocional y social de los hijos de los padres separados.

Merece la pena, ante todo, desglosar estas dos dimensiones porque, al margen de que no puede medirse sólo en términos económicos o laborales este fenómeno, existe una conexión íntima entre ambos, habida cuenta que un aspecto clave en las conformaciones monoparentales, reside en la definición de las relaciones de guarda y custodia, adjudicado generalmente de forma excluyente a la madre, concentrando en un solo progenitor la jefatura familiar.

Por lo que respecta a la relación de guarda de los hijos separados y la asistencia en el desarrollo social de los mismos en las familias monoparentales, se detecta un problema de desigualdad parental que redundan en perjuicio de los hijos de parejas separadas o divorciados.

Como es sabido, en los casos de quiebra del vínculo matrimonial, el criterio ordinario que se viene aplicando es el de atribuir la custodia a uno de los padres. A pesar de las políticas de igualdad de oportunidades entre hombre y mujer, de la evolución social y del derecho del menor a relacio-

narse con los dos padres, la guardia y custodia del menor se otorga a la madre en un 94 por 100 de casos, aplicándose al progenitor no custodio un régimen más o menos quincenal de visitas. No se trata de una decisión que el juez adopta ante la ausencia de convenio regulador o de acuerdo concreto; son los propios padres los que toman la decisión de que la custodia la ejerza la madre. Según estudios realizados, en el 93 por 100 de las rupturas acordadas (que representan el 64 por 100 de las rupturas totales), se acordó que ejerciese tal derecho la madre, lo que supone que gran parte de los hombres renuncian al ejercicio de la parentalidad. Esta tendencia cultural a otorgar el cuidado de los hijos a uno sólo de los conyuges (custodia monoparental), y en concreto a la madre no está claro que no resulte perjudicial al menor, pues, como consecuencia de la separación, se pierde el contacto directo con el padre y eso produce un daño afectivo en el menor que va a experimentar un déficit en su proceso de desarrollo de la personalidad y en el control de los impulsos. Ciertos autores encuentran una fuerte asociación estadística entre ausencia paterna y delincuencia y las variables de «contacto con el padre» y el rendimiento escolar (LLEDÓ SANDOVAL; CHOUHY).

Por otra parte, analizada la situación desde el plano de la integración social y laboral de quien ostenta la jefatura, se identifica la sobrecarga de trabajo como el más importante problema, que dificulta, cuando no imposibilita, garantizar de forma autónoma la supervivencia de la familia. El progenitor que se queda al cargo de la prole, tiene que hacer frente en solitario al grueso de las tareas de mantenimiento del hogar propiamente dichas (limpieza, cocina, etc.), así como a la responsabilidad de las cuestiones que afectan a sus hijos, proporcionándoles una serie de servicios y cuidados, haciendo, además, todo ello compatible con su otra actividad fuera del hogar. Ello constituye un problema especialmente grave para la madre sola, que, por lo general, pasa a tener una posición económica más débil que antes de la entrada en la monoparentalidad, merced a su adscripción cultural prevalente a las tareas domésticas, o a su posición menos favorable en el mercado de trabajo. En muchos casos se ve obligada a trabajar fuera del hogar, con unas posibilidades más reducidas de encontrar empleo con suficiente remuneración. Existe evidencia abundante de esto en los casos de madre sola, donde —como se dijo antes— se registra un alto porcentaje de activas en esta situación.

Unido a lo anterior, se advierte el problema de la ausencia de un servicio de apoyo al cuidado de los niños. El progenitor sólo no cuenta con ayudas externas para hacer compatible la familia y el empleo y se le plantean serias dificultades para atender a los menores en edad preescolar, las enfermedades de los hijos, o para cubrir los desajustes temporales entre jornada laboral y horarios y vacaciones escolares. La consecuencia de la doble carga suele ser que la esfera laboral acaba cediendo terreno parcial o totalmente a la personal. Ante la falta de apoyos externos, algunas madres solas se

ven abocadas a retirarse temporalmente del mercado de trabajo o a renunciar a parte de la jornada para dedicarse a la atención y cuidado de los hijos. Y en no pocos casos, supone la expulsión del mercado de trabajo como consecuencia de las múltiples ausencias, y permisos que han de solicitar a la empresa para atender los requerimientos de los hijos menores.

Por último, es obligado mencionar la situación de riesgo de exclusión social en que se encuentran las familias monoparentales, como consecuencia de las dificultades económicas sobrevenidas. No debe olvidarse que en muchos casos de monoparentalidad vinculada a la separación matrimonial, no se derivan ingresos propios, o bien se percibe una pensión que no garantiza la autosuficiencia a la familia monoparental; de manera que el incumplimiento del pago de las pensiones, puede desembocar fácilmente en los procesos de la pobreza y la exclusión. Por otra parte, el abandono o la expulsión del mercado de trabajo por cuidado de hijos cuando no hay una fuente de ingresos o rentas suficientes, conduce irremisiblemente también a las situaciones de pobreza. Junto a todo lo anterior intervienen también en alguna medida las muy bajas pensiones de viudedad que se perciben, que se tornan asimismo en circunstancias causantes de estos procesos de pobreza. Desde luego, está suficientemente demostrada la relación entre monoparentalidad y pobreza. Distintos estudios ponen de relieve que una de cada tres familias monoparentales encabezadas por una mujer es pobre o muy pobre (SARIEGO). En consecuencia, los progenitores monoparentales (madres especialmente) parecen firmes candidatas a entrar en la pobreza y, en bastantes casos, a padecer incluso la exclusión social.

#### 4. EL TRATAMIENTO DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Tras este acercamiento preliminar a las connotaciones sociales, las causas y los problemas que derivan de la monoparentalidad, procede entrar en el análisis del estado legislativo actual. Metodológicamente, su estudio se hará siguiendo los ámbitos o centros de imputación normativa donde se proyecta principalmente la situación de la monoparentalidad. El objetivo es obtener una idea, lo más aproximada posible, de la atención que, directa o indirectamente, presta el ordenamiento jurídico a las familias monoparentales.

El análisis se realizará, como se ha señalado al principio, desde una triple perspectiva: a) Constitucional: se trata de ver si el concepto de familia protegida por la CE acoge la familia monoparental; b) Derecho civil: se abordará el problema de la custodia de los hijos en los casos de padres separados, por ser la ruptura matrimonial y la asunción del cuidado de los hijos uno de los elementos determinantes de la configuración de la familia monoparental; c) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: se plantea-



rá, por un lado, si las medidas laborales atienden a la problemática del progenitor monoparental, fundamentalmente, al aumento de carga de trabajo que deriva de la suma de obligaciones familiares y laborales; y, por otro, si las previsiones vigentes en materia de prestaciones y servicios sociales protegen las situaciones de necesidad de las familias monoparentales.

La aproximación jurídica al problema se completará con el análisis de las medidas que se vienen impulsando a favor de la familia, señaladamente desde el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2001-2004, de 8 de noviembre de 2001, y con el estudio de las actuaciones de los poderes públicos en relación con la prevención de los riesgos de exclusión social.

#### 4.1. El concepto de familia protegida por la Constitución Española

La Constitución Española no contiene una definición expresa de la realidad familiar. El art. 39. 1 CE sólo alude a la familia como objeto de protección social, económica y jurídica por parte de los poderes públicos, pero sin dar una noción de la misma. Por lo que no existe un reconocimiento explícito de la familia monoparental.

No obstante, el art. 39. 1 CE, al no hacer referencia en ningún momento al matrimonio, permite entender —como el propio Tribunal Constitucional ha admitido— que la familia protegida constitucionalmente no tiene que ser necesariamente la que tiene su origen en el matrimonio (STC 222/92). El Tribunal Constitucional, desmarcándose de la concepción de la familia contenida en el Código Civil, tiene declarado que el concepto constitucional de familia se corresponde con la formada por un conjunto de personas unidas entre sí por lazos de parentesco o «conyugalidad», sin necesidad de que la convivencia se base y origine en el vínculo jurídico del matrimonio (RIVAS), por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. De alguna manera, se reconoce que el art. 39.1 CE extiende su protección a la familia fundada en el matrimonio y también a aquellas otras formadas sobre otra relación de convivencia.

Por otra parte, el apartado 2 del art. 39 CE, que se refiere a los componentes de la familia, dice que «los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos (...) y de las madres cualquiera que sea su estado civil». Parece que lo determinante para la protección de la familia no es sólo la convivencia o unión afectiva y estable entre dos personas, sino también la existencia de hijos. Una vez que se está en presencia de hijo, no cabe excluir la consideración de familia.

Pero es que además, de este apartado 2 se deduce implícitamente un reconocimiento de una determinada familia monoparental, la formada por los hijos y uno de los progenitores, en concreto, la madre, cualquiera que

sea su estado civil, en la medida en que a ambos se les hace objeto de protección conjunta.

Ahora bien, el entramado plural de situaciones que componen la realidad de la familia monoparental, trasciende, sin embargo, la relación específica de la madre con el hijo. El enunciado del art. 39.2 CE no contempla la realidad familiar integrada por el padre (hombre soltero, separado o divorciado) que asume en solitario el cuidado cotidiano de su progenie. Pero esa referencia a la madre sola en el artículo mencionado no puede ser considerada como limitativa de las situaciones que integran la familia monoparental protegida constitucionalmente, porque ya la sola existencia de hijos se convierte en presupuesto para que se reconozca sin más la existencia de familia, por lo que ha de estimarse que la enumeración constitucional no agota el entramado de situaciones de monoparentalidad protegidas, debiendo incluirse el tipo de paternidad solitaria o extraconyugal.

En suma, ya sea porque el contenido constitucional del art. 39.1 acoge distintas realidades de convivencia familiar, o ya sea porque el apartado 2 dispensa protección a toda relación parental, lo que resulta de ambos principios es que la Constitución protege igualmente a las estructuras integradas por un progenitor sólo y su progenie, independientemente de cuál sea la causa originaria de la monoparentalidad.

#### 4.2. El régimen de la custodia de los hijos en los tipos de monoparentalidad vinculada a la conyugalidad

Dado que una de las «causas precipitadoras» de la monoparentalidad es la ruptura del vínculo matrimonial con existencia de progenie, el análisis que interesa desde el punto de vista del Derecho Civil es el de las instituciones que dan lugar a la entrada en la monoparentalidad, en concreto, la atribución de la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores separados o divorciados. Por tanto, nos centraremos únicamente en las cuestiones que afectan al régimen legal de guarda y custodia de los hijos separados o divorciados.

Recientemente se ha producido un cambio trascendental en esta materia, tras la aprobación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Sus efectos apenas se han hecho notar, porque ha transcurrido muy poco tiempo. Por ello y por cuanto se trata de analizar la situación actual y las causas determinantes de la misma, nos ocuparemos de las disposiciones que han estado en vigor durante todo este tiempo pasado, sin perjuicio de examinar atentamente, más adelante los cambios que trae la nueva Ley de reforma del divorcio.



En nuestro Derecho matrimonial, la anterior Ley del divorcio 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, sólo contemplaba la posibilidad de que la guarda y custodia se diese al padre o a la madre; esto es, se inclinaba a favor de la custodia monoparental. Este es el criterio ordinario que se ha seguido en los convenios reguladores y el que han venido aplicando los Tribunales ante la ausencia de convenio regulador o de acuerdo concreto.

En caso de conflictos personales, el criterio básico a que debía atenderse el juez en la adopción de la guarda o custodia era el *favor filii* (LA CRUZ BERDEJO y OTROS), o lo más beneficioso para los hijos, para cuya ponderación no se proporcionaba criterio de discernimiento alguno, salvo el de la no separación de los hermanos. En todo caso, quedaba excluido tomar en consideración la vieja idea de culpabilidad del cónyuge, que en el antiguo modelo de la separación justificaba que éste quedase aislado, o la obligación de otorgar la guarda a favor de la madre del hijo atendiendo a su corta edad, por ser contrarios al principio de igualdad de sexo. No obstante, y a pesar de la derogación de estos criterios y la evolución social, se ha tendido notoria e injustificadamente a ignorar al padre, otorgando generalmente a la madre la custodia de los hijos menores, dando lugar a la mayoritaria presencia de familias matrifocales.

Al progenitor privado de la guarda y custodia (el padre, normalmente) se le ha venido reconociendo sólo el derecho denominado de visita (art. 94 CC), que en la teoría es algo más amplio que como en la práctica se disciplina. Comprende no sólo el derecho del padre e hijo a verse durante una serie de horas, sin pernoctar, bien sea en el domicilio del progenitor guardador, o en otro lugar, sino el derecho a mantener entre ellos una comunicación a través de los medios de comunicación (correo, teléfono, correo electrónico, etc.), sin que pueda ser intervenida por el progenitor guardador — que debe además, facilitar dicha comunicación—, así como el derecho del progenitor no custodio a tener al hijo en su compañía, pernoctando en su domicilio, bien los fines de semana o en periodo de vacaciones escolares (MONTERO AROCA).

No obstante, cabía que la guarda y custodia fuese compartida; esto es, que se atribuyera a los dos progenitores con alternativas de temporalidad. La posibilidad de la custodia compartida no se negaba en la ley; ningún precepto lo prohibía expresamente. Pero los Tribunales han sido muy remisos a concederla, por considerar que la custodia compartida no es adecuada ni coherente con el *favor filii*, en cuanto «que se revela como permanente fuente de conflictos con repercusión perniciosa en el estado de los hijos menores» (SAP Girona de 9 febrero de 2000) y representa un continuo cambio no solo de ámbito familiar, sino de hábitos y costumbres del hijo con la consiguiente repercusión en su formación integral (SAP Barcelona de 23 de septiembre de 1999).

No obstante, algunas sentencias aisladas han admitido la tutela compartida, atendiendo a las singulares circunstancias de proximidad de las viviendas de los familiares que facilitaban el que el niño no viese agravada la situación por la modificación de sus entorno y la pérdida de la cercanía del padre y de la madre (SAP Barcelona de 16 de septiembre de 1998). Este régimen no se limitaba sólo a los casos de acuerdo entre los progenitores, sino que podía ser concedido por el juez como medida en beneficio del hijo, aun sin solicitarlo ninguno de ellos. Así, al menos la SAP de Valencia de 22 de abril de 1999, al señalar que la custodia compartida puede plantearse de oficio el Tribunal, por cuanto los principios de rogación y congruencia no rigen en materia que afecte al interés público de resolver en beneficio del niño.

La tendencia cultural y judicial a otorgar la custodia del hijo a la madre ha influido decisivamente en la configuración de la familia monoparental, arrojando el resultado —ya señalado— de que la mayoría de las familias monoparentales estén encabezadas por una mujer. Pero lo grave no es que haya venido a romper la aparente neutralidad de la familia monoparental, conformando una familia matrifocal, sino el fuerte impacto negativo que tiene sobre la situación profesional y las condiciones de integración sociolaboral de la mujer en España.

Esta adjudicación a la mujer de la guarda y custodia de los menores ha venido a perpetuar el papel tradicional como responsable en exclusividad de las tareas domésticas y en particular de las tareas de atención a los hijos menores de su familia. Además, a las madres que trabajan fuera del hogar, esa situación les exige un aumento, aún más, si cabe, de la carga de trabajo sin posible descarga de ella, y les entraña diversos riesgos, entre otros, el de perder su empleo por decisión del empresario como consecuencia de las ausencias al trabajo por atención de los hijos. Y para la madre que se encuentre en desempleo, la atribución en exclusiva de los hijos suele desencadenar problemas aun más graves, porque sus expectativas de encontrar empleo se reducen considerablemente, por el recelo empresarial a contratar a una mujer sola separada o divorciada con hijos a cargo, lo que suele acabar generando con frecuencia, situaciones de pobreza y aun de exclusión social, que afectan no solo a las propias madres solas, sino también al núcleo familiar.

#### **4.3. La virtualidad aplicada de las medidas laborales (en especial, de los instrumentos de conciliación laboral y familiar) a las familias monoparentales**

En el ámbito laboral no se otorga un tratamiento específico a las familias monoparentales. La particular situación de liderazgo solitario y de sobrecarga que sufre el progenitor solo no es contemplada, ni hay, por tanto,



una política laboral específicamente dirigida a proteger a la mujer sola de su debilidad laboral y de su posible pérdida de empleo y a garantizar una suficiencia económica.

En ausencia de una política global que contemple de forma integral la problemática laboral de la mujer sola, resulta obligado un análisis diferenciado de los distintos tipos de medidas legales de carácter estrictamente laboral, que pueden estar orientadas a servir a las necesidades de la estructura familiar monoparental, así como de los dispositivos de garantía dirigidos a combatir todas las formas de discriminación en relación con la utilización de los instrumentos de conciliación de la vida familiar y laboral.

1) En primer lugar, habrá que mencionar las medidas articuladas como instrumento de conciliación de la vida familiar y laboral y los mecanismos relativos a la reducción del tiempo de trabajo

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que modificó diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, contiene interesantes medidas destinadas a garantizar la compatibilidad entre trabajo y familia y a impedir que las responsabilidades familiares sean un obstáculo a la integración de la mujer en el mercado de trabajo, partiendo del hecho objetivo de que en las relaciones familiares el cuidado de la familia y la crianza de los hijos los asume la mujer.

Pero la Ley está basada en un modelo de participación dual en el que ambos progenitores tienen la responsabilidad de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos y están en disposición de colaborar en la vida familiar. Su finalidad es obtener una distribución igualitaria entre los dos progenitores convivientes, de las responsabilidades familiares. Su enfoque revela, pues, ciertas limitaciones en la práctica, en relación con las familias monoparentales, en que un solo progenitor asume todas las responsabilidades familiares. Con todo, no cabe descartar su total operatividad, pues nada impide, salvo en los casos de madres u hombres solteros que deciden engendrar y/o ejercer la paternidad en solitario, que ambos padres continúen ejerciendo la responsabilidad para con los hijos, a pesar de la separación o el divorcio.

Se trata de ver en qué medida los distintos instrumentos de conciliación de la vida laboral y familiar, previstos en el Estatuto de los Trabajadores, se adecuan a las necesidades de la estructura familiar integrada por un progenitor y su progenie.

Nos detendremos únicamente en las concretas medidas de corresponsabilidad familiar, relacionadas con el cuidado de hijos menores, que presentan una significación especial para la familia monoparental.

a) Permisos por enfermedad, accidente y hospitalización:

El art. 37.3, b) ET permite al trabajador ausentarse dos días por enfermedad, accidente u hospitalización de parientes con los que exista una relación de parentesco de primer o segundo grado, dentro de la cual están los

hijos. Las contingencias por las que puede solicitarse este permiso son, entre otras, la enfermedad, accidente u hospitalización del menor a cargo del trabajador. El derecho asiste de igual modo a las madres y padres solteros, a los separados o divorciados con progenie a su cargo y a los padres no custodios, así como a las mujeres viudas con hijos, y por supuesto a cualquier padre y madre convivientes. No existe, además, limitación numérica, por lo que el progenitor solitario podrá disponer del derecho tantas veces como situaciones justificadas se produzcan, siempre que se trate de diferentes enfermedades o accidentes acontecidos. No obstante, la norma exige que el accidente y enfermedad sean graves. Por tanto, no alcanza a cubrir cualquier dolencia o incidente de un familiar. Esto constituye un inconveniente especialmente grave para el progenitor solitario, que asume normalmente la totalidad de los cuidados de los hijos por falta de ayuda de su otro progenitor no custodio, porque se ven obligados a solicitar permisos no retribuidos o a descontarlos de las vacaciones.

b) Permiso por lactancia:

El apartado. 4 del art. 37 prevé, además, un permiso retribuido por lactancia de un hijo menor de nueve meses. Esta situación permite al trabajador y a la trabajadora, optar entre ausentarse al trabajo durante una hora con posibilidad de dividir en dos fracciones, o reducir la jornada en media hora. Dicho permiso puede ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre, pero éste sólo en el caso de que ambos trabajen. En realidad, el titular del derecho es la madre y el trabajador solo puede disfrutarlo cuando la madre renuncia a su favor. La regla tiene cierta lógica, pues, tratándose de lactancia natural, la asignación del derecho corresponde en exclusiva a la madre (MENÉNDEZ). Pero no resulta del todo correcta, pues en caso de lactancia artificial resulta igualmente practicable por hombre y por la mujer. Tratándose de padres separados, el permiso podrá solicitarlo el padre no custodio si la madre renuncia a su favor. En todo caso, la exigencia de que el padre y la madre trabajen, supone la privación del derecho al progenitor solo o sin pareja, que eventualmente tuviera que atender a la alimentación del bebé en los supuestos de viudedad, separación o adopción. Hay quien considera que esta configuración del derecho resulta inconstitucional por ser contrario a la discriminación por razón de estado civil de los padres (LOUSADA)

c) El derecho de ausencia del trabajo o reducción de jornada por hospitalización de hijo prematuro o neonato:

El nuevo apartado 4 bis del art. 37 ET (incorporado por la Disposición adicional octava. 1.a de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad) reconoce un permiso adicional por cuidado del hijo prematuro o neonato hospitalizado, a fin de compatibilizar el disfrute por maternidad/paternidad con la hospitalización del recién nacido. Este permiso da derecho al trabajador a ausentarse del trabajo durante una hora sin me-



noscabo de la retribución, o a reducir su jornada laboral hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional de su salario, en los supuestos en que el niño nazca prematuramente y necesite internamiento hospitalario o nazca de forma normal y requiera hospitalización. Para su disfrute no se exige, a diferencia del permiso anterior, que ambos padres trabajen, por lo que puede hacer uso del mismo cualquiera de los progenitores que trabaje, aunque el otro no, pues la razón por la que se incorpora este derecho es para procurar la atención afectiva al niño, porque se entiende que el cuidado lo garantiza el centro donde está internado (MENÉNDEZ). En el caso de hijo biológico, lo normal es que lo solicite el padre, ya que la madre habrá de disfrutar necesariamente, durante las seis semanas siguientes al parto, del descanso obligatorio por maternidad.

En cuanto a su aplicación a las familias monoparentales, ningún problema debe haber para que este derecho pueda ser disfrutado por el progenitor no conviviente, en el caso de ruptura del vínculo matrimonial. Esta interpretación se impone no ya solo porque la norma, en la relación de sujetos causantes del derecho, alude al padre y a la madre sin exigencia alguna de convivencia entre ellos, sino porque el fin de la norma es igualar la responsabilidad parental y revalorizar el papel del padre en su responsabilidad con los hijos, permitiéndole disponer de más tiempo para la dedicación al hijo. Es, por tanto, una posibilidad abierta en beneficio del menor y también para la mejor realización del interés del progenitor, que no puede negarse al progenitor no custodio.

d) La reducción de jornada por cuidado de hijo menor de seis años:

Otra medida laboral dirigida a garantizar la compatibilidad entre el trabajo externo y las responsabilidades familiares es la reducción de la jornada por cuidado de hijo menor de seis años. El art. 37.5 ET posibilita que el trabajador que, por razón de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de seis años, pueda reducir la jornada de trabajo con una disminución proporcional de salario entre un mínimo de un tercio y un máximo de la mitad de la duración de la misma.

El derecho se reconoce indistinta e individualmente al padre o a la madre y sin preferencia alguna por parte de ésta en caso de vínculo matrimonial con el otro progenitor. No obstante, conviene tener presente que sólo quien «tenga a su cuidado directo» al menor de seis años, tendrá derecho a esa reducción. El precepto parece estar orientado hacia quienes ejercen realmente la patria potestad o tutela sobre el menor de seis años, por lo que los padres biológicos y adoptivos y el tutor del menor serán sujetos beneficiarios en tanto en cuanto asuman realmente su cuidado. Este requisito excluye de la titularidad del derecho a aquellos padres no custodios, que reciban a sus hijos esporádicamente durante el fin de semana o en vacaciones.

En los posibles casos de custodia compartida, se sobreentiende, aunque no queda claro en la ley, que la reducción de jornada puede ser disfru-

tada de forma alternativa o sucesiva por ambos cónyuges con independencia de que estén separados o divorciados, en función del reparto del tiempo del menor con cada uno (MENÉNDEZ)

De todas formas, esta medida conciliadora de la reducción de la jornada no goza de gran aceptación entre las mujeres, en general, y las madres monoparentales, en particular, bien sea por factores de tipo económico o bien por razones de tipo profesional. Se trata de una opción que supone la renuncia del salario que normalmente percibe la trabajadora, lo que en el caso de algunas familias monoparentales sin otra fuente de ingresos, puede acarrear dificultades financieras para la propia supervivencia de la familia. Existe, por otra parte, el temor a las consecuencias negativas que el uso de tal reducción pueda tener en su carrera profesional. Muchas piensan que ello puede implicar escasas posibilidades de promoción o de incrementos salariales, o una no consolidación del puesto de trabajo.

e) Excedencia por cuidado de hijos:

El elenco de medidas favorecedoras de la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales con cierta relevancia en el ámbito de la familia monoparental se completa con la referencia a la «excedencia por cuidado de hijos». Según lo dispuesto en el art. 46.3 ET, los trabajadores tienen derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender el cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha del nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

La figura abarca los supuestos de excedencia por maternidad o paternidad, siendo titulares de tal derecho los cónyuges (con hijo menor de 3 años a cargo) y el padre o la madre solteros, también con hijo a cargo menor de tres años. Es decir, basta la relación de filiación sin que se requiera el vínculo matrimonial con el otro cónyuge para que pueda solicitarse el derecho a la excedencia.

Dado que el fin específico es atender al cuidado del hijo menor de 3 años, de la misma manera que sucedía en la reducción por cuidado de hijo, solo el padre o la madre que se ocupe efectivamente del cuidado del menor podrá solicitar esta excedencia. Asimismo, como la excedencia no es retribuida y, además, solo se establece el derecho a reserva de puesto de trabajo durante el primer año, será una opción que estará condicionada a las necesidades económicas que padece el cabeza de familia monoparental. Teniendo en cuenta su menor estatus económico, cabe pensar que difícilmente va a sacrificar su sustento y el de sus hijos por una mayor atención y cuidado de éstos, salvo en situaciones límite de carencia total o relativa de servicios o infraestructura de apoyo para el cuidado de sus hijos.

f) Por último, otro campo de actuación en la protección de la familia lo constituyen las garantías establecidas por la propia ley de conciliación de

la vida familiar y laboral (art. Séptimo) frente a las medidas discriminatorias del empresario por el ejercicio de los derechos vinculados a la reducción de la jornada o excedencia por cuidado de hijos.

Los permisos, reducciones y situaciones suspensivas, contempladas específicamente para la compatibilidad de la vida familiar y laboral, o bien para atender las necesidades derivadas de la maternidad/paternidad o el cuidado de los hijos menores, están protegidos por la atribución de una serie de derechos instrumentales o garantías frente a posibles actuaciones arbitrarias del empresario. Estas garantías pretenden asegurar la permanencia en la empresa del trabajador o trabajadora que disfruta alguno de aquellos permisos por causa de su maternidad o paternidad, actuando frente al ámbito lícito de despido del empresario.

Dichas garantías se establecen de forma independiente por completo del estado civil (casado, soltero, separado o divorciado) del padre o de la madre que ejercite el derecho, con lo que asisten por igual al cónyuge casado que convive habitualmente en pareja, y al progenitor soltero o separado conyugalmente, o al que no está unido por una relación de convivencia análoga a la del matrimonio

La cautela principal consiste en la prohibición de despedir al progenitor que se halla en situación de suspensión por maternidad o paternidad biológica o adoptiva o por acogimiento preadoptivo o permanente de menores de seis años, y al que se encuentra disfrutando de la reducción de jornada por lactancia y por guarda legal o de la excedencia por cuidado de hijos o familiares, o haya solicitado uno de los referidos permisos o excedencias.

El despido, sea disciplinario o por causas objetivas, durante las referidas situaciones determina la nulidad del mismo, salvo que se produzca por motivos no relacionados con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señaladas (arts. 55.5, 53.4 ET y 108.2 y 122.2 LPL, en la redacción dada por la Ley 39/1999). Se establece, así, una presunción de ilicitud destruible por el empresario mediante prueba en contrario, que acredite la procedencia de la decisión extintiva.

La nulidad acarrea la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET), sin posibilidad de extinción indemnizada de la relación laboral.

La segunda de las garantías previstas es el no cómputo como falta de asistencia, a los efectos de extinción del contrato por absentismo laboral (art. 52, d ET), de los permisos o reducciones de jornada por lactancia, hospitalización puerperal de los hijos y por guarda legal.

2) Al margen de la Ley 39/1999 y de las medidas dirigidas a la conciliación de la vida familiar y laboral, otros preceptos legales de contenido laboral se reputan también aplicables a la familia monoparental. Por un lado, se considera que también pueden ser extensibles a ésta los que recogen los derechos laborales de protección contra la violencia de género; y, por otro,

se piensa que les puede afectar el precepto estatutario (art. 40.3 ET) que establece el derecho del consorte al traslado de localidad.

Respecto a lo primero, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, en su artículo 21.1, reconoce a la trabajadora víctima de violencia el derecho «a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa» (nuevo párrafo 7.º del art. 37 ET).

Dicho derecho a la modificación en la jornada y tiempo de trabajo únicamente corresponde a las mujeres que hayan sufrido violencia de género en los términos descritos en la LO 1/2004, es decir, las víctimas de maltrato infligido por un hombre ligado a la víctima por relación de afectividad, y sólo podrán hacerlo valer con la finalidad de «hacer efectiva la protección o su derecho a la asistencia integral», y no, por tanto, por «mera conveniencia o ventaja» (FERNÁNDEZ LÓPEZ).

La Ley Orgánica deja sin resolver la cuestión, siempre polémica, de la concreción horaria del derecho. Opta, simplemente por remitir, en primer término al convenio colectivo, o, en su defecto, al acuerdo individual entre el empresario y trabajador, y en último extremo, a la decisión unilateral de la trabajadora, siendo el juez el que, en caso de oposición del empresario, debe resolver las posibles discrepancias.

Además del referido derecho, el nuevo apartado 3 bis del art. 40 ET introducido por la Disp. Adic. 7.ª de la LO 1/2004, prevé otro derecho laboral para las trabajadoras víctimas de la violación de género que se ven obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios. Es «el derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo». No se está propiamente ante un caso de traslado sino de movilidad geográfica, porque «el traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora. Terminado este periodo la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo».

Estas medidas laborales se complementan con otros beneficios de Seguridad Social y ayudas sociales para las trabajadoras, así como con medidas de apoyo indirecto, como la inclusión en el Plan de Empleo de un Programa específico, que tienden a facilitar la vida laboral de la mujer víctima de violencia con sus especiales circunstancias, y a asegurar su independencia económica y profesional.

En muchos supuestos de familia monoparental, la situación de violencia actúa como una antesala de la ruptura conyugal, y a veces no deja de ser



un fenómeno presente, aun cuando deja de haber convivencia, por lo que las medidas señaladas se revelan absolutamente idóneas para proporcionar protección y amparo a las madres solas con hijos, frente a la violencia que pueda ejercer su excónyuge.

Por lo que se refiere al otro precepto, el art. 40. 3 ET, en él se recoge el derecho del consorte a ser trasladado a la misma localidad a la que previamente ha sido trasladado su esposo o esposa cuando ello implica cambio de domicilio y ambos cónyuges trabajen en la misma empresa, siempre que exista un puesto de trabajo vacante, aunque sea de inferior categoría, en el centro de trabajo de destino.

Pueden surgir dudas en torno a su aplicación a la monoparentalidad derivada de ruptura matrimonial, por cuanto la medida parece estar orientada a garantizar el mantenimiento de la convivencia en el seno del grupo familiar, y, en concreto, de la familia formada por vínculo matrimonial, pues se alude solo a cónyuges» y no a convivientes de hecho. Esposa y esposo podrán disfrutar recíprocamente de tal derecho y en las mismas condiciones, si mantienen una convivencia. Esto sugiere que, de producirse la separación o ruptura entre los cónyuges, desaparece el presupuesto base sobre el que descansa el derecho del art. 40.3 ET y, por tanto, la posibilidad de su aplicación a uno de los cónyuges separados o divorciados en los casos de monoparentalidad, originada por separación, divorcio o nulidad del matrimonio.

Pero, dado que lo relevante no es solo la relación de pareja, sino complementariamente, en caso de haberla, también la relación paterno-filial (ALEMÁN), se puede interpretar que el precepto da cobertura también a los supuestos de separación o ruptura matrimonial, siempre que exista relación de filiación con el menor al que se quiere dar cuidados.

En todo caso, no es una conclusión muy segura y lo deseable sería garantizar de forma expresa tal derecho, para evitar hacer a los hijos de padres separados o divorciados de peor condición que a los hijos de un matrimonio no separado.

#### **4.4. La protección de las necesidades de la familia monoparental por el sistema de Seguridad Social**

En nuestro Sistema de Seguridad Social, la familia monoparental, aun cuando no se hace merecedora de una protección específica como tal, goza de una protección similar a la familia de carácter conyugal, dado que hay un principio de protección del cónyuge y de los hijos con independencia de que sobrevenga la separación y el divorcio. Además, aunque se da prevalencia al tipo de familia conyugal, resultan también protegidas otras formas de convivencia como, por ejemplo, la integrada por un solo progenitor y su

progenie, pues, a menudo se hace referencia exclusivamente a la cualidad materno/paterno filial. Se dispensa protección, en todo caso, a los hijos al margen de que puedan serlo de padre o madre solteros, con lo que en algunos supuestos la protección alcanza hasta las situaciones de monoparentalidad no vinculados a la conyugalidad previa.

Esta equiparación se da especialmente en dos tipos de prestaciones: la prestación familiar por hijo a cargo, y la prestación de la asistencia sanitaria. La prestación familiar relativa a la asignación económica por hijo o menor acogido (novedad de la Ley 52/2003) a cargo constituye la típica manifestación protectora de la Seguridad Social que se satisface en razón de los hijos que el beneficiario tiene a cargo (arts. 181 a 184 y 189 y 190 TRLGSS). Se trata de una prestación económica de carácter no contributivo, que se otorga —en función de los ingresos familiares que se establecen en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales (ingresos anuales inferiores a la suma de 8.495,69 euros más un 15% por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo)— por cada hijo menor de 18 años (o incluso mayor si está afectado de una misnusvalía igual o superior al 65%), que esté a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o adoptivo. La cuantía de la asignación, en el supuesto de hijo o acogido, menor de 18 años, es de 291 euros anuales. Potenciales beneficiarios de esta prestación pueden ser también el padre o la madre monoparentales por los hijos integrantes de los distintos supuestos de familia monoparental, siempre que reúnan las condiciones para ello.

Por su parte, la prestación de asistencia sanitaria por enfermedad, accidente, maternidad y accidente, si bien se ha universalizado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, aún se presta diferenciando entre el titular del derecho y sus beneficiarios. Son titulares de este derecho, entre otros, los trabajadores por cuenta ajena y los pensionistas de la Seguridad Social o asimilados. Y tienen la consideración de beneficiarios, entre otros, los familiares o asimilados de los titulares del derecho (el cónyuge, descendientes, ... que convivan con el titular y a sus expensas, sin realizar trabajo remunerado, ni percibir rentas superiores al doble del SMI), los menores en acogimiento legal o en adopción, y los separados y divorciados junto con los descendientes que en la fecha de la ruptura matrimonial figurasen como beneficiarios en la cartilla de Asistencia sanitaria de su cónyuge siempre que no tengan derecho a la asistencia por otro concepto. Como asimilado, se incluye también, a los acogidos de hecho, excepcionalmente y previo acuerdo en cada caso de la Dirección Provincial del INSS (art. 2.2. b, 2.º D.A S, RD 2766/1967, 16 de noviembre, sobre asistencia sanitaria de Régimen general de la Seguridad Social; Resolución de la Secretaria General de la Seguridad Social de 11 de noviembre de 1985). Para tener la condición de beneficiario es condición indispensable el convivir con el titular

del derecho y a sus expensas; no obstante, en los supuestos de separación o divorcio se hace una excepción, eximiendo de tal requisito. En relación con la familia monoparental, no debe haber tampoco problema alguno para que la prestación se otorgue a sus miembros en los distintos supuestos de monoparentalidad, ya sean de origen, ya sean derivados de una ruptura de un vínculo matrimonial, o del fallecimiento de uno de los progenitores. La asistencia sanitaria se proporcionará, tanto si el progenitor sólo tiene derecho propio, como si tiene la condición de beneficiario por la existencia previa de vínculo matrimonial.

En los supuestos de muerte y supervivencia, se prevé también un régimen de protección que alcanza distintos supuestos de monoparentalidad, ya sean derivados de la ruptura de una relación matrimonial o del fallecimiento de uno de los progenitores. Las prestaciones que cubren tales contingencias son las pensiones de viudedad, de orfandad y a favor de familiares. Estas prestaciones están destinadas a compensar económicamente la pérdida o minoración de ingresos que provoca el fallecimiento del miembro de la familia (cónyuge, padre o madre) que contribuía al sustento de la familia, independientemente de la convivencia en el momento del hecho causante.

La pensión de viudedad se reconoce solo al cónyuge superviviente, al que haya convivido con el cónyuge fallecido, siendo, por tanto, requisito inexcusable la existencia del vínculo matrimonial. No podrán acceder a la misma los progenitores solos (padre o madre solteros) por la muerte del otro progenitor de sus hijos, en los casos de monoparentalidad no vinculada a la conyugalidad. No obstante, tienen derecho a la pensión de viudedad los cónyuges monoparentales separados o divorciados con ocasión del fallecimiento de su excónyuge, pues, tras las Ley 30/1981 (Ley de divorcio) Disp. Adic. 10.<sup>a</sup>, quedó derogado el requisito de la convivencia y, a tenor del art. 174.2 TRLGSS, se considera beneficiario a quien, en los casos de separación o divorcio, sea o haya sido cónyuge legítimo (en el último caso siempre que no hubiere contraído nuevas nupcias), en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido. Igualmente podrá acceder a la pensión el cónyuge monoparental superviviente en los casos de nulidad matrimonial, siempre que no se aprecie mala fe y no haya contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante.

Tal pensión deberá calcularse, en caso de concurrencia de beneficiarios, según el criterio sentado en la STS 21 de marzo de 1995, AS 2171 y las Instrucciones dadas por el INSS en la Circular núm. 27/1997 de 20 de febrero, prorrateándose el tiempo de convivencia parcial del excónyuge superviviente separado con el causante, tomando como unidad temporal de referencia el periodo transcurrido desde la fecha del primer matrimonio hasta el fallecimiento del causante, entendiéndose por tiempo de convivencia el tiempo transcurrido desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de efectos de la separación judicial, del divorcio o de la nulidad declarados por sen-

tencia firme, o de poderse deducir de los hechos probados de la sentencia, hasta la fecha de la sentencia de separación, divorcio o nulidad. El prorrateo procede aunque el cónyuge superviviente no concorra con otros beneficiarios (cónyuges supervivientes), por lo que no puede percibir la pensión íntegra.

En lo que atañe a la protección por orfandad, tampoco se advierten grandes diferencias entre el tratamiento dado a la familia integrada por los dos progenitores y el dispensado a la familia monoparental. La condición de beneficiario se otorga a los hijos del causante (menores de 18 años, e incluso mayores de 18 años si no realizan trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, hasta los 22 ó 24 años de edad en caso de orfandad absoluta), cualquiera que sea el estado civil o la situación matrimonial del cónyuge fallecido (art. 175.1 y 2 TRLGSS). No hay diferencias entre los hijos del causante matrimoniales y los no matrimoniales, ni entre los hijos de padres que conviven juntos y los de padres separados o divorciados. Son también beneficiarios los hijos adoptivos, cuya adopción haya tenido lugar dos años antes del fallecimiento del padre adoptante (art. 16.2 OMS) y los aportados al matrimonio por el cónyuge superviviente sean de adopción o no), siempre que el matrimonio se hubiere celebrado como mínimo dos años antes del fallecimiento del causante, y no tenga derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni existan familiares obligados o con posibilidad de prestar alimentos (art. 16.3 OMS)

Dentro de las distintas figuras de familia monoparental, únicamente quedan fuera de la protección por orfandad los hijos aportados por la pareja superviviente en los casos de convivencia extramatrimonial (pareja de hecho o de monoparentalidad sin existencia previa de conyugalidad) y los hijos acogidos (en caso de fallecimiento de éste) por la persona a quien hubiese sido confiado (RODRÍGUEZ INIESTA) su guarda y educación.

También se produce una situación de desventaja comparativa de los hijos huérfanos de una familia monoparental en relación con el incremento de la pensión de orfandad. La pensión equivalente al 20 por 100 de la base reguladora del causante se puede acrecentar con el porcentaje de la pensión de viudedad cuando a la muerte del causante no queda cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma» (art. 17.2 OMS). Esto que es aplicable en supuestos de convivencia matrimonial, sin embargo, no juega en el caso de madre soltera o de maternidad extramatrimonial, porque los tribunales se niegan a asimilar la figura de madre soltera a «cónyuge sobreviviente» al entender que en estos casos no hay lugar a la pensión de viudedad a favor del otro progenitor (STSJ Asturias 18 de febrero de 2000, AS 263) (RODRÍGUEZ INIESTA)

Sobre las prestaciones a favor de familiares, que constituye la tercera de las prestaciones otorgadas con ocasión del fallecimiento del sujeto cau-



sante, no procede hacer referencia alguna, por la propia definición de la familia monoparental que se ha ido formulando y que no comprende mas que un padre o madre y uno o varios hijos menores de edad. Estas prestaciones se conceden a los parientes del causante (nietos, hermanos, padres, madres, etc.) mayores de 18 años, que conviven con el causante en dependencia económica del mismo y que tras el fallecimiento de éste, se encuentran en situación de desamparo semejante al de un huérfano. Los referidos elementos definitorios de la condición de beneficiario de dicha prestación llevan a descartar la posibilidad de que puedan causar derecho a las mismas los hijos de familias monoparentales.

#### **4.5. La contemplación de la familia monoparental en el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2001-2004**

El Plan Integral de Apoyo a la familia 2001-2004 reconoce, de alguna manera, la problemática de la familia monoparental, al señalar que «requieren de un apoyo adicional y específico» por sus mayores dificultades de conciliación entre trabajo y familia y por su mayor riesgo de exclusión social, pero no presenta una línea estratégica individual de apoyo a la misma. A la familia monoparental se la contempla dentro del objetivo genérico de «apoyo a las familias en situación de riesgo social y otras situaciones especiales», sin que se hayan previsto actuaciones específicamente dirigidas a prevenir y solucionar sus problemas. Las actuaciones que se pretenden realizar en relación con este colectivo son básicamente de carácter asistencial, y están centrados en la atención y prevención de situaciones de dificultad y exclusión social, a través del Sistema Público de Servicios Sociales y de las ONGs (el Plan se propone actuar también en la línea de asegurar la inserción social de los miembros de las familias monoparentales, mediante la promoción de su actividad laboral y el desarrollo de nuevos programas de apoyo).

No obstante, dentro de las otras líneas estratégicas de apoyo a la familia definidas en el Plan, son identificables algunas medidas y actuaciones de carácter general, que pueden tener un impacto favorable en la familia monoparental.

En primer lugar, cabe mencionar los actos de empleo bonificados, que se enmarcan dentro del objetivo de conciliación de la vida familiar y laboral. En dicho Plan se prevé la ampliación de la ayuda de la Seguridad Social para que las mujeres sean contratadas después de su maternidad, estableciéndose una bonificación del 100 por 100 de la cuota empresarial durante un año cuando son contratadas en los 24 meses siguientes a la fecha del parto; asimismo, se contempla el establecimiento de una bonificación del 100 por 100 de la aportación empresarial a la seguridad Social por con-

tingencias comunes durante un año en los supuestos de suspensión del contrato por maternidad cuando se produzca la reincorporación de la mujer al puesto de trabajo; y una bonificación de la aportación empresarial sin especificar el porcentaje para la contratación de padres y madres solteros en situación de paro y con hijos a cargo. Las iniciativas se insertan en el objetivo de propiciar condiciones favorables para que las mujeres, principalmente, puedan incorporarse o reincorporarse al mercado de trabajo, o bien permanecer en él, después de dar a luz o de dedicarse durante un tiempo al cuidado del menor.

Desde el punto de vista de la familia monoparental, estas medidas desempeñan una función importante pero no suficiente, porque no se ocupan del progenitor sólo como miembro fundamental de configuración de la familia monoparental. Con independencia de que la madre monoparental puede también beneficiarse como cualquier otra mujer, no hay una atención diferenciada y englobante de la monoparentalidad. Sólo se piensa en el padre o madre soltero con hijos y se olvida de la mayor parte de los sujetos caracterizantes de la monoparentalidad, como son las madres o padres separadas o divorciados y las viudas o viudos con hijos a cargo. Por otra parte, a ello se añade que las medidas específicas destinadas a las madres y padres solteros no han tenido concreción normativa alguna. Los esfuerzos de concreción se han centrado en la primera de las medidas, teniendo como destinatarios a las mujeres que han dado a luz. Los programas de Fomento de empleo sólo incluyen, así, como actos generadores del derecho a la bonificación de las cotizaciones a la Seguridad Social, la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del parto.

En segundo lugar, el Plan Integral de Apoyo a la Familia, en coincidencia con la Estrategia Europea de Empleo y con los distintos planes de Acción sectorial en España, apuesta también por incrementar los servicios de atención a la primera infancia en colaboración con las Comunidades Autónomas y Entidades locales, con el fin de ampliar las redes de servicios que faciliten la conciliación y extender gradualmente la oferta de plazas públicas para niños y niñas menores de tres años hasta cubrir la demanda existente de creación de servicios de guardería.

Esta medida, aunque está concebida como estímulo para la permanencia de la mujer con hijos de corta edad tiene una gran relevancia desde la perspectiva de la familia monoparental, porque representa una de las principales ayudas de la madre o del padre monoparental. Sin embargo, como señala el Informe CES 3/2003 («La situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española»), la situación en España dista mucho de alcanzar los objetivos señalados; la cobertura actual de los servicios de atención al menor de tres años no alcanza el 10 %, debido a la falta de concreción presupuestaria. Esta iniciativa requiere, pues, un mayor apoyo público para que sea realmente eficaz.



En tercer lugar, dentro de la política fiscal y de rentas, el Plan contempla medidas que se revelan también como un componente clave de respuesta a las demandas de las familias con hijos. Aparte del apoyo fiscal a las familias para el cuidado de hijos y de otras medidas fiscales que se concentran en torno al IRPF, el Plan aboga por introducir nuevas ayudas dirigidas a compensar a la madre durante varios años después del nacimiento. Algunas de estas medidas han tenido su concreción normativa, es el caso por ejemplo de la deducción por maternidad de hasta 1200 euros anuales con posibilidad de pago anticipado, aplicable a las mujeres trabajadoras, por cuenta ajena o propia, con hijos menores de tres años, introducida por la Reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas llevada a cabo por la Ley 46/2002. Otras medidas continúan, sin embargo, en agraz. Con todo, lo interesante desde el punto de vista del progenitor monoparental sería que se introdujeran ayudas destinadas a compensar los gastos por cuidado de hijos pequeños, mientras la madre o el padre sólo trabajan.

En suma, no se ha diseñado una política específica de integración activa en la sociedad laboral de las familias monoparentales. La política familiar en este país va dirigida a proteger a la familia nuclear biparental y no reconoce «entidad real autónoma» (ALMEDA-FLAQUER) a esta otra forma de convivencia familiar. El Estado de bienestar sigue, pues, mostrando escasa sensibilidad hacia la familia monoparental (MORENO).

#### **4.6. La aplicación de las medidas de integración sociolaboral a las familias monoparentales en riesgo de exclusión social**

Ya se ha dicho antes que las familias monoparentales se configuran como uno de los grupos en riesgo de exclusión. La confluencia de factores como la ausencia de trabajo extradoméstico, el impago de las pensiones, o la pérdida de empleo del progenitor monoparental, acaban generando situaciones de pobreza y aun de exclusión, que afectan a todo el núcleo familiar. En estas situaciones, las medidas de integración laboral en conexión con los programas de garantía de los recursos mínimos se configuran como los más importantes mecanismos de atención y prevención de las personas desfavorecidas.

Se realizará aquí una breve referencia a esas dos principales áreas de actuación de los poderes públicos contra la pobreza y la exclusión social desde la perspectiva de su proyección sobre la familia monoparental.

Por lo que respecta a la integración en el mercado laboral, que es la mejor forma de protección contra la exclusión social, los distintos Planes Nacionales de acción para el Empleo (el último correspondiente al periodo 2003-2006) así como el II Plan Nacional de Acción para la Inclusión social,

2003-2005, vienen impulsando la adopción de distintas medidas para mejorar la perspectiva de empleo de los que se hallan en riesgo de exclusión social. En este contexto, los sucesivos Programas de Fomento de Empleo han venido manteniendo como principal medida las bonificaciones de las cotizaciones sociales que las empresas deben pagar por los trabajadores contratados a su servicio. Concretamente, en el programa de fomento de empleo para el año 2004, establecido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se prevé que «las empresas y entidades que contraten indefinidamente, incluida la contratación de trabajadores fijos discontinuos, o temporalmente, bien mediante contrataciones a tiempo completo o parcial, a trabajadores desempleados en situación de exclusión social (...), podrán aplicarse una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del 65 por ciento, durante un máximo de 24 meses» (art. 44. Tres). La norma considera trabajador en exclusión social a los perceptores de rentas mínimas de inserción y asimilados y a las personas que no pueden acceder a las prestaciones anteriores por no haber completado el periodo mínimo exigido de residencia o empadronamiento, o por haber agotado el periodo máximo de percepción de las rentas mínimas.

También se considera un acto de empleo bonificable «la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del parto» cuando el contrato de trabajo se hubiera suspendido por maternidad o por excedencia por cuidado de hijo (art. 44. Uno 4 Ley 62/2003).

Además de las bonificaciones de las cotizaciones previstas en los planes anuales de fomento de empleo, existe alguna otra medida importante de protección contra la exclusión social, aplicable a las personas excluidas, en general, y al progenitor monoparental en riesgo de exclusión, en particular. Es el Programa de Renta Activa de Inserción, puesto en marcha por primera vez el año 2000, mediante R.D. 236/2000, de 18 de febrero, y que está regulado actualmente por el RD 205/2005, de 25 de febrero. Gestionado por el Servicio Público de Empleo Estatal, está dirigido a combatir el paro de larga duración de desempleados mayores de 45 años y de personas con discapacidad. La Renta Activa de Inserción consiste en una combinación de medidas activas (inserción laboral) y pasivas (protección por desempleo) en el que el trabajador desempleado mayor de 45 años con responsabilidades familiares se incorpora a un plan de empleo y formación, percibiendo a partir del tercer mes de incorporación al programa una renta o subsidio asistencial equivalente al 80% del Indicador Público de renta de Efectos Múltiples (IPREM) (375 euros/mes), durante un plazo máximo de 11 meses. Entre los potenciales beneficiarios del programa se encuentran también las trabajadoras desempleadas que tengan acreditado ante la Administración la condición de víctima de violencia doméstica por parte de la unidad familiar de convivencia.



Dentro de las posibles medidas de inserción laboral, se debe dejar constancia también de la posibilidad de realizar contratos para la formación con desempleados en riesgo de exclusión social, sin que opere el límite máximo de edad establecido con carácter general en los 21 años (art. 11 ET). Este contrato permite a los trabajadores en situación de exclusión social combinar el intercambio de trabajo por salario con la adquisición de una formación teórica y práctica que ofrezca un nivel de cualificación.

En cuanto a la garantía de recursos mínimos, hay que destacar el importante papel que el sistema de rentas mínimas de inserción creadas por las Comunidades Autónomas está teniendo en la protección contra la pobreza absoluta y en la reducción del riesgo de exclusión social, aunque no consiga evitar la pobreza relativa. Este sistema suele comprender normalmente rentas de subsistencia periódica, en cuantía muy variable, según la capacidad económica de las Comunidades Autónomas, dirigidas a cubrir los gastos básicos para la supervivencia de las personas que carecen de recursos económicos. Como pone de relieve el Informe 2/2001 del CES sobre «La pobreza y la exclusión social en España», en algunas Comunidades Autónomas como las del País Vasco y Navarra, estos Programas constituyen mecanismos que vienen no solo a garantizar unos ingresos mínimos, sino a favorecer la integración de sus beneficiarios, mediante la exigencia de un compromiso de formación por parte de la Administración y de participación en actividades de apoyo social, formación e inserción laboral por parte de los beneficiarios.

Como destinatarios de la prestación se consideran a los distintos grupos de convivencia, núcleos familiares y hogares unipersonales. La normativa autonómica se presenta, así, muy próxima a la realidad sociológica, reconociendo virtualidad jurídica a estos efectos a cualquier núcleo convivencial sin otra consideración que la afectiva o parental.

Esta solución legal permite que puedan acceder a la prestación progenitores monoparentales, siempre que reúnan los requisitos de acceso normalmente exigidos, en particular, el haberse constituido la unidad económica de convivencia con una cierta antelación a la fecha de presentación de la solicitud; el de haber cumplido una edad mínima (por ej. 25 años); el estar inscrito en la padrón, y carecer de recursos económicos suficientes.

## **5. INICIATIVAS LEGISLATIVAS: LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, DE REFORMA DEL DIVORCIO Y LA CUSTODIA COMPARTIDA**

Recientemente, como se ha señalado anteriormente, se ha aprobado la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, y puesto que la complejidad de los problemas parentales y sociales de la familia monoparental, —señaladamente, la «distribución

persistentemente desigual de responsabilidades parentales, teniendo que asumir las mujeres una sobrecarga que dificulta, si no imposibilita, garantizar de forma autónoma su supervivencia y la de su prole» (BARRÓN)—, están muy determinados por la atribución de la custodia a uno sólo de los progenitores o a ambos, resulta fundamental indagar en qué medida la regulación de la custodia de los hijos separados o divorciados viene a modificar la estructura y las pautas tradicionales de organización doméstica que adoptan las familias monoparentales.

La Ley de Reforma del divorcio incorpora grandes novedades, además de suprimir los requisitos previos de la separación obligatoria y la necesidad de la declaración de culpabilidad del cónyuge, con lo que se simplifica y se agiliza la ruptura (cuando se apruebe, bastará la mera presentación de la demanda), prevé la posibilidad de que la custodia pueda ser compartida por ambos cónyuges. En tal sentido, dispone que los padres podrán acordar en el convenio regulador que el ejercicio de de la patria potestad se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida.

La iniciativa legal pretende, así, impulsar la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores. Hay un intento de superar el modelo vigente de separación-sanción, en el que la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de los hijos. Como pone de relieve la exposición de motivos, «al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores», siendo la consecuencia de esta práctica el «que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que debe evitarse».

La Ley prevé que la custodia compartida pueda ser concedida, aun en el caso en que lo solicite solo uno de los dos progenitores, si el juez justifica que es lo mejor para el hijo. Aunque para ello deberá escuchar al Ministerio Fiscal y a los hijos mayores de 12 años. El propósito del legislador es que, a pesar de la ruptura matrimonial, ambos progenitores continúen ejerciendo su responsabilidad para con los hijos, y determinando, en beneficio del menor, cómo se relacionará del mejor modo con el progenitor no custodio. Por ello, se insiste, desde la exposición de motivos, en que las trabas o dificultades a la relación con uno de los progenitores «deben encontrarse amparadas en serios motivos que deben tener únicamente por justificación «la protección del menor ante un mal cierto o la mejor realización de su beneficio o interés». A tal respecto, la ley señala como posibles causas de denegación de la custodia compartida, la existencia de una causa penal abierta por atentado a la vida e integridad física o moral del cónyuge o de los hijos o por abusos sexuales sobre su pareja o hijos y la concurrencia de indicios fundados de violencia doméstica.



Por último, en la línea de la corresponsabilidad señalada, y a fin de evitar males mayores a los hijos, la ley aporta alguna mención interesante, por cuanto alude, al menos, en la exposición de motivos, a los mecanismos de mediación. Se recuerda que «los padres, cuando la adopción de determinada decisiones relativas al ejercicio de sus potestades presente dificultad, habrán de tener en consideración que pueden optar, antes que por el recurso a la autoridad judicial, por solucionar sus diferencias acudiendo a procedimientos extrajudiciales más adecuados para la resolución de estos conflictos, entre los cabe señalar la mediación».

La Ley posee, en general, un innegable valor porque persigue el loable propósito de revalorizar la figura del progenitor no custodio (el padre, normalmente), que queda apartado del ejercicio de la patria potestad e imposibilitado de mantener una relación personal más allá de los esporádicos encuentros de fin de semana o de las vacaciones. Pero, aun así, no define el principio de coparentalidad o igualdad parental, que es lo que permite a padres y madres, el ejercicio del derecho y la obligación de ambos a educar a sus hijos, y el establecimiento de un equilibrio entre la vida profesional y la vida familiar.

La custodia compartida (por cierto, criticada por las asociaciones feministas que piden que se limite a los casos de acuerdo) se concibe más como una medida conveniente para el niño, que como un derecho del mismo y, al mismo tiempo, como un derecho y un deber del padre y de la madre de mantener relaciones con el hijo. En este sentido, no se garantiza el derecho y la obligación de ambos progenitores a un ejercicio compartido de la patria potestad, a convivir y a educar a sus hijos después del divorcio, así como el derecho del menor a no separarse de sus padres cuando éstos se separen o se divorcien

El ejercicio en común de la custodia es un modelo plenamente consolidado en los Estados Unidos de América, y ha sido adoptado también en el vecino país francés. La Ley francesa núm. 2002-305, de 4 de marzo de 2002, relativa a la patria potestad, reconoce la igualdad de derechos de hombres y mujeres en cuanto a la guarda y custodia de los hijos tras la separación de la pareja; por otra parte, otorga una autoridad compartida a ambos padres en cuanto a la educación de los hijos, favoreciendo que los niños vivan alternativamente en casa de cada uno de los padres. Y en esa línea, incita fuertemente a los padres a organizarse de forma responsable, facultando al juez la posibilidad de proponer una solución de mediación en caso de desacuerdo entre los padres.

Nuestra Ley de Reforma del Divorcio no consagra, sin embargo, este reconocimiento del principio de igualdad entre el padre y la madre divorciados. No hay un reconocimiento explícito del derecho y obligación de ambos a compartir la decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto de todas las cuestiones de importancia que conciernen a sus hijos, tras la rup-

tura matrimonial. Se limita a señalar que «la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos» (art. 92 CC).

Por otra parte, las expectativas suscitadas en la exposición de motivos, en relación con la custodia compartida, se convierten en papel mojado, ante la falta de precisión de algunos preceptos y ante las lagunas que presenta. Es evidente que el interés del menor debe prevalecer en todo momento, pero, en nombre de ese interés, se ha venido negando en épocas pasadas, precisamente, la custodia alterna. Ese interés carece en la Ley de concreción, dotándose a los jueces de unos márgenes de discrecionalidad muy amplios. Además, la posible denegación de la custodia compartida en función de la relación de los padres, convierte en agua de borrajas las buenas intenciones de la Ley, ya que supone rescatar la idea de culpabilidad y con ello la decisión sobre la guarda del menor como un premio o castigo a los esposos y no en atención a la relación paterno filial, que debe quedar por encima de cualquier relación entre los esposos. Cada hijo tiene derecho a ser educado por su padre y su madre con independencia de las desavenencias particulares de sus padres, a menos que por motivos graves de violencia o de incapacidad el Juez considere a uno de los progenitores inidóneo para ejercer la custodia.

Pero quizás el mayor déficit de la Ley reside en la falta de articulación de un mecanismo de mediación familiar que pueda llevar a los padres a ponerse de acuerdo sobre el ejercicio de la custodia (los tiempos de residencia con el niño, y respecto de todas las cuestiones de importancia que afecten al cuidado del menor). Aparte de no imponer a los padres un deber de negociar, es que la Ley no prevé la mediación como forma previa de resolución heterónoma del conflicto por parte del juez, de manera que se faculte a los jueces para proponerles una solución de mediación. Tan sólo se dice en la Disposición Final tercera que «el Gobierno remitirá a Cortes un proyecto de Ley sobre mediación basada entre otros principios, en el de voluntariedad.

En suma, la posible incidencia de la iniciativa legal en la situación de la familia monoparental, aun cuando representa un avance significativo en el obsoleto régimen actual, se antoja bastante relativa. La coparentalidad real es el elemento fundamental para hacer frente a los problemas de relación parental y sobrecarga de trabajo del progenitor sólo (la madre, principalmente), pero mientras no se modifiquen las pautas de atribución de la custodia y no se promueva la igualdad biparental a pesar de la ruptura matrimonial, sus efectos finales sobre la organización doméstica de la familia monoparental serán escasos o nulos. Para su efectividad hace falta reconocer que el régimen de alternancia en la convivencia no solo es más conveniente para el niño sino necesario también para el progenitor solo, lo cual demanda una mayor implicación y ejercicio de corresponsabilidad por par-



te del cónyuge habitualmente ausente o apartado de las tareas domésticas, y a la vez que los jueces se convencen también de ello y fomenten ese régimen de alternancia en la convivencia, intentando conciliar a las padres y madres separados o remitiendo los casos a los servicios de mediación.

## 6. PROPUESTA DE NUEVAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA MONOPARENTAL

Existe —como se acaba de observar— un gran vacío regulador sobre las familias monoparentales. No hay un sistema coherente, eficaz y eficiente de protección a la familia monoparental. Lo que hay son medidas aisladas e inconexas, de carácter general que constituyen el resultado casual de acciones o medidas emprendidas con otros objetivos (ALMEDA-FLAQUER). La principal intervención normativa en relación con la monoparentalidad se establece en el ámbito de la Seguridad Social, donde la relación paterno/materno filial se toma como un criterio para reconocer algunas prestaciones sociales. Fuera del mismo, cobran también un cierto protagonismo algunas medidas de carácter laboral, o social, dirigidas a facilitar la compatibilidad entre la vida familiar y laboral o a intervenir en procesos de grave riesgo de exclusión social, en la medida que contribuyen a paliar los problemas del progenitor monoparental y a reducir los niveles de pobreza y de exclusión de los integrantes de la familia monoparental. En todo caso, todas estas actuaciones se revelan en su conjunto insuficientes para dar solución a los problemas comunes detectados en las familias monoparentales.

En el marco de una política de atención integral de la familia monoparental, se hace necesario dirigir un mayor esfuerzo, tanto en medidas de protección como en términos presupuestarios, hacia varias áreas de intervención de interés desde el punto de vista de la situación de liderazgo familiar en solitario de las madres y padres solos, para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral y hacer frente a los problemas económicos sobrevenidos. En este sentido se hace necesario avanzar, al menos, en los siguientes puntos:

1. Mejora de la provisión de servicios para el cuidado de los hijos en edad preescolar. La ayuda externa es la única manera que tienen muchas madres o padres solos de hacer compatibles el empleo y la familia. Por tanto, resulta crucial contar con servicios de atención a los menores y en especial de cuidado de los hijos menores de cuatro años o en edad preescolar. En relación con algunos países comunitarios la distancia en cuanto a la cobertura de los servicios de atención a los menores de 3 años, es considerable: España no alcanza el 10%, mientras que países, como Dinamarca, Suecia o Eslovaquia llegan al 65%, 50% ó 45% respectivamente (Informe CES 2/2003). Se requiere, pues, un mayor esfuerzo de inversión pública en este

área de la acción social, que beneficia, además, a otras situaciones familiares y no sólo a los supuestos de monoparentalidad.

2. Ampliación de ciertos derechos laborales de los padres y madres trabajadoras con hijos recién nacidos a cargo. Igualmente, es evidente, ante la falta de servicios de apoyo al cuidado de los niños, que todavía caracteriza al sistema español, la necesidad de prolongar la suspensión del contrato con motivo de la excedencia por cuidado de hijo para los progenitores monoparentales, durante, al menos, la etapa previa a la escolarización, y extender, a su vez, el derecho de reserva del puesto de trabajo por todo ese tiempo de suspensión del contrato. Ya se ha dado algún paso en este sentido, al ampliar el periodo de reserva del puesto de trabajo hasta un máximo de 15 ó 18 meses en los supuestos de excedencia por cuidado de hijos, cuando el progenitor monoparental trabajador forme parte de una familia numerosa de categoría general o especial, respectivamente (Dispos. Adic. Primera, Tres, Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias numerosas, que añade un párrafo sexto al apartado 3 del art. 46 ET).

3. Comoquiera que la solución anterior resulta muy gravosa porque implica pérdida del salario, y para garantizar la supervivencia económica de los realmente necesitados, se hace necesario establecer, asimismo, un sistema de ayudas económicas al progenitor monoparental durante esos tres primeros años de maternidad, que, bien trate de compensar la ausencia de ingresos económicos, o bien sirva para sufragar los gastos derivados de la utilización de servicios privados de atención a la infancia o la asistencia personal contratada para el cuidado del hijo. No olvidemos que la ayuda doméstica remunerada es el recurso más habitual al que recurren las madres solas, incluso con un nivel económico bajo, cuando no disponen de otros servicios o recursos de apoyo familiar o externo.

4. En la situación familiar de padres solos con hijos en edad escolar, es importante introducir medidas laborales que faciliten las posibilidades de adaptación de los tiempos de trabajo (jornada, horario, principalmente) a las necesidades de los progenitores monoparentales. Las situaciones más problemáticas para compaginar empleo y familia, identificadas en esta etapa de la escolarización de menores, son los desajustes temporales entre jornada laboral y horarios y entre el calendario laboral y las vacaciones escolares, así como las enfermedades de los hijos (Informe CES 3/2003). Ello hace necesario reconocer la posibilidad de permisos parentales por horas para acudir a la consulta del médico o para atender cualquier otra causa de urgencia familiar. Esto se podría articular mediante la entrega de una bolsa de horas disponible para destinarlo a ocupaciones familiares, compensable con prolongación de jornada o reducción del periodo de vacaciones. Cabe regular, también la posibilidad de flexibilizar los horarios, permitiendo al progenitor monoparental que, en función de las necesidades escolares o familiares, anticipe o retrase las entradas o salidas del trabajo, así como la posibilidad



de hacer coincidir los periodos de descanso anuales con las vacaciones escolares de sus hijos, estableciendo un régimen de preferencia en la elección de las vacaciones.

5. En el supuesto de que la aplicación de las anteriores propuestas fuera inviable o plantease problemas, o como fórmula alternativa, se podría prever, de acuerdo con lo ya contemplado en el IV Plan de igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres (2003-2007), la creación de servicios de atención de necesidades puntuales de los progenitores monoparentales, en colaboración con las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales. Estos servicios de guarda temporal podrían ser también asumidos por las propias empresas, bien unilateralmente, o bien mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores. Al margen de ello, la negociación colectiva ofrece un amplio margen para establecer un régimen de preferencias, sobre las más diversas materias (movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y extinción de contrato de trabajo), a favor de los progenitores monoparentales.

6. Desde el ámbito de la seguridad Social, convendría reflexionar sobre si la familia monoparental, atendiendo al perfil socioeconómico y a la situación de riesgo de exclusión social que presenta, no debería ser objeto de algún tipo de protección específica. El sistema de rentas mínimas, tal como observa el CES en su Informe 2/2001, está generando desigualdades en función del territorio de aplicación, con grandes diferencias entre cuantías y grado de cobertura y de definición de población con derecho al acceso a la misma. Todo lo cual apunta a la necesidad de articular un tipo de prestación de carácter no contributivo de la Seguridad Social incompatible con la percepción de otras prestaciones del Sistema de Seguridad Social, que cubra alguna de las situaciones más apremiantes de necesidad de las familias monoparentales. Otra posibilidad sería abordar, en colaboración con las Comunidades Autónomas —que son las que tienen competencias en materia de asistencia social— una regulación de contenidos mínimos que garantice una prestación asistencial a familiares monoparentales, que se encuentren en situación de necesidad y de ausencia casi total de recursos económicos.

7. Parece necesario, también, introducir alguna medida correctora en relación con la carrera de seguro del progenitor monoparental, para que no quede en situación de desventaja en lo que se refiere al acceso a las prestaciones como consecuencia de la falta de ingresos en periodos de excedencia y de reducción de jornada durante el periodo dedicado al cuidado de los hijos. En este sentido, debería impulsarse un cambio normativo que recogiera el derecho de los padres y madres solos a computar todo el tiempo de suspensión del contrato de reducción de jornada invertido en el cuidado de los hijos como tiempo efectivamente cotizado a los efectos de causar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social. Tal medida ya ha sido adoptada en relación con los progenitores trabajadores que forman parte de una

familia numerosa (Disp. Adic. Primera, Dos, Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias numerosas, que añade un párrafo segundo al artículo 180. b TRLGSS); ahora hace falta que se extienda a los progenitores de las familias monoparentales no numerosas.

8. Además, harían falta otras muchas medidas para cumplir con los objetivos que pretende garantizar la nueva Ley del divorcio, de respeto al derecho del menor a relacionarse con ambos padres y de implicación de ambos en el cuidado y educación de los hijos, así como con otros intereses identificables dentro del concepto de familia monoparental. Uno decisivo y trascendental, que no ha regulado la Ley, se refiere a la Mediación Familiar, pieza insustituible no solo para reducir la conflictividad, sino para el ejercicio corresponsable y compartido de la guardia y custodia del hijo menor. Otro sería el establecimiento de un fondo de garantía para cubrir el impago de las pensiones alimenticias y complementarias, medida que ha sido introducida en la Ley (Dips. Adic. Única), merced a una enmienda de CIU, pero que está pendiente de desarrollo a través de una legislación específica que concrete el sistema de cobertura en dichos supuestos. Al mismo tiempo, y con independencia de algunas iniciativas aisladas ya existentes a nivel municipal o autonómico, es necesario que se establezcan programas sociales de atención integral y pluridisciplinar a las familias en crisis, o prever algunos beneficios específicos para las familias monoparentales que reúnan requisitos de necesidad, tales como el acceso en alquiler o propiedad a viviendas sociales.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEMÁN PÁEZ, Fr.: *La movilidad geográfica. Problemática social y régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 2001.
- ALMEDA, E., FLAQUER, LL.: «Las familias monoparentales en España», *Revista Internacional de Sociología*, núm. 26, 2000.
- BARAÑANO CID, M., DE LA PAZ, J.: «Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia posttradicional», AA.VV. (coord. GONZÁLEZ ORTEGA, S.) *Seguridad Social y familia*, La Ley-Instituto de Seguridad Social Juan Vives, Universidad Carlos III, Madrid, 1999.
- BARRÓN LÓPEZ, S.: «Familias monoparentales: un ejercicio de clarificación conceptual y sociológica», *Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 40.
- CES: *Informe 2/2001. La pobreza y la exclusión social en España: propuesta de actuación en el marco del plan nacional para la inclusión social*, CES, Madrid, 2001.
- CES: *Informe 3/2003. Segundo Informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española*, CES, Madrid, 2003.
- CHOUHY, R.: «Función paterna y familia monoparental: ¿cuál es el coste de prescindir del padre?», *Psicología y Psicopedagogía*. Publicación Virtual de la Facultad de Psicología y Psico-

- pedagogía de la USAL núm. 2 junio 2000.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup>, F.: *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- FLAQUER, LL.: «Ley Catalana de apoyo a las familias: ¿una oportunidad perdida?» *Working Paper de Dret Catalá* núm. 12, Barcelona, abril 2004.
- LA CRUZ BERDEJO, J. L., DE ASÍS, Fr., LUNA, A., RIVERO, Fr., RAMS, J.: *Elementos de derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Vol Primero, Bosch, Barcelona, 1990.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El permiso de lactancia», *Rel. Lab.* Núm. 14, 1996.
- LLEDÓ SANDOVAL, J. L.: *La familia monoparental: de lo accidental a lo programado*. <http://www.centropsicoanaliticomadrid.com>.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Reducciones de jornada y ausencias por motivos familiares. Permisos retribuidos», en ARGÜELLES BLANCO, A. R., MARTÍNEZ MORENO, C., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*, CES, Madrid, 2004.
- MONTERO AROCA, J.: *El convenio regulador en la separación y en el divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MORENO, Al.: «Las familias monoparentales en España», *Revista Internacional de Sociología*, núm. 26, 2000.
- RIVAS VALLEJO, P. (Cap. II), en AA. VV. (Coord. GARCÍA NINET, J. Ig.): *La dependencia de las personas mayores y su protección desde la perspectiva sociolaboral y de Seguridad Social en Cataluña*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2004.
- RODRÍGUEZ INIESTA y OTROS (Dir. SEMPERE, A.V.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003.
- SARIEGGO, J. L.: *La custodia compartida: proyectos legislativos en curso*, <http://www.heterodoxia.net/comments.pl?sid=192&cid=208>





# LA PROTECCIÓN JURÍDICO-LABORAL DE LA MATERNIDAD: ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo*  
Universidad de León

## EXTRACTO

La suspensión contractual por maternidad constituye uno de los mecanismos más tradicionales de los dispuestos por el legislador para facilitar la protección laboral de la mujer ante la realidad biológica del nacimiento de uno o varios hijos, no en vano ya las primeras intervenciones normativas en el ámbito social señalaban la necesidad de que ésta disfrutase de un descanso obligatorio posterior al parto. Es más, desde la redacción original del Estatuto de los Trabajadores en 1980 las modificaciones del art. 48.4 se han ido sucediendo a lo largo del tiempo, llegando a demostrar —así se desprende de su letra— que no le importa, en absoluto, a efectos de adquirir el derecho, ni el estado civil de los progenitores, ni el estatuto legal de los hijos, ofreciendo cobertura tanto a padres o —mejor— madres solteros como a hijos matrimoniales o extramatrimoniales, biológicos o adoptivos. Ahora bien, pese a las novedades legislativas de los últimos años, no cabe desconocer que el diseño actual de la protección por maternidad adolece de ciertas deficiencias, sobre todo en lo que afecta a la preferencia indiscutible por la madre para el disfrute del permiso cuando de filiación biológica se trata. Deviene necesario, por ende, reconocer un «permiso de paternidad» de titularidad masculina, desligado del de la madre, no condicionado a que ésta trabaje, no transferible y remunerado, pues con ello se lograría una mejor conciliación e igualdad en la vida familiar y laboral de mujeres y hombres trabajadores, al asumir éstos un mayor grado de compromiso en las tareas del cuidado de los hijos.

## ÍNDICE

1. LA MUJER COMO MADRE REAL O POTENCIAL Y PRINCIPAL SUJETO DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES
2. LA LEY 39/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR: AVANCES Y RETROCESOS
3. EL DISEÑO SEXISTA DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR PARTO Y SUPUESTOS ASIMILADOS
  - 3.1. Suspensión contractual por maternidad/paternidad biológica
    - 3.1.1. Extensión temporal de la situación protegida
      - A. Distribución del período de disfrute
      - B. Disfrute anticipado
      - C. Parto múltiple
      - D. Parto frustrado
      - E. Parto prematuro
      - F. Enfermedades anteriores o posteriores al parto
      - G. Aborto o interrupción irregular del embarazo
      - H. Disfrute de vacaciones
      - I. Otras circunstancias a considerar
    - 3.1.2. Titularidad del derecho
      - A. La opción en favor del disfrute paterno
      - B. Fallecimiento de la madre
    - 3.1.3. Modalidades de ejercicio de la suspensión. En especial, el disfrute a tiempo parcial
  - 3.2. Suspensión por filiación no biológica
    - 3.2.1. Ámbito de aplicación: la exclusión del acogimiento simple
    - 3.2.2. Sujeto causante
    - 3.2.3. Extensión temporal
    - 3.2.4. Distribución del período de asueto
4. REFLEXIÓN FINAL: LA NECESARIA INTRODUCCIÓN DE UN PERMISO POR «PATERNIDAD»

## 1. LA MUJER COMO MADRE REAL O POTENCIAL Y PRINCIPAL SUJETO DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES

Cierto es que el protagonismo principal en cuanto a la atención de las tareas domésticas y al cuidado de familiares ha correspondido mayoritariamente a las mujeres<sup>1</sup>, pues, en un reparto de papeles clásico, el hombre era el encargado de trabajar fuera de casa y traer el oportuno sustento económico (se ocupaba, por tanto, de las denominadas «tareas productivas»), mientras que la mujer se dedicaba al cuidado del hogar y de la familia (preocupándose de las calificadas como «tareas reproductivas»)<sup>2</sup>. No menos cierto

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Seguridad Social, maternidad y familia», *RL*, núm. 14, 2000, pág. 4.

<sup>2</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 11, 1998, pág. 2.

resulta tampoco que la consolidación de este modelo social de organización del trabajo supuso, como consecuencia añadida, la implantación de un sistema «en el que el hombre prácticamente se desentendía de cualquier tipo de obligación familiar y, de asumir alguna, lo hacía en clave intensamente subalterna, de ayuda “generosa”, siempre subordinada a lo que le permitieran sus “deberes” de carácter profesional»<sup>3</sup>.

Esta concepción tradicional parece estar, sin embargo, en proceso de crisis, debido, principalmente, al acceso de la calificada, por algunos sectores, «clase débil» al trabajo fuera de la sede doméstica, lo cual ha coadyuvado, sin duda, al desencadenamiento progresivo de una verdadera «revolución sociofamiliar», cuyo alcance se deja traslucir ciertamente a partir del resquebrajamiento de la familia nuclear y la consiguiente emergencia de nuevas formas de estructura familiar<sup>4</sup>. Se observa, así, un alejamiento del modelo tradicional de «matrimonio con hijos» hacia formas domésticas más pequeñas y más cambiantes, tales como parejas sin descendencia, personas solteras y familias monoparentales, consecuencia de la fragilidad de la familia biparental por el aumento contemporáneo de las separaciones y divorcios. Junto a ello, la mayor esperanza de vida ha hecho que coincidan dos o tres generaciones y que esto sea cada vez más habitual, sin olvidar tampoco el incremento de las «familias extensas», fruto de las uniones entre varones y mujeres divorciados que dan lugar a una amplia red de los denominados «hermanastros políticos»<sup>5</sup>.

Tales circunstancias han facilitado una evolución paralela en lo que se ha venido a calificar como «revolución silenciosa dentro de los muros del espacio doméstico»<sup>6</sup>, caracterizada por un cambio en el papel económico de la mujer, en la autoridad y en las relaciones de poder entre los miembros de la familia, a la vez que por un tímido compromiso del padre en el cuidado de los hijos; esta revolución, empero, no se ha hecho extensiva ni ha alcanzado en igual medida a la redistribución de las tareas domésticas entre los miembros de la unidad familiar, pues son las mujeres las que en la mayoría de los casos concilian —todavía al día de hoy— sus trabajos

<sup>3</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS*, número extraordinario, 2000, pág. 71.

<sup>4</sup> MEIL LANWERLIN, G.: *La postmodernización de la familia española*, Madrid (Acento), 1999, pág. 9.

<sup>5</sup> ALBERDI ALONSO, I. et alii: *Informe sobre la situación de la familia en España*, Madrid (MTAS), 1995, pág. 472 ó BARRAÑO CID, M. y DE LA PAZ, J.: «Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional», en VV.AA (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Dir.): *Seguridad Social y familia*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 19.

<sup>6</sup> MEIL LANWERLIN, G.: *La postmodernización de la familia española*, cit., pág. 9

«reproductivo» y «productivo», actuando los hombres únicamente de forma supletoria<sup>7</sup>.

Así las cosas, el principal perjudicado por esta falta de coherencia no ha sido sólo, pese a lo que pudiera creerse, el colectivo femenino que trabaja y atiende, por añadidura, las necesidades familiares y de los hijos, sino que el desequilibrio de la balanza ha calado, sobre todo, en la propia concepción de la familia y su pretérito modelo. El reconocimiento tardío de un nuevo sistema social no masculinizado ha ocasionado, pues, un freno a la familia como institución y, también, a las nuevas responsabilidades familiares que de la misma derivan para los miembros de aquélla<sup>8</sup>. Es por ello por lo que, desde el Derecho Laboral, dotado de un marcado carácter tuitivo o compensador, se han empezado a articular mecanismos jurídicos capaces de armonizar el desarrollo de un trabajo asalariado o autónomo, fuera del hogar, con aquel que tradicionalmente ha sido asignado a la mujer, llevado a cabo en el entorno familiar. Para cumplir tal objetivo son numerosas las normas legales que se han encargado de regular cuestiones como el descanso por maternidad, los permisos para el cuidado de hijos o familiares, las reducciones de jornada por la misma razón, las prestaciones de Seguridad Social destinadas a paliar el descenso de recursos económicos por estas causas, etc. En definitiva, todas estas normas abogan por conseguir (otra cosa es que su diseño no sea demasiado afortunado) la tan necesaria igualdad entre hombres y mujeres, de la que nuestro ordenamiento jurídico tantas veces se ha echo eco, siendo el Derecho del Trabajo un claro exponente en esta lucha, no en vano la corresponsabilidad entre varones y féminas en la atención de la familia ha de ser el punto de partida de las políticas públicas de protección familiar dentro de un modelo social fundado en la igualdad de trato y de oportunidades<sup>9</sup>.

## 2. LA LEY 39/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR: AVANCES Y RETROCESOS

Aun cuando el proceso de incorporación de mujeres al mundo laboral ha ido en ascenso, «esa incorporación, sin embargo, no ha sido precisamente fácil, ni se viene realizando de manera fluida; al contrario, no han dejado de plantearse importantes problemas para su acceso y permanencia en el

<sup>7</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad», *TL*, núm. 67, 2002, pág. 69.

<sup>8</sup> MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia (Laborum), 2001, pág. 15.

<sup>9</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad», cit., págs. 45 y ss.



empleo»<sup>10</sup>, no en vano «el mundo del trabajo productivo se ha considerado un mundo “extraño” para las mujeres, lo cual ha conducido a que la elaboración de las normas laborales se haya realizado tomando en consideración un modelo de trabajador masculino, carente de problemas relacionados con la maternidad y con las responsabilidades familiares, por tanto, dedicado en exclusividad a “su” trabajo»<sup>11</sup>.

Efectivamente, la maternidad y sus derivadas laborales son vistas por muchas empresas como un problema para la producción y para el desempeño profesional de un puesto de trabajo o como un obstáculo lleno de inconvenientes que repercute en el acceso al empleo de las mujeres y en el desarrollo de su currículum y de su promoción profesional<sup>12</sup>. De entrada, «el período de gestación viene considerándose con frecuencia como una verdadera carga que al empresariado psicológica y económicamente le cuesta asumir y, sobre todo, soportar, máxime cuando el período de embarazo presenta dificultades de salud y provoca el obligado absentismo de la trabajadora, lo que unido a las ventajas derivadas de su protección social y laboral como consecuencia del parto (descanso maternal, período de lactancia, reducción de jornada, excedencia, etc.) conduce con frecuencia al rechazo de su contratación en determinados sectores de la producción o, en su caso, a su eliminación transitoria o definitiva del mercado de trabajo»<sup>13</sup>.

Así, habida cuenta la realidad demuestra que existe un alto grado de incomprensión por parte de las organizaciones empresariales por lo que hace a las responsabilidades familiares, consideradas como efectivas cargas adicionales al cumplimiento de las obligaciones laborales<sup>14</sup>, el Derecho del Trabajo siempre ha dedicado alguna atención a la conciliación de la vida laboral y familiar, pero, en un principio, únicamente desde la perspectiva de la protección de la mujer embarazada, «e indirectamente del gestante y del lactante», sin cuestionar la diferencia de roles en función del género dentro de la familia<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia», *REDT*, núm. 97, 1999, pág. 729.

<sup>11</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», *TL*, núm. 52, 1999, pág. 41.

<sup>12</sup> JAUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J.I. y GONZÁLEZ DE LENA, F.: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2004, pág. 492.

<sup>13</sup> MIÑAMBRES PUIG, C.: «La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RMTAS*, núm. 19, 1999, pág. 16.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Obligaciones laborales y responsabilidades familiares», *RL*, núm. 17, 1997, pág. 3.

<sup>15</sup> Sin remontarse a antecedentes más lejanos, lo cierto es que la legislación española de las dos últimas décadas ha contemplado diversas reformas legislativas sobre estos temas. Puede citarse, en primer lugar, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, sobre Maternidad e Igualdad de

Más recientemente, se empieza a tomar ya en cuenta, sin embargo, la doble discriminación que sufren las mujeres con responsabilidades familiares (tanto por ser mujeres como por asumir tareas domésticas), lo cual ha permitido plantear de forma directa la necesidad de diseñar instrumentos normativos que faciliten el trabajo de las personas con responsabilidades en el hogar, en su mayoría mujeres, para hacer compatible en lo posible el trabajo con el cuidado de la familia. Para evitar perpetuar situaciones de desigualdad de oportunidades en el acceso al empleo y en la carrera profesional, se trata ahora de que esas medidas sean neutras, es decir, se abran por igual, salvo en el supuesto estricto de la maternidad, a hombres y féminas<sup>16</sup>.

Este es el nuevo contexto en el cual fue promulgada la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar (en adelante LCVLF), que introduce una serie de medidas<sup>17</sup>, «de muy diferente signo»<sup>18</sup>, con el fin último de promover más profundamente la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres trabajadores<sup>19</sup>, a saber:

En primer lugar, incrementa y perfecciona los derechos derivados de las circunstancias de embarazo, parto y puerperio, así como los de atención de menores y de mayores que no pueden valerse por sí mismos, a la vez

---

Trato de la Mujer Trabajadora. A continuación, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que mejoró decisivamente el subsidio por maternidad, a la vez que lo desgajó de la —entonces— incapacidad laboral transitoria, y la Ley 4/1995, de 23 de marzo, reguladora del permiso parental y por maternidad, que amplió los derechos del trabajador excedente por cuidado de hijo, bien que con algún recorte en materia de prestaciones familiares de la Seguridad Social. A continuación, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, aproximó parcialmente la maternidad/paternidad adoptiva a la maternidad biológica. Después, el art. 30.1 f) de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, fue modificado por el art. 50 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, auténtico precedente sobre permisos para el cuidado de otros familiares distintos de los menores. En fin, el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, introdujo la bonificación del 100 por 100 en la cuota empresarial a la Seguridad Social en el caso del interino que sustituye a los trabajadores con el contrato en suspenso por maternidad, adopción o acogimiento, siempre que el sustituido sea un desempleado demandante de empleo. CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (I). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», AS, 1999, T. V, págs. 94-95.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)», *RL*, núm. 17, 1999, pág. 2.

<sup>17</sup> VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid (Colex), 1999, pág. 14.

<sup>18</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*, núm. 24, 1999, pág. 11.

<sup>19</sup> Reconociendo el problema que para las mujeres representa compatibilizar las responsabilidades familiares y laborales, STS 11 mayo 1998 (Ar. 4325).

que introduce una mayor protección contra el despido por el ejercicio de tales derechos. En segundo término, facilita que sea el padre o el familiar varón el que disfrute de los mismos, abundando en la equiparación de sexos y recalcando, pedagógicamente, cómo uno y otra pueden hacer uso de las licencias y suspensiones que prevé la Ley. Y, en fin, mejora la acción protectora de la Seguridad Social, en la línea de que sea el sistema público el que asuma ciertos costes, mejor que el empresario o el trabajador o trabajadora que debe atender a sus obligaciones familiares<sup>20</sup>.

Con mayor detalle, dicha norma supone un paso más del legislador en su trayectoria de promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer en cuanto integrantes de una misma unidad familiar y personas trabajadoras, así como de la compatibilidad entre ambas facetas<sup>21</sup>. El desequilibrio que hasta entonces presentaba la situación del hombre y de la mujer trabajadores tiende a corregirse ahora con la introducción de medidas que pretenden reforzar tanto los derechos de la mujer en el ámbito laboral como los del hombre en el familiar<sup>22</sup>.

Ahora bien, pese a la ambición de globalidad que parece informar el contenido de la Ley y que tiene como principal manifestación el propio título de la norma, no puede decirse que la LCVLF «haya reestructurado el panorama normativo en relación con un tema tan directamente relacionado con la discriminación laboral por razón de sexo como es el de la compatibilización de tareas...: primero, porque el presupuesto fundamental para la conciliación no puede realizarse al margen del reparto de las tareas tradicionalmente femeninas entre hombres y mujeres, y, en tal sentido, la reforma última ha introducido avances muy limitados; y, segundo, porque la reforma se ciñe a positivizar las correcciones necesarias a la normativa anterior, algunas de las cuales ya habían sido apuntadas por la doctrina por medio de interpretaciones extensivas, sin incorporar objetivos nuevos»<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> CABEZA PEREIRO, J.: «Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *DL*, núm. 61, 2000, págs. 27-28.

<sup>21</sup> En esta idea se inspira también la Ley italiana de 8 de marzo de 2000, núm. 53, *sui congedi parentali, familiari e formativi*. Un estudio sobre la misma en DEL PUNTA, R.: «La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi», *Riv. It. Dir. Lav.*, núm. 2, 2000, págs. 149 y ss. ó GOTTARDI, D.: «Las políticas de conciliación en el ordenamiento jurídico italiano» y SCARPONI, S.: «La conciliación entre vida familiar y profesional en el ordenamiento jurídico italiano. Ordenación interna y adaptación al Derecho Comunitario», ambos en VV.AA (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, Madrid (Marcial Pons), 2001, págs. 193 y ss. y 203 y ss., respectivamente.

<sup>22</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social», *AS*, núm. 21, 2000, pág. 46.

<sup>23</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, pág. 9.

Como con acierto se ha señalado, la Ley ni tan siquiera se propone impulsar el reparto de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres<sup>24</sup>, pues aun cuando expresamente reconoce que tiene por objetivo «facilitar que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de los hijos», y —aunque la Exposición de Motivos no lo dice— de los restantes miembros de la familia necesitados de dichos cuidados, sobre todo mayores, enfermos o minusválidos», lo cierto es que no impulsa ni incentiva un reparto más equitativo de los roles sociales en materia de responsabilidades familiares; es decir, «facilita (o tiene por objetivo formal) que la mujer pueda conciliar mejor que antes de su adopción las responsabilidades tradicionalmente asignadas, las familiares, con las que posibilitan su libertad y sus posibilidades de disfrute de los restantes derechos constitucionales en un sistema capitalista de mercado, esto es, las laborales, pero ello no significa en absoluto que quede garantizada la igualdad de oportunidades en el empleo»<sup>25</sup>.

Es más, «la introducción de medidas en orden a permitir una más fácil conjunción entre las responsabilidades familiares y profesionales, aun cuando formalmente se diseñen como neutras, pero que de hecho vayan a ser utilizadas prevalentemente por la mujer, puede desembocar en que sea ésta quien siga desempeñando el rol prevalente de asunción del grueso de responsabilidades familiares, particularmente en situaciones de dedicación más intensa: cuidado de menores con minusvalías, de personas ancianas, de familiares que han sufrido un accidente o enfermedad, etc.; situación que a la postre puede fomentar el mantenimiento de una mera incorporación parcial y en cierto modo precaria de la mujer a la actividad profesional asalariada»<sup>26</sup>. El diseño actual de la protección jurídica de la maternidad da sobradas muestras de este peligro, tal y como se tendrá ocasión de comprobar a lo largo de las páginas siguientes.

### 3. EL DISEÑO SEXISTA DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR PARTO Y SUPUESTOS ASIMILADOS

Pese a las novedades legislativas de los últimos años orientadas a hacer real el principio de igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en

<sup>24</sup> Razón por la cual ha sido calificada como una «Ley de contornos bastante limitados». GARCÍA MURCIA, J.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Justicia Laboral*, núm. 1, 2000, pág. 11.

<sup>25</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 43.

<sup>26</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., pág. 74.

el acceso al mercado laboral, no cabe desconocer que el grupo femenino continúa estando desfavorecido, demostrándose, estadísticamente, con mayores dificultades comparativamente con los varones para armonizar la vida familiar y el mantenimiento de sus puestos de trabajo, todo ello lamentablemente favorecido por la pervivencia de viejos prejuicios culturales —aún no superados— según los cuales la mujer estaría mejor preparada para asumir las tareas del cuidado de los hijos y de los restantes miembros de la familia<sup>27</sup>, razón por la cual es preciso idear soluciones sin perder nunca de vista que la maternidad constituye un bien social de enorme importancia. De ello parece ser consciente el ordenamiento jurídico laboral, si bien no faltan algunas cuestiones carentes de solución y ciertos flancos abiertos a la crítica, pues la corresponsabilidad familiar no se debe afrontar como una necesidad de suplir el puesto de las mujeres que están en el mercado de trabajo, sino que se ha de abordar desde claves de igualdad de derechos de hombres y mujeres, trabajen o no<sup>28</sup>.

Bajo la premisa de que la situación de embarazo, parto y postparto, por mor de razones biológicas obvias, es condición exclusiva del sexo femenino, el art. 45 ET contempla como causa de suspensión del contrato (y de aparición del derecho a percibir el subsidio por maternidad de la Seguridad Social, calculado sobre el cien por cien de las bases de cotización, además del derecho a asistencia sanitaria —art. 38.1.a LGSS—) la «maternidad de la mujer trabajadora»<sup>29</sup>, a lo que añade «la adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años»<sup>30</sup>.

El parto, la adopción o el acogimiento son, pues, los hechos que dan lugar al nacimiento de esta especial situación contractual en la que la trabajadora (o el trabajador —ya veremos en qué supuestos—) se encuentran con el «privilegio» de no tener que realizar sus obligaciones laborales recibiendo a cambio, no un salario, pero sí una prestación de la Seguridad Social<sup>31</sup>,

<sup>27</sup> MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: «Aspectos críticos del disfrute por el padre del permiso de maternidad a opción de la madre», *AL*, núm. 28, 2003, pág. 645.

<sup>28</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad», cit., pág. 64.

<sup>29</sup> Criticable redundancia pues «¿qué otra maternidad podría ser?». ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4.ª edición, Madrid (Civitas), 1995, pág. 215.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», *Revista General del Derecho*, núm. 644, 1998, págs. 5826 y ss. Por extenso, RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, págs. 81 y ss.

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y supuestos asimilados: breves consideraciones tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre», *RTSS (CEF)*, núm. 7, 2002, pág. 81.

siempre y cuando reúna los requisitos necesarios para ello (estar afiliada y en alta o situación asimilada en algún régimen del sistema de Seguridad Social y acreditar un período mínimo de cotización de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del parto o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial de adopción —art. 133 ter LGSS—)<sup>32</sup>.

Tal previsión aparece desarrollada en el art. 48.4 ET —dentro de la suspensión con derecho a reserva del puesto de trabajo—, mostrando —así se desprende de su letra— «que no le importa en absoluto, a los efectos de adquirir el derecho, ni el estado civil de los progenitores, ni el estatuto legal de los hijos, ofreciendo —por ende— cobertura tanto a padres o madres solteros como a hijos matrimoniales o extramatrimoniales»<sup>33</sup>.

### 3.1. Suspensión contractual por maternidad/paternidad biológica

La suspensión por maternidad es uno de los mecanismos más tradicionales de los dispuestos por el legislador para facilitar la protección laboral de la mujer ante la realidad biológica del nacimiento de uno o varios hijos, no en vano ya las primeras intervenciones normativas en el ámbito social señalaban la necesidad de que la mujer disfrutase de un descanso obligatorio posterior al parto<sup>34</sup>. Es más, desde la redacción original del Estatuto de los Trabajadores en 1980 las modificaciones del art. 48.4 se han ido sucediendo a lo largo del tiempo<sup>35</sup>, si bien «tales reformas no empecen un panorama en el que todavía existen evidentes impactos adversos hacia la mujer trabajadora» y madre de familia<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Además, el art. 4.3 del Real Decreto 1251/2001 precisa que tanto para los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos regímenes especiales como para los trabajadores del régimen especial de empleados de hogar será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, pues éstos son sujetos responsables de la obligación de cotizar y, por tanto, del ingreso de sus propias cuotas. ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *La protección social de la familia*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2005, págs. 257-258.

<sup>33</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997, págs. 37 y 40.

<sup>34</sup> La primera regulación data de la Ley de 13 de marzo de 1900, cuyo art. 9 ya señalaba la necesidad de que la mujer disfrutase de un descanso obligatorio posterior al parto de tres semanas, regulación que fue ampliada posteriormente, a través del Real Decreto de 21 de agosto de 1923, a seis semanas. ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1998, pág. 83.

<sup>35</sup> Por todos, MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., págs. 67 y ss.

<sup>36</sup> CABEZA PEREIRO, J.: «Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*, núm. 61, 2000, pág. 33.



### 3.1.1. *Extensión temporal de la situación protegida*

La duración de la suspensión en el supuesto de parto sigue siendo de dieciséis semanas ininterrumpidas<sup>37</sup>, con independencia de que el alumbramiento sea prematuro o a término siempre y cuando el neonacido sobreviva<sup>38</sup>. A esta regla general, procede efectuar, no obstante, las siguientes consideraciones:

#### A. *Distribución del período de disfrute*

La interesada puede continuar distribuyendo a su gusto el período de disfrute (dieciséis semanas en el supuesto de parto simple) con la única limitación de respetar el requisito de que seis semanas sean inmediatamente posteriores al alumbramiento<sup>39</sup>. Estas seis semanas se siguen considerando como período de descanso postparto obligatorio, necesario para la recuperación física e incluso psíquica de la madre tras el parto<sup>40</sup>; el resto de semanas o descanso voluntario puede disfrutarlas en su totalidad o parcialmente, como desee, antes o después del parto, siempre que sea de forma ininterrumpida<sup>41</sup> (salvo en supuestos excepcionales tal y como sucede en aquellos casos en que el neonato deba ser hospitalizado después del nacimiento).

El principal problema que plantea el diseño legal de este descanso obligatorio guarda relación directa con la necesidad de que la trabajadora acredite un período de cotización de 180 días en los últimos cinco años anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo para

<sup>37</sup> Sobre la duración del descanso, por extenso, RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, págs. 113 y ss.

<sup>38</sup> MARINI, G.: «Aborto e parto prematuro nella tutela delle lavoratrici madri», *Riv. It. Dir. Lav.*, núm. 1, 1996, págs. 91 y ss.

<sup>39</sup> El descanso de seis semanas tras el parto es obligatorio para la trabajadora, no facultativo. De las razones para la obligatoriedad y el juego del «poder» (*may*) y el «deber» (*must*) en el puerperio, CRIGHTON, W.B.: *Working women and the Law*, Londres (Mansell), 1979, pág. 50.

Como con acierto se ha señalado, en nada contribuye al cambio de roles sociales entre hombres y mujeres que el cuidado de los hijos, en las primeras semanas de vida, siga siendo considerado una responsabilidad propia de la mujer. CASTRO ARGÜELLES, M.A.: «La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social: un enfoque general», en VV.AA. (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Coord.): *Seguridad Social y familia*, Madrid (La Ley), 1999, págs. 108-109.

<sup>40</sup> SIERRA HERNALZ, E.: «Las medidas de igualdad de oportunidades a favor de la mujer en el empleo», *AS*, 1998, Tomo V, pág. 1236.

<sup>41</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», *AS*, 1998, Tomo V, pág. 1165.

tener derecho a la correspondiente prestación. Así, en tanto en cuanto la suspensión contractual por maternidad opera independientemente del derecho a la prestación, puede darse el caso de que la trabajadora cuyo contrato está en suspenso por parto no perciba subsidio alguno, por no reunir el período de cotización legalmente exigido<sup>42</sup>. Tratándose del período de descanso voluntario, es opcional para la trabajadora tomarse o no el permiso, a sabiendas de que su merma de salarios no se verá compensada con cargo a la Seguridad Social; menos razonable y justa se presenta tal situación durante el período de descanso obligatorio, configurado como una medida de salud laboral de insoslayable cumplimiento. Por tal razón, el art. 133 ter LGSS tendría que modificarse en el sentido de no exigir a la trabajadora carencia alguna para tener derecho a la prestación por maternidad durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto<sup>43</sup>, máxime cuando la Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la salud y de la seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, tampoco condiciona el beneficio de la prestación al mencionado requisito de cotización previa<sup>44</sup>. De ahí que algún sector de la doctrina abogue por la necesidad de crear una prestación por maternidad de base universal, configurada como un derecho de ciudadanía, que tenga por objeto la cobertura de las seis semanas posteriores al parto, ampliables en una semana más en los supuestos de parto múltiple y en dos semanas en los casos de familias monoparentales y de padres o hijos discapacitados<sup>45</sup>.

Resulta igualmente criticable el hecho de que, conforme a los arts. 12 y 13 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, para percibir la prestación por maternidad, sea necesario, como requisito adicional, la solicitud de la beneficiaria, no en vano la falta de iniciativa o la iniciativa tardía de la interesada comportaría la reducción o incluso la pérdida de esta prestación. Tal exigencia reglamentaria (nada dice la LGSS al respecto), excesiva a todas luces, puede llevar a pensar hasta qué punto «estamos ante un reglamento *extra legem* o *contra legem*»<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Por extenso, FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: *Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1999, págs. 19 y ss.

<sup>43</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *AS*, 1999, T. V, pág. 108.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Seguridad Social, maternidad y familia», *AS*, 1999, T. V, pág. 10.

<sup>45</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, ejemplar multicopiado, Madrid, 2005, pág. 61.

<sup>46</sup> OLARTE ENCABO, S.: «Prestación económica por maternidad: ¿nacimiento automático del derecho? El más que cuestionado alcance del principio de oficialidad?», *TL*, núm. 77, 2004,



### B. *Disfrute anticipado*

La ordenación estatutaria permite que la futura madre pueda beneficiarse de hasta diez semanas de descanso con anterioridad al parto, quedando limitado en tal caso el período de atención al niño a unas insuficientes seis semanas. La posibilidad de agotar tan dilatado período no tiene sentido en la actualidad, al existir vías alternativas para acceder a la suspensión que permiten disfrutar *a posteriori* el descanso maternal completo: la incapacidad temporal cuando existan problemas de salud no conectados con el puesto de trabajo, y el riesgo durante el embarazo para aquellos casos en que las condiciones laborales pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto<sup>47</sup>.

Algunos problemas pueden plantearse, también, en relación con los posibles errores en que pueda incurrir el facultativo a la hora de precisar la fecha del parto y anticipación del disfrute del derecho. En este caso, la jurisprudencia se inclina por entender que el descanso tomado anteriormente será prolongado hasta la verdadera fecha del alumbramiento, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio pueda ser reducido<sup>48</sup>. La anterior solución viene inducida por lo dispuesto en el art. 4.4 del Convenio núm. 183 de la OIT, en virtud del cual cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio se vea mermada. Ante esta situación es lógico, aunque el Real Decreto 1251/2001 no se pronuncia al respecto, que también se prolongue el pago de la prestación por maternidad<sup>49</sup>. Una regulación expresa de este supuesto evitaría, no obstante, gran cantidad de conflictos.

### C. *Parto múltiple*

Tras la promulgación de la Ley 39/1999 se ha procedido a una mejor y más clara formulación de la ampliación del descanso por parto múltiple, aco-

pág. 272. El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado al respecto, apostando por la automaticidad de la prestación, si bien teniendo en cuenta que en el supuesto enjuiciado no resultaba aplicable el RD 1251/2001, por ser anterior a su entrada en vigor. STS 22 mayo 2004 (Ar. 4617).

<sup>47</sup> GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, Murcia (DM), 2001, págs. 56-57.

<sup>48</sup> STSJ Analucía 17 mayo 1990 (Ar. 2727) ó 12 julio 1993 (Ar. 3255).

<sup>49</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «La suspensión del contrato por razón de maternidad», en VV.AA (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, Oviedo (Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo), 2001, pág. 43.

modándola al número de hijos, de tal manera que el suplemento previsto por la Ley (dos semanas) se materializa «por cada hijo a partir del segundo», regla que es de aplicación también a la «maternidad» por adopción o acogimiento múltiple<sup>50</sup>. Esto supone que si el parto es gemelar el descanso será de dieciocho semanas, incrementándose en dos semanas más por cada hijo (tres hijos suponen veinte semanas, cuatro hijos veintidós semanas, etc.).

Es evidente que la nueva regulación introduce una mejora cuantitativa para los sujetos, cada vez más numerosos, que disfrutan de los efectos de la suspensión, pues aun cuando «algunos supuestos de partos múltiples tienen su origen en la fecundación natural, resulta innegable que buena parte de ellos son fruto de la aplicación —cada vez más frecuente— de avanzadas técnicas de fecundación artificial, que han multiplicado por seis el número de embarazos múltiples en los últimos veinticinco años... Un factor clave para explicar dicha frecuencia lo constituye, junto a la facilidad de acceder a estos métodos, el cambio experimentado en el comportamiento social de la mujer que le lleva, en ocasiones, a planificar su embarazo en función de su trabajo»<sup>51</sup>. Sorprende, sin embargo, que no se vea igualmente incrementado el período de descanso obligatorio de la trabajadora, que sigue siendo el mismo (seis semanas) independientemente del número de hijos nacidos<sup>52</sup>.

Por lo demás y por lo que se refiere al momento a partir del cual puede hacerse uso de este derecho ampliado, algún sector de la doctrina entiende que aunque la referencia normativa se efectúa al parto («ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo»), en la medida en que hoy día existe la posibilidad de conocer anticipadamente la existencia de la fecundación de más de un óvulo mediante el uso de ecograffas, ello permite hacer uso del período de descanso adicional previsto en el art. 48.4 ET con anterioridad al alumbramiento, puesto que, por otra parte, la Ley no exige literalmente que el hijo o los hijos nazcan vivos<sup>53</sup>.

Ahora bien, no parece demasiado acertada dicha postura doctrinal por cuanto, teniendo en cuenta que esta prolongación del descanso obedece exclusivamente a la finalidad de conceder a la madre una ayuda adicional, dada

<sup>50</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 29.

<sup>51</sup> LOPERA CASTILLEJO, M.J.: «La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiples tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral», *AL*, núm. 47, 1999, pág. 914.

<sup>52</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, Granada (Comares), 2002, pág. 99.

<sup>53</sup> RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, pág. 56.



la mayor atención que debe dispensar por cada hijo nacido, esta solución no parece de recibo si se tiene en cuenta que una gestación de varios fetos puede finalmente truncarse, sobreviviendo finalmente sólo uno o alguno de los gestados, lo que estadísticamente por desgracia suele ser frecuente. La concesión de un período mayor de descanso a una parturienta que sólo ha dado a luz un hijo por el mero hecho de que esperaba otro u otros, situaría a ésta en una clara ventaja respecto de otras madres de parto único, que procede entender injustificada. Ello permite apoyar la solución de esperar al parto para, una vez determinado el número de hijos con vida, ejercitar el derecho equivalente<sup>54</sup>.

Todo ello no debe hacer olvidar tampoco cómo aunque en un primer momento la nueva regulación del art. 48.4 ET planteaba problemas respecto de la vigencia subsidio por parto múltiple regulado en el Real Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (con un importe igual al que corresponde percibir durante el período obligatorio de suspensión)<sup>55</sup>, el tema quedó zan-

<sup>54</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «Suspensión del contrato por razón de maternidad», en VV.AA (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, Oviedo (Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo), 2001, págs. 56-57. Así, la STSJ Madrid 1 julio 1997 (Ar. 2612) en el caso de fallecimiento antes del parto de los fetos considera que «la necesidad de descanso se ve pluralmente perturbada por la presencia de más de un hijo, lo que no sucede cuando el fruto múltiple del embarazo se ha malogrado y ninguno llega a nacer».

<sup>55</sup> El problema con respecto al mismo radicaba en que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, por la que se añade el capítulo IV bis (sobre la maternidad) de la LGSS, omitió cualquier pronunciamiento al respecto, siendo de este modo que la norma que lo preveía (el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de prestaciones económicas de la Seguridad Social y la Orden de 13 de octubre de 1967, sobre la prestación por incapacidad laboral transitoria) podía ser considerada derogada, máxime cuando la Ley 3/1989 incrementó el período de disfrute. Sobre este particular es menester traer a colación el cambio que se produjo con la STS de 11 mayo 1998 (Ar. 4325), que admitió, basándose en que la Seguridad Social no ha de ser regresiva, la vigencia del subsidio especial por parto múltiple por lo que a los padres naturales se refiere. En el mismo sentido, SSTSJ Asturias 30 abril 1999 (Ar. 1149), Castilla y León 5 noviembre 1991 (Ar. 6244), 5 octubre 1992 (Ar. 5200), 24 marzo 1995 (Ar. 924), 16 febrero 1999 (Ar. 2824) y 15 mayo 2001 (RTSS —CEF—, núm. 224, 2001, págs. 176 y ss.).

No obstante, las dudas seguían estando en cuál había de ser el tiempo de duración del subsidio, pues si bien la jurisprudencia no dudó en señalar el de las seis semanas posteriores al parto, amparándose en que el hecho de que la norma haya ido modificando los derechos derivados del contrato (a catorce semanas con la LRL y a dieciséis o dieciocho, dependiendo si el parto fuese o no múltiple, con la Ley 3/1989) no había de implicar, salvo manifestación expresa del legislador, la alteración del sistema de protección de Seguridad Social instaurado. LOPERA CASTILLEJO, M.J.: «La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiples tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral», cit., págs. 913 y ss. ó MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «Subsidio especial por parto múltiple (Comentario a la STS de 11 de mayo de 1988)», *RL*, núm. 9, 1999, págs. 64 y ss.

jado por el Real Decreto Ley 1368/2000, de 19 de julio (que desarrolla, a su vez, el Real Decreto Ley 1/2000, de 14 de enero)<sup>56</sup>. Así, en virtud del art. 3 del Real Decreto Ley 1/2000 se establece en el sistema de Seguridad Social una prestación económica de pago único por parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos; su cuantía, que se hace depender del salario mínimo interprofesional, está fijada en cuatro veces el mismo cuando el número de hijos nacidos sea dos; ocho, cuando el número de hijos sea tres; y doce, si éste es igual o superior a cuatro. Tal prestación es compatible, además, con el subsidio especial de maternidad por parto múltiple reconocido en el Real Decreto 3158/1966 (cifrado —como ya consta— en la cantidad que resulte de multiplicar el 100 por 100 de la base reguladora por cada hijo a partir del segundo durante el período de descanso obligatorio de seis semanas) a tenor del párrafo segundo del art. 11 del Real Decreto 1368/2000<sup>57</sup>.

No obstante la claridad de la normativa anterior y por si duda hubiere, el art. 3.2 del Real Decreto 1251/2001 se encarga de precisar también que en los casos de «parto múltiple... se concederá un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el período de seis semanas, inmediatamente posteriores al parto». De esta manera, no cabe duda de que «se prevén dos prestaciones con idénticos sujetos beneficiarios y sujetos causantes, esto es, se da la singularidad de que una misma contingencia es protegida a través de dos prestaciones perfectamente compatibles»<sup>58</sup>.

La razón que parece justificar tal duplicidad puede encontrarse en el hecho de que las situaciones de necesidad dignas de protección son distintas para el supuesto del «subsidio especial por parto múltiple», recogido en el art. 3.2 del Real Decreto 1251/2001, y para el supuesto de la «prestación económica familiar por parto múltiple», regulada en el art. 2 del Real Decreto Ley 1/2000. Así, para el primer caso, la situación de necesidad que el ordenamiento selecciona «es el período obligatorio que procede en caso de maternidad» y, en el segundo, «se trata de compensar, en parte, los mayores gastos

<sup>56</sup> Y ya con anterioridad mediante el informe emitido, el 15 de marzo de 1995, por la Subdirección General de Asistencia Técnico-Jurídica de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, en virtud del cual «en los supuestos de partos múltiples debe concederse un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero». FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la discriminación por razón de sexo*, Madrid (La Ley), 1999, págs. 134-135.

<sup>57</sup> GARCÍA ROMERO, B.: «La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social», *AS*, núm. 14, 2000, págs. 55 y ss.

<sup>58</sup> RIVAS VALLEJO, M.P.: «La mejora de la protección familiar: el Real Decreto 1368/2000, de 19 de julio», *TS*, núm. 119, 2000, pág. 93.

que se producen por nacimiento de hijos... cuando, de forma simultánea, las familias han de cuidar de varios hijos por el hecho del parto múltiple»<sup>59</sup>.

Quedaba sin solucionar, no obstante, un problema adicional: la posibilidad de obtener la prestación económica por parto múltiple en los supuestos de adopción o acogimiento, pues, en principio, no concurría el requisito, consagrado en el Real Decreto 1368/2000, de que los menores fueran hijos nacidos de parto natural múltiple. Con gran acierto, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, sobre disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, soluciona definitivamente esta cuestión, derogando de forma expresa lo previsto en el art. 3 del Real Decreto Ley 1/2000 y dando nueva redacción al art. 187 LGSS con el fin último de proteger no sólo los supuestos de alumbramiento múltiple sino también de adopción o acogimiento del mismo carácter<sup>60</sup>. Otra solución no hubiera sido posible en un ordenamiento como el español, en el cual la Constitución proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación<sup>61</sup>.

Asimismo, comprendida igualmente en el ámbito de las prestaciones familiares de Seguridad Social, se incorpora una nueva prestación económica de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos (art. 2.2 Real Decreto Ley 1/2000)<sup>62</sup>, cuya finalidad no era otra que incentivar la natalidad, pues su regulación excluía injustificadamente a los adoptados, salvo para el cómputo de hijos<sup>63</sup>. Tal laguna ha sido cubierta, igualmente, por la reforma operada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, en el art. 185 LGSS, pues a partir de ahora la prestación se reconoce —lógicamente— tanto por nacimiento como por adopción de un tercer o sucesivos hijos.

En fin —y por lo que aquí interesa—, el incremento del período de descanso por parto múltiple debe valorarse de forma positiva, salvo por el hecho de que se ha perdido la oportunidad de introducir una medida verdaderamente incentivadora del reparto de responsabilidades familiares, que hubiera podido consistir en asignar la titularidad de las semanas complementarias al padre, sin posibilidad de transferencia a la madre<sup>64</sup>. Ello sin olvidar, como crítica adicional, que aun cuando la nueva regulación se adecuaba

<sup>59</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «El subsidio especial por maternidad en caso de parto múltiple», *TS*, núm. 23, 2001, pág. 27.

<sup>60</sup> STS 24 junio 2004 (Ar. 5068) y STSJ Galicia 27 diciembre 2003 (Ar. 258).

<sup>61</sup> SUÁREZ CORUJO, B.: «Prestación económica por adopción múltiple», *AS*, núm. 20, 2005, pág. 36.

<sup>62</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «Las prestaciones de protección familiar por nacimiento de hijo y por parto múltiple», *Social Mes a Mes*, núm. 57, 2000, págs. 19 y ss.

<sup>63</sup> MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Notas críticas sobre el régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo», *TS*, núm. 123, 2001, págs. 16-17.

<sup>64</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate», *TL*, núm. 52, 1999, pág. 57.

algo mejor que la anterior a las necesidades que a una familia se le presentan con este tipo de parto o adopción, lo cierto es que la concesión de dos semanas más por hijo es insuficiente, si tenemos en cuenta el esfuerzo y la dedicación que supone el cuidado de un nuevo hijo. Por eso mismo, podía haberse establecido un tiempo mayor de permiso no sólo en función del número de hijos que se tengan en un mismo parto, sino en función de los ya existentes<sup>65</sup>.

#### D. *Parto frustrado*

Aun cuando la norma no exige que el niño nazca vivo, razón por la cual su muerte no obsta al inicio o mantenimiento de la suspensión contractual contemplada en el art. 48.4 ET, lo cierto es que parece razonable entender que en tal caso la suspensión quedará reducida al período mínimo obligatorio de seis semanas dirigido a la recuperación física de la madre, pues, no existiendo recién nacido al que atender, pierde sentido el descanso durante el denominado «período voluntario»<sup>66</sup>.

Esta interpretación queda corroborada con lo dispuesto en el art. 7.2 del Real Decreto 1251/2001, en virtud del cual «en el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieren agotado...». No procederá, por tanto, el disfrute paterno del descanso, ya que el padre es partícipe solamente del período voluntario<sup>67</sup>. En fin —y como es lógico—, esta regla será de aplicación «cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos ciento ochenta días», pues en otro caso no se trataría de un parto frustrado sino de un aborto.

#### E. *Parto prematuro*

El parto frustrado conecta con otro supuesto, el parto prematuro, regulado por la disposición adicional 8.<sup>a</sup> de la Ley 12/2001, de 9 de julio, a par-

<sup>65</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», AS, 1999, T. V, pág. 1165.

<sup>66</sup> RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 95.

<sup>67</sup> NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Madrid (Dykinson), 2002, pág. 103.



tir de la cual queda colmada una laguna existente en nuestro ordenamiento jurídico, pues hasta la entrada en vigor de la disposición normativa mencionada «la llegada a casa del recién nacido, tras su necesaria estancia en el hospital, podía coincidir con la reincorporación de la madre a su trabajo por haber agotado el correspondiente permiso de maternidad»<sup>68</sup>.

En este caso, el alumbramiento acaece de la misma manera que en un embarazo a término, con similares consecuencias físicas y psíquicas. La diferencia más destacable es la delicada salud del hijo, cuyo desarrollo intrauterino no ha podido completarse y precisa, por tanto, cuidados más especiales<sup>69</sup>. Afortunadamente, el legislador ha tomado conciencia de la doble situación que se produce en un parto de un niño inmaduro: de un lado, mientras el bebé se encuentra en el centro hospitalario, la parte fundamental del cuidado recae sobre la institución sanitaria, aunque la presencia de los padres durante algunas horas al día sea fundamental para la positiva evolución del niño; de otro, cuando es dado de alta todo el cuidado recae sobre los progenitores<sup>70</sup>.

Bajo tales premisas, los derechos establecidos con la nueva regulación son los siguientes:

a) El padre o la madre (no los dos) tendrán derecho a ausentarse una hora del trabajo (retribuida), y, asimismo, tendrán derecho a reducir la jornada hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional del salario. Se supone, aunque el nuevo art. 37.4 bis) ET no lo especifica, que dicho permiso o reducción de jornada se mantendrá hasta que cese la hospitalización.

Haciendo una interpretación mínimamente coherente de este precepto, habrá que entender incluidos también los supuestos en que el parto hubiera tenido lugar en un marco distinto del hospital y se hubiese producido con posterioridad el ingreso del neonato, así como los casos en los cuales se produjese el alta del nacido y tras ella tuviera lugar su ingreso hospitalario en un lapso de tiempo irrelevante, sin olvidar tampoco los supuestos en que por causa de la salud de la madre, ésta y el neonato deben permanecer hospitalizados o aquellos otros en los que la estancia en el recinto hospitalario no obedezca a la prematuridad o a problemas de salud actuales del niño,

<sup>68</sup> LOPERA CASTILLEJO, M.J.: «La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiple tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral», cit., pág. 914. En la doctrina italiana, PALOMBA, A.C.: «Astensione obbligatoria in caso di parto prematuro», *Il. Dir. Lav.*, núm. 4, 2000, págs. 269 y ss.

<sup>69</sup> NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *La licencia por maternidad de la trabajadora*, cit., pág. 102.

<sup>70</sup> DE VICENTE PACHES, F. e IBÁÑEZ GOZALBO, M.: «El permiso por maternidad en caso de nacimiento de un hijo prematuro: un supuesto lamentablemente olvidado», *TS*, núm. 123, 2001, pág. 23.

sino a necesidades preoperatorias, diagnósticas, observación o pruebas clínicas<sup>71</sup>. Lo que se exige, en todo caso, es la estancia en un centro hospitalario, de manera que la falta de hospitalización, por ejemplo porque el niño recibe asistencia médica en el hogar familiar o es simplemente trasladado (diariamente o no) al centro hospitalario para recibirla, imposibilita el hecho desencadenante del permiso<sup>72</sup>.

No se aclara, desde el punto de vista legal, si es posible entender aumentado el tiempo de ausencia en caso de parto múltiple, con hospitalización simultánea de todos los neonatos; una vez más, desde una perspectiva teleológica, ha de darse una respuesta forzosamente afirmativa, aunque, sin duda, la redacción literal de este precepto parece excluir esta conclusión, pues utiliza el plural «nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados», pudiendo inferir que abarca a todos los hijos que puedan estar en tal situación generándose derecho a un único permiso común para atender al cuidado de todos ellos<sup>73</sup>.

Por lo demás, atendiendo a la finalidad que este permiso viene a cumplir, no parece justificada la exclusión de los supuestos de hospitalización del hijo a continuación de la adopción, aunque las particularidades de la filiación adoptiva hacen aconsejable el establecimiento de un tratamiento distinto (pero equivalente)<sup>74</sup>. Tampoco se entiende suficiente, a la postre, el tiempo retribuido de permiso que se reconoce en el supuesto aquí analizado, por cuanto resulta obvio que el trabajador/a va a tener que acudir normalmente a la reducción de jornada, ante la práctica imposibilidad de procurar cuidados a un hijo hospitalizado en un período tan breve, aun en los casos en que la distancia entre el centro de trabajo y el recinto hospitalario no fuera excesiva<sup>75</sup>.

b) El período de suspensión del contrato por maternidad podrá iniciarse, a instancia de la madre, o, en su defecto, del padre, desde que se produzca el alta hospitalaria. Se excluyen del cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto de suspensión obligatoria del contrato de la madre<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> RUBIO DE MEDINA, M.D. y CAÑAL RUIZ, J.M.: *La integración de la mujer en el mercado laboral*, Barcelona (Bosch), 2004, pág. 116.

<sup>72</sup> ARGÜELLES BLANCO, A.R.; MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, Madrid (CES), 2004, pág. 115.

<sup>73</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, Madrid (CES), 2004, pág. 147.

<sup>74</sup> VIQUEIRA PÉREZ, C.: *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2003, pág. 46.

<sup>75</sup> LÓPEZ TERRADA, E.: *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2003, pág. 86.

<sup>76</sup> Pionero en incluir mejoras para las madres de niños prematuros ha sido el CC del Personal Laboral del Ayuntamiento de Madrid (BOCM, 3 agosto 2000).



En consecuencia, tal y como el art. 7.4 del Real Decreto 1251/2001 se encarga de precisar, la percepción del subsidio por maternidad «se interrumpirá, a petición del padre o de la madre, según cuál sea el beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, y se reanudará a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el período que reste por disfrutar». A tal efecto, se tendrán en cuenta, además, las siguientes previsiones:

- Si el descanso se ha iniciado a partir de la fecha del parto, la interrupción en el percibo del subsidio por maternidad podrá comprender el período de las diez semanas posteriores al descanso obligatorio o de las que correspondan por parto múltiple.
- Si el descanso por maternidad se ha iniciado antes del parto, la interrupción afectará únicamente al período que, en su caso, reste por disfrutar tras las seis semanas de descanso obligatorio.
- Si durante la percepción del subsidio por maternidad se extingue el contrato de trabajo del beneficiario o se produce el cese de la actividad, no podrá interrumpirse dicho subsidio.

En definitiva, se trata de un derecho dotado de doble contenido y titularidad: de un lado, el período de seis semanas debe ser disfrutado exclusivamente por la madre en el momento inmediato al parto, siendo obligatorio hacerlo efectivo; de otro, las semanas restantes podrán suponer la interrupción temporal del contrato de cualquiera de los progenitores, pudiendo optar por la fecha en la que deseen hacerlo efectivo bien sea a partir del parto y consecutivamente con las semanas obligatorias o bien fraccionando su disfrute y dejando estas semanas para después del alta hospitalaria<sup>77</sup>.

#### F. *Enfermedades anteriores o posteriores al parto*

Como es lógico, los procesos de incapacidad temporal iniciados antes del parto y sin que la interesada hubiera optado por el descanso maternal, se mantendrán en sus propios términos hasta el momento del nacimiento, dejando siempre a salvo la posibilidad de opción de la interesada por dicho descanso. A partir de la fecha del alumbramiento deberá comenzar el disfrute del descanso por maternidad. Si transcurrido éste, la anterior situación de incapacidad temporal persistiera, se reanudará, lógicamente, el cómputo interrumpido (art. 9.2 RD 1251/2001).

Bien pudiera suceder, por tanto, que, por las incidencias del embarazo o del parto, la suspensión inicial (por maternidad) debiera prolongarse; sin

<sup>77</sup> MOGARDO PANADERO, P.: «La suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral», cit., pág. 35.

embargo, tal supuesto será, tal y como se encarga de precisar el art. 9.1 del Real Decreto 1251/2001, de todo punto ajeno ya al ámbito de protección del art. 45.1.d) ET y entrará de lleno en el correlativo de la letra c) de aquel precepto, es decir, de la incapacidad temporal<sup>78</sup>, iniciándose a partir de ese momento —y sin solución de continuidad— el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación<sup>79</sup>. Así, y sin perjuicio de la posterior suspensión y prestación por incapacidad temporal, si como resultado del parto la trabajadora padeciera afectaciones que comportaran convalecencias superiores al plazo legalmente fijado, ello no comporta una ampliación del derecho aquí analizado, contra la prevención específica contemplada en el art. 5 del Convenio núm. 183 OIT (no suscrito aún por el Estado Español)<sup>80</sup>.

Erróneamente, en la ordenación de la maternidad se ha optado por un criterio omnicompreensivo, de forma que cualquier alteración de la salud que se produzca durante su vigencia no ocasiona efecto alguno, es decir, durante el descanso por maternidad no procederá el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal derivada de ninguna contingencia (art. 9.3 RD 1251/2001). Esta regla, que simplifica la posible superposición de situaciones, pretende evitar situaciones de extensión abusivas de la protección y, sin embargo, no atiende a la finalidad otorgada a cada instituto protector<sup>81</sup>.

En consecuencia —y descendiendo al detalle de supuestos más concretos—, cuando durante la percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, se inicie un proceso de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia, podrá percibirse también simultáneamente el subsidio correspondiente a esta situación, en cuyo caso la base reguladora se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniere compatibilizando con el subsidio por maternidad. Ahora bien, si agotado el subsidio por maternidad, la madre o el padre continuaran en situación de incapacidad temporal, se mantendrá la percepción del subsidio por esta contingencia en la cuantía que correspondiera al régimen de jornada completa, si bien a efectos de su duración y porcentaje se tomará como referencia la fecha de la baja médica en el trabajo en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 9.3 RD 1251/2001).

<sup>78</sup> ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, cit., pág. 231.

<sup>79</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., pág. 120.

<sup>80</sup> FALGUERA BARO, M.A.: *Filiación y familia: sus efectos en el contrato de trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, pág. 31.

<sup>81</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, ejemplar multicopiado, 2005, pág. 173.



Es más, si existiendo un derecho al descanso compartido entre los progenitores, uno de los dos cayera enfermo, iniciándose un proceso de incapacidad temporal por causa común es necesario distinguir dos circunstancias: De ser el padre el que se encuentra en disfrute de descanso cuando cae la madre enferma, el criterio mantenido ha sido el de la conservación del derecho al descanso por parte del padre hasta su agotamiento, mientras la madre iniciaría un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común. De ser el padre el que resulta aquejado por la enfermedad común, el mismo continuará en el disfrute del permiso hasta su agotamiento, momento en el que pasará, sin solución de continuidad, a la situación de incapacidad temporal<sup>82</sup>. Como se ve, esta solución, en perjuicio de la mujer, sigue exigiendo a quien disfruta del permiso agotarlo antes de entrar en incapacidad temporal sin tener en cuenta la imposibilidad física del incapacitado temporalmente de hacerse cargo del cuidado del hijo<sup>83</sup>.

En definitiva, procede insistir en la deficiente configuración del permiso por maternidad y su relación con la incapacidad temporal a la luz del argumento siguiente: Si el fin del descanso por maternidad es, evidentemente, y al menos en parte, el cuidado del hijo, es claro que quien se encuentra en situación de salud deteriorada —sea cual sea la causa—, no está en condiciones, o puede no estarlo, de cuidar al hijo y por lo tanto es precisamente en este supuesto cuando más necesita el traslado del permiso al otro progenitor. De hecho, dos factores deben ser tenidos en cuenta a estos efectos: De un lado, aun cuando una parte fundamental del permiso por maternidad es la recuperación de la salud de la madre, lo cierto es que no todo lo relacionado con los «cuidados parentales» debe ser considerado «un asunto de mujeres». De otro, la intención legislativa de evitar el fraude que se podría ocasionar al obtener dos subsidios (incapacidad temporal y maternidad) donde sólo debería haber uno cae por su propio peso, pues, como con acierto se ha dicho, «¿de verdad cree el legislador que compensa a tener un hijo y encontrarse enfermo el hecho de defraudar un subsidio de cuatro meses?»<sup>84</sup>.

Late en la redacción de la norma «la desconfianza de que la excusa de la maternidad sirva para que bajo la forma de incapacidad temporal materna y prestación de maternidad paterna se duplique la prestación de Seguridad Social por un mismo hecho causante. Olvida, sin embargo, el legislador que ni se trata del mismo hecho causante (uno de ellos es la maternidad, el otro, la enfermedad materna), ni resultan sociológicamente conve-

<sup>82</sup> Circular 20/1989, de 22 de septiembre, del INSS.

<sup>83</sup> RABANAL CARBAJO, P.: «Prestaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo: problemas pendientes», *AL*, núm. 6, 2005, pág. 638.

<sup>84</sup> RABANAL CARBAJO, P.: «Prestaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo: problemas pendientes», cit., pág. 638.

nientes, en vista del tradicional apartamiento paterno de las responsabilidades domésticas y familiares, garantías tan férreas ante situaciones tan extremas»<sup>85</sup>. Deviene necesario, por tanto, establecer una regulación más protectora, permitiendo la suspensión de la protección por maternidad en los supuestos aquí analizados, previa acreditación clínica de la dificultad o imposibilidad de dedicación a la atención del hijo<sup>86</sup>.

### G. Aborto o interrupción irregular del embarazo

La desconfianza frente a la utilización fraudulenta del descanso por maternidad se mantiene también en los supuestos de aborto o interrupción irregular del embarazo, no en vano en tales casos no existe ningún proceso generativo ni maternidad en sentido propio —en cuanto ésta ha sido interrumpida—, eliminando *ab initio* la posible continuidad de sus efectos y su natural resultado en el parto<sup>87</sup>. Sabido es que la provocación del aborto no punible, esto es, el terapéutico (o con existencia de peligro físico o psíquico para la madre), eugenésico (cuando la gravedad se traslada al feto, siendo realizable hasta en veintidós semanas) y el ético (en las doce primeras semanas y a consecuencia de delito de violación denunciado), además del que ocurra de forma espontánea, va a traer como consecuencia inmediata la necesidad de tutelar la salud de quien lo padece, pues la situación presenta por lo general un cuadro de riesgos ineludibles y de inevitable recuperación física y, en su caso, psíquica. En este sentido, siendo el único bien jurídico a tutelar el de la recuperación de quien aborta, la mayor parte de la doctrina entiende que la interpretación correcta pasa por encuadrar tales supuestos dentro de la incapacidad temporal (pues no hay recién nacido a quien cuidar ni relación familiar que establecer), aun cuando la causa que lo origina no sea exactamente la enfermedad ni el accidente<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 25.

<sup>86</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas de reforma para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 181.

<sup>87</sup> La diferencia más sobresaliente entre el parto prematuro y el aborto reside en que en el parto prematuro el proceso generativo es completo y culmina con el alumbramiento de una criatura presumiblemente viable. Por el contrario, el aborto supone la cancelación del proceso generativo y la anulación de sus consecuencias reproductivas, sin que exista maternidad en sentido propio. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *La licencia por maternidad de la trabajadora*, cit., pág. 104.

<sup>88</sup> Por todos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la discriminación por razón de sexo*, cit., pág. 128.

Ahora bien, tal argumentación olvida que el objetivo fundamental de la protección por embarazo es la salvaguarda de la situación laboral y la carrera profesional de la trabajadora, objetivo que no se alcanza de forma eficaz con la protección que otorga la incapacidad temporal por enfermedad común<sup>89</sup>, pues «el régimen jurídico de la incapacidad temporal es de contenido cualitativa y cuantitativamente inferior al que rodea a la maternidad»<sup>90</sup>, a saber: a) la beneficiaria de la protección habrá de esperar hasta el cuarto día de la baja médica para beneficiarse de las prestaciones de la Seguridad Social, quedando desamparada durante los tres primeros días, los cuales, según su estado de salud y el tiempo de la recuperación clínica, pueden constituir el ciclo completo de restablecimiento o, lo que es lo mismo, de duración de la alteración de la salud; b) la prestación, una vez nacida tras el período de espera, y teniendo en cuenta que la curación o eliminación de las posibles secuelas del aborto raramente se prolongarán más allá del vigésimo día de la baja, correrá íntegramente a cargo del empresario, que habrá de abonarla en pago directo, lo cual no facilita en medida alguna la promoción profesional de la mujer; c) la cuantía de la prestación es, desde la Ley 42/1994, inferior a la correspondiente a la contingencia de maternidad: el 60-75 por 100 de la base reguladora por contingencias comunes, frente al 100 por 100 por maternidad<sup>91</sup>.

La laguna existente en nuestro ordenamiento en este punto contrasta, además, con la preocupación puesta de manifiesto por los organismos internacionales y, en concreto, por la OIT, quien en su Recomendación núm. 95, sobre la protección de la maternidad, señala la conveniencia de que «los organismos de control estuvieran autorizados para prescribir en casos individuales... una prolongación suplementaria del descanso durante el embarazo y del descanso puerperal... y especialmente cuando existan o puedan producirse condiciones anormales, tales como abortos u otras complicaciones durante el embarazo o el puerperio»<sup>92</sup>. De todas formas, tampoco sería necesario, para lograr el fin último de proteger la situación laboral y la carrera profesional de la madre trabajadora, que el legislador extendiera al supues-

<sup>89</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido», cit., pág. 1167. Sobre esta misma idea, por extenso, VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, Madrid (Edresa), 1983, pág. 53.

<sup>90</sup> RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., págs. 286 y ss.

<sup>91</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de las dos contingencias», en VV.AA.: *La incapacidad temporal*, Madrid (Tecnos), 1996, págs. 278 y ss.

<sup>92</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «La suspensión del contrato por razón de maternidad», en VV.AA (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, cit., pág. 43.

to de aborto la protección por maternidad *strictu sensu*, bastaría que se regulara de manera similar a como se ha hecho con el supuesto de riesgo durante el embarazo —situación nueva creada por la Ley 39/1999—, pues «el fenómeno del aborto está íntimamente ligado a la maternidad y además sólo lo sufren las mujeres»<sup>93</sup>.

#### H. *Disfrute de vacaciones*

La articulación entre el permiso por maternidad y el disfrute de las vacaciones tradicionalmente ha suscitado dos tipos de problemas: el relativo al cómputo del período de suspensión a efectos del devengo del derecho a las vacaciones y el referido a la distribución del riesgo derivado de la coincidencia de estos dos períodos, es decir, el suspensivo por razones de nacimiento de un hijo y el de interrupción de la prestación durante el tiempo de descanso anual<sup>94</sup>.

En relación con la primera cuestión, hay que tomar como regla de partida que el trabajador, para causar derecho a las vacaciones, ha de haber prestado servicios durante un año completo, pues se trata de un derecho de devengo periódico que —como parece desprenderse del art. 38.1 ET referido a las vacaciones anuales— conlleva o presupone la prestación de trabajo efectivo durante todo ese período. Ello hace surgir la duda de si ciertas ausencias se computan a los efectos de dicho devengo. Más concretamente, y por lo que ahora interesa, las debidas a suspensión por maternidad. La solución a este problema no se contiene en la norma estatal interna, pero sí se encuentra en una norma internacional de frecuente invocación para resolver dudas interpretativas a propósito del régimen jurídico de las vacaciones, el Convenio número 132 de la OIT, en cuyo art. 5.4 se dispone que «las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como la enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios».

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, esto es, al eventual solapamiento del momento de disfrute de ambos derechos y las consecuencias que de ello habrían de derivarse para el trabajador o trabajadora afectados, hay que tener en cuenta que la fijación del período de disfrute de las vacaciones anuales se remite en el art. 38.2 ET al acuerdo individual entre

<sup>93</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», cit., pág. 1167.

<sup>94</sup> MARTÍNEZ MORENO, C.: «Soluciones inesperadas en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones. En particular, sobre la coincidencia del mismo con el permiso por maternidad», *AS*, núm. 3, 2004, págs. 9 y ss.



trabajador y empresario, pero de conformidad con lo establecido, en su caso, en convenio —o acuerdo de empresa— sobre planificación anual de las vacaciones. Dicho de otro modo, y en contra de lo que pudiera en una primera lectura deducirse del precepto de referencia, las partes habrán de tener en cuenta y someterse —a la hora de fijar las fechas concretas del período vacacional— a lo que se haya podido establecer, con carácter general, en convenio o pacto singular de carácter colectivo en torno a las vacaciones del resto de la plantilla. Este criterio de articulación normativa o, por mejor decir, de ordenación de las fuentes de la relación de trabajo en el que el interés individual cede ante el de carácter colectivo, es el que, al menos en una primera aproximación, explica de modo más convincente la solución que la jurisprudencia venía otorgando al problema de la coincidencia entre el período de disfrute de las vacaciones y la baja por maternidad, consistente en hacer recaer los efectos de tal eventualidad sobre el propio trabajador o —mejor— trabajadora afectados. Ello sin perjuicio, claro está, de que pudieran arbitrarse otras soluciones mediante acuerdo, colectivo o individual, que mejorasen esta pauta en beneficio del trabajador<sup>95</sup>.

Esta solución comportaba un perjuicio objetivo para la trabajadora, cifrado en la minoración de su tiempo de descanso retribuido, que quedaba, por así decirlo, absorbido por el descanso por maternidad a pesar de que ambos períodos tienen un fundamento y una finalidad totalmente distintos. Es más, la situación descrita todavía se tornaba más desventajosa cuando la trabajadora no reuniera los requisitos necesarios para el cobro de la prestación por maternidad, pues, aplicando el criterio jurisprudencial transcrito, perdería el disfrute de un descanso retribuido y mantendría un derecho al descanso sin contraprestación, que es lo mismo que vaciar de contenido este derecho<sup>96</sup>. Por contra, se originaba un lucro emergente para el empresario

<sup>95</sup> Según esta doctrina judicial, la trabajadora no tiene derecho a solicitar el disfrute de sus vacaciones en época distinta, pues «no se puede disponer de un nuevo período de vacaciones disfrutado por ella de forma aislada y exclusiva, con independencia del que se señaló con carácter común para toda la empresa» [STS 30 de noviembre 1995 (Ar. 8771)]. En el mismo sentido, STS 27 junio 1996 (Ar. 5389)]. *A sensu contrario*, parece que en caso de vacaciones no pactadas con carácter previo a la coincidencia entre el permiso por maternidad y las vacaciones, la trabajadora tendrá derecho a disfrutarlas en período distinto. En todo caso, nada impediría —lógicamente— que en convenio colectivo pudiera ser incluido un pacto en virtud del cual, y para el supuesto de superposición temporal entre el permiso por maternidad y las vacaciones, éstas se disfruten en un período distinto. BALLESTER PASTOR, M.A. y PONS CARMENA, M.: «Maternidad y responsabilidades familiares», en VV.AA. (PÉREZ DEL RÍO, T., Coord.): *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 1995, pág. 171. En sentido contrario, STSJ Baleares 29 abril 1991 (Ar. 2826) y STCT 10 octubre 1988 (Ar. 6149).

<sup>96</sup> NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: «La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad», *TL*, núm. 77, 2004, pág. 307.

que se vea liberado de la obligación de pagar la retribución de un período en el que originariamente tampoco debía percibir servicios<sup>97</sup>.

Ahora bien, la criticada interpretación judicial anterior habrá de ser objeto de revisión a la luz de un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en virtud del cual se afirma rotundamente la posibilidad de que el trabajador/a disfrute de sus vacaciones en momento distinto al del permiso por maternidad, incluso cuando exista un acuerdo colectivo para la fijación de las vacaciones anuales para toda la plantilla<sup>98</sup>, no en vano la finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente de la del derecho al permiso de maternidad. Este último tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, mientras el primero pretende que todos los trabajadores dispongan de un período dilatado de descanso efectivo. De esta forma, si coincide el permiso de maternidad de una trabajadora con las vacaciones anuales de toda la plantilla, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva 93/104, sobre el tiempo de trabajo<sup>99</sup>.

Esta posibilidad de disfrute de las vacaciones cuando haya finalizado el período pactado colectivamente se configura, de facto, como una prolongación del tiempo de descanso retribuido tras el nacimiento del hijo sin coste económico adicional, tanto si la trabajadora disfruta en solitario del permiso, como si lo comparte con el padre, pues, en este segundo supuesto, mientras la madre disfruta de las vacaciones, el progenitor varón utilizará el permiso, quedando ampliado el tiempo en el que ambos conjuntamente están atendiendo al cuidado del hijo, implicándose, así, el padre en su atención sin que a su vez deje de ser atendido por la madre<sup>100</sup>.

### I. Otras circunstancias a considerar

Las especiales dificultades que plantean el nacimiento de un hijo con discapacidad, así como la especial situación de adaptación cuando la madre

<sup>97</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: *Transposición de las normas comunitarias: exigencias de la Directiva 2002/73/CEE sobre discriminación por razón de género en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo*, ejemplar multicopiado, 2005, pág. 88.

<sup>98</sup> STJCE 342/01, de 18 de marzo de 2004, asunto *M.<sup>a</sup> Paz Merino Gómez frente a Continental Industrias del Caucho, S.A.*, comentada por PÉREZ DEL RÍO, T.: «Suspensión por maternidad y derecho a vacaciones», *RDS*, núm. 27, 2004, págs. 106 y ss.

<sup>99</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., pág. 283.

<sup>100</sup> NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: «La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad», cit., pág. 315.

y/o el padre están discapacitados, justifican la necesidad de introducir un trato diferencial respecto a la ordenación general de la extensión del período de suspensión del contrato. Es pertinente, por tanto, aumentar los permisos por maternidad para estos supuestos en función precisamente del grado de discapacidad acreditado.

Asimismo, la dedicación en solitario al cuidado del hijo que se plantea en el supuesto de una familia monoparental debería ser valorada como causa justificativa del incremento de la duración del período de disfrute de la suspensión del contrato <sup>101</sup>.

### 3.1.2. *Titularidad del derecho*

Con el fin último de asegurar el cuidado de la descendencia <sup>102</sup>, el legislador va a permitir, bajo determinadas circunstancias, que sea el padre —y no la madre— quien disfrute de los beneficios legalmente previstos. La Ley 39/1999 procede en consecuencia (mejorando el límite de las cuatro semanas últimas establecido por la Ley 3/1989, de 3 de marzo <sup>103</sup>) e introduce un nuevo segundo párrafo al art. 48.4 ET, para establecer que, no obstante lo anterior, para el caso de que padre y madre trabajen, el padre [trabaje o no para el mismo empresario que la madre] <sup>104</sup>, a opción de la madre hecha con anterioridad al inicio del período de descanso, podrá disfrutar de una parte determinada e ininterrumpida del período total de suspensión posterior al parto, sin perjuicio de las seis semanas de reposo puerperal obligatorio, cuyo disfrute, irrenunciable, siempre corresponde a la madre <sup>105</sup>.

<sup>101</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 154.

<sup>102</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», cit., págs. 5827-5828.

<sup>103</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros», *RL*, núm. 9, 1989, págs. 103 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora», *RL*, 1989, Tomo II, págs. 86 y ss. o GONZÁLEZ VELASCO, J.: «La excedencia para atender el cuidado de los hijos y la Ley 3/1989, de 3 de marzo», *AL*, 1989, Tomo II, págs. 255 y ss.

<sup>104</sup> No obstante lo cual, el TJCE entiende no discriminatoria una legislación en la cual la concesión de una baja para el cuidado de hijos es reconocida en exclusiva a la madre, y no alternativamente en favor de ambos padres, aun cuando ambos lleguen a un acuerdo. SSTJCE 184/83, de 12 de julio de 1984, asunto *Ulrich Hofmann contra Barmer Ersatzkasse* y 312/86, de 25 de octubre de 1988, asunto *Comisión contra Francia*, donde establece literalmente que «la protección de la mujer en lo que concierne a la maternidad tiene por fin asegurar la protección de las relaciones particulares entre la mujer y su hijo (...) evitando que estas relaciones sean perturbadas por el cúmulo de cargas resultantes del ejercicio simultáneo de una actividad profesional».

<sup>105</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *AS*, 1999, T. V, pág. 107.

### A. *La opción en favor del disfrute paterno*

La exigencia de que ambos trabajen da sobradas muestras del modelo de familia que se está realmente promocionando, pues si la mujer no trabaja tiene que cuidar irremediamente al niño sin que la Ley facilite una corresponsabilidad, ignorando supuestos en los que la madre o el padre están atendiendo a su formación y, por tanto, se crean situaciones que se deberán resolver en la esfera privada y no por el legislador directamente <sup>106</sup>.

Al tiempo, tampoco se tiene en cuenta el enorme problema que se plantea en aquellos casos en los cuales la madre no es trabajadora en sentido estricto y no está incluida en algún régimen de protección de la Seguridad Social (en paradigmático ejemplo, abogada —afiliada a la Mutualidad correspondiente—), pues «al no ser titular de los derechos reconocidos en el ET, no puede hacer la cesión consiguiente a su cónyuge» <sup>107</sup>. Por tales razones, no puede extrañar que algún sector de la doctrina, con acierto, haya manifestado cómo el reconocimiento de la protección por maternidad en favor del padre debería realizarse siempre, previa opción de la madre, y ello con independencia de que la misma sea o no trabajadora o beneficiaria de la protección, ya que, aunque a efectos del descanso, será necesaria la actividad laboral de la madre, tal como se recoge en el art. 48.4 ET, a efectos de la protección, el contenido de la adicional undécima bis de la LGSS posibilitaría su reconocimiento <sup>108</sup>.

En la medida en que, de conformidad con el régimen jurídico vigente, «hay un sujeto en situación preferente, que es la madre y otro en una situación absolutamente secundaria, que es el padre» <sup>109</sup>, el permiso por paternidad se sigue configurando como una renuncia o cesión que la madre hace en favor del padre <sup>110</sup>, a fin de que éste pueda disfrutar parte o la integridad

<sup>106</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad», cit., pág. 67.

<sup>107</sup> STS 28 diciembre 2000 (Ar. 2001, 1882) y STSJ Canarias 13 febrero 2003 (JUR. 101092). Adoptando una posición crítica, CUENCA ALARCÓN, M.: «El disfrute paterno de la suspensión del contrato por maternidad: coordinación de los ordenamientos laboral y funcional», *RL*, núm. 8, 2001, págs. 73 y ss. ó SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: «Maternidad biológica y subsidio por paternidad», *AS*, núm. 5, 2004, pág. 36.

<sup>108</sup> MARTÍNEZ LLANOS, N.: «Maternidad biológica y adoptiva en la Seguridad Social: opciones, descansos y prestaciones», *Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*, núm. 5, 2001, pág. 31.

<sup>109</sup> CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTÍN, M.S.: «Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas», *AS*, 1999, T. V, pág. 549.

<sup>110</sup> No se comprende muy bien por qué la STSJ Castilla La Mancha 19 octubre 1998 (Ar. 3966) considera que el convenio colectivo aplicable en la empresa de la madre es el que regula la duración del descanso por maternidad en los casos de transferencia al padre. Como



del período de descanso voluntario posterior al alumbramiento (en el supuesto habitual de parto simple, hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad) y de la prestación correspondiente siempre que reúna los requisitos para acceder a dicha prestación (art. 4 RD 1251/2001) <sup>111</sup>.

Lógico es, de un lado, que se permita a la madre revocar la opción ejercitada al iniciarse el período de descanso por maternidad en favor del padre, a fin de que éste disfrute de parte del permiso y, por consiguiente, perciba una parte determinada e ininterrumpida del subsidio, cuando sobrevinieren «hechos que hicieran inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación y otras causas análogas» (art. 8 RD 1251/2001). De otro, que se posibilite a la madre acceder a la condición de beneficiaria del subsidio, aunque se hubiera reincorporado al trabajo, en aquellos supuestos en que hubiera optado porque el padre disfrutara de una parte del período de descanso por maternidad y éste hubiera fallecido, una vez iniciado el efectivo disfrute y antes de haberlo completado (art. 7.2 *in fine* RD 1251/2001) <sup>112</sup>.

Con todo, plantea un importante problema el hecho de que la opción llevada a cabo por la trabajadora en favor del disfrute paterno quede sin efecto por el hecho de que su efectiva incorporación al trabajo suponga un riesgo para su salud, porque —como ya consta— el ordenamiento laboral no prevé (sin duda, a partir de meras y sesgadas consideraciones de economía para la Seguridad Social) para la madre (incapacitada no sólo para el trabajo sino también para el cuidado mismo del niño) la apertura de un período suspensivo por incapacidad temporal, mientras el padre cuida del recién nacido mediante el disfrute de la suspensión por maternidad, sino, por el contrario, la revocación *ex lege* (si concurra dictamen médico en el que se declare que la mujer no se halla en condiciones de reanudar su actividad laboral) de la opción ejercitada y, por consiguiente, la extinción del derecho del padre biológico a disfrutar de parte del período suspensivo <sup>113</sup>. Lógicamente,

---

con acierto se ha dicho, «el que la madre trabajadora sea la titular del derecho al descanso no supone que, en caso de transferencia al padre trabajador de parte de ese descanso, su duración esté condicionada por la normativa (legal o convencional) aplicable a la madre sino por la aplicable al padre al que se ha efectuado la transferencia oportuna». ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, pág. 80.

<sup>111</sup> RAMOS MORCILLO, M.J.: «La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis de su contenido socio-laboral», *RTL*, núm. 86, 2000, pág. 690.

<sup>112</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y supuestos asimilados: breves consideraciones tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre», cit., pág. 91.

no cabe duda de que cuando la madre ya se ha reincorporado efectivamente a su puesto de trabajo y, con posterioridad, sufre una causa que le imposibilita desarrollar su efectiva prestación de servicios, el padre continuará percibiendo su prestación por maternidad, en absoluta compatibilidad con la prestación que por incapacidad temporal correspondería a la madre afectada, cualquiera que haya sido la causa que haya motivado la baja (ya tenga o no su origen en el parto) <sup>114</sup>.

### B. *Fallecimiento de la madre*

El ejercicio del derecho de opción a favor del padre plantea especiales problemas en aquellos casos en los que el estado físico de la madre impide el cuidado del hijo y, a su vez, cualquier decisión relativa a la delegación de sus facultades en el padre. Piénsese en aquellos casos en los que a consecuencia del parto la madre queda en situación de inconsciencia (por ejemplo, en situación de coma) que se prolonga durante un período incierto de tiempo. La imposibilidad de prever este tipo de situaciones y la imperiosa necesidad de asistencia hacia el recién nacido por parte del padre exigen un entendimiento más flexible de la normativa vigente, bien en términos que permitan una más amplia comprensión del derecho de opción definido legalmente, bien, incluso, desde la equiparación de esta situación con el régimen de fallecimiento de la madre <sup>115</sup>, en cuyo caso el padre puede disfrutar de la totalidad o de la parte que reste del período de suspensión y del correspondiente subsidio (art. 7.2 RD 1251/2001).

Así —permítase la reiteración—, se posibilita al padre hacer uso de la totalidad o de la parte que reste del período de suspensión en caso de fallecimiento de la madre (sin exigirse, al menos expresamente, que el fallecimiento se deba a complicaciones surgidas durante el parto o puerperio), y no sólo, como señalaba la regulación anterior, del período restante de las seis semanas obligatorias tras el parto, regulación que resultaba altamente incomprensible, ya que si, como era evidente, el objetivo del período de suspensión, a partir de la sexta y hasta la decimosexta semana, era el cuidado del hijo, dicha finalidad se frustraba con dicha regulación <sup>116</sup>.

Es más —y como novedad—, en caso de fallecimiento de la madre durante el parto o en momento posterior, con independencia de que la misma

<sup>113</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, Madrid (CES), 2004, pág. 98.

<sup>114</sup> RODRÍGUEZ COUPE, M.L.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid (CES), 2004, pág. 151.



se encontrara o no incluida en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social, el padre podrá acceder a la prestación económica por maternidad durante la totalidad del período reglamentario o de la parte de éste que reste, en su caso, hasta completar dicho período computado desde la fecha del parto, siempre que el trabajador acredite, por sí mismo, los requisitos exigidos por la normativa <sup>117</sup>.

Queda aclarada, por tanto, la cuestión del acceso al permiso, y a la prestación por maternidad, en los supuestos de maternidad biológica o natural, por parte del padre trabajador, en caso de fallecimiento, concomitante al parto o puerperal, de la madre, acceso que se había evidenciado especialmente conflictivo cuando la fallecida careciera, precisamente, de la condición de trabajadora que le hubiera permitido a ella disfrutar (*ex arts. 48.4 ET y 133.bis LGSS*) de los correspondientes permisos y prestación económica <sup>118</sup>.

Con todo, el descanso del padre no es obligatorio —el término «podrá» no deja lugar a dudas—, ni siquiera cuando el fallecimiento de la madre se haya producido en el momento del parto. Ello es cuestionable, habida cuenta un niño de pocos días reclama altas dosis de vigilancia y atención, impensable sin la «obligatoria» y continuada presencia de al menos uno de los progenitores. Sin duda, perjuicios tales como el de la supuesta falta de capacidad del varón para atender las necesidades del recién nacido, unido a la creencia de la mayor aptitud de las abuelas para dispensar tales cuidados, inspiran una regulación de esta naturaleza <sup>119</sup>.

Además, el régimen jurídico actual sigue siendo incompleto, ya que se echa en falta el tratamiento de las otras situaciones más frecuentes en la actualidad que el fallecimiento de la madre, como es el fallecimiento del hijo en el parto o inmediatamente después, pues aunque las tasas de mortalidad infantil han disminuido de forma notable, se mantiene en cotas superiores a las de fallecimiento de la madre, debido al incremento de partos prematuros y de embarazos múltiples provocados por las técnicas de reproducción asis-

<sup>115</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «La suspensión del contrato por razón de maternidad», cit., págs. 49-50.

<sup>116</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 35.

<sup>117</sup> Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 21 de abril de 2004.

<sup>118</sup> GARRIGUES JIMÉNEZ, A.: «Nuevos aires interpretativos en torno a la consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social de la paternidad: caracterización del padre como beneficiario originario de la prestación por maternidad (biológica) en el supuesto de fallecimiento de la madre y desvinculación de la previa condición laboral o no de aquélla», *TS*, núm. 162, 2004, pág. 80.

<sup>119</sup> GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, cit., pág. 54.

tida. La solución pasaría también en este caso, lógicamente, porque la norma garantizara de forma expresa el derecho al disfrute por el padre de, al menos, las seis semanas obligatorias post parto si la madre también hubiera fallecido <sup>120</sup>.

Por todas estas razones, deviene necesario reconocer un permiso de paternidad de titularidad masculina, desligado del de la madre, no condicionado a que ésta trabaje, no transferible y remunerado, pues con ello se lograría una mejor conciliación e igualdad en la vida familiar y laboral de mujeres y hombres trabajadores, al asumir éstos un mayor grado de compromiso en las tareas del cuidado de los hijos <sup>121</sup>.

### 3.1.3. *Modalidades de ejercicio de la suspensión. En especial, el disfrute a tiempo parcial*

Con el fin de adaptar el período de suspensión a las concretas necesidades de cada trabajador, esa posible distribución del descanso entre los dos miembros de la pareja puede seguir distintas modalidades:

Por un lado, con el objetivo último de que el padre pueda acceder al cuidado del hijo desde el momento mismo del nacimiento, el permiso parental puede disfrutarse de forma simultánea con el descanso materno, incluso desde el primer día del alumbramiento, o de forma sucesiva, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud, supuesto en el cual no puede disfrutar el padre de aquel período <sup>122</sup>.

Por otro —y si se trata de un trabajador por cuenta ajena o funcionario público—, esos períodos de descanso pueden disfrutarse a «jornada completa o a tiempo parcial», lo cual abre la posibilidad (ya prevista en otros ordenamientos jurídicos como Francia, Países Bajos o Suecia) <sup>123</sup> de que el descanso por maternidad se disfrute en régimen de reducción de jornada (pasando el trabajador a un régimen de tiempo parcial), y de que madre y pa-

<sup>120</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, pág. 55. Por si duda hubiere de la trascendencia del descanso postparto, «la muerte de hijo o hijos nacidos no priva del derecho al descanso». ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, cit., pág. 230.

<sup>121</sup> MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: «Aspectos críticos del disfrute por el padre del permiso de maternidad a opción de la madre», *AL*, núm. 38, 2003, pág. 666.

<sup>122</sup> ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, cit., pág. 230.

<sup>123</sup> VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 52.

dre se alternen durante el mismo período, y a media jornada, en los cuidados correspondientes <sup>124</sup>.

Bajo tales premisas y de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera del Real Decreto 1251/2001, el disfrute a tiempo parcial del permiso por maternidad se ajustará a las siguientes reglas <sup>125</sup>:

- a) El derecho no se concede a los trabajadores con carácter absoluto, sino que en todo caso es imprescindible el acuerdo previo con el empresario <sup>126</sup>, de forma que las discrepancias serán resueltas (aunque el precepto no lo dice) por la jurisdicción social a través de un procedimiento especial, preferente y sumario que finalizará con sentencia firme (art. 138 bis LPL). De ello cabe inferir —obviamente— que al empleador le cabe la posibilidad de rechazar los términos en que el trabajador/a pretenda poner el disfrute del permiso en práctica bajo el mero pretexto de alegar perturbaciones en la organización productiva.
- b) Este derecho podrá ser ejercido tanto por la madre como por el padre y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del período de descanso, si bien —y como es lógico— en el caso de parto, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad durante las seis semanas inmediatas al mismo, pues serán de descanso obligatorio.
- c) El período durante el cual se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice, por lo que podrá superar las semanas previstas para el caso de que el régimen de descanso se disfrute a jornada completa.
- d) El disfrute del permiso bajo esta modalidad será ininterrumpido, de forma que una vez acordado con el empresario sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el titular de la organización empresarial y el trabajador afectado, por iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su salud y la del menor.
- e) Durante el disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las ne-

<sup>124</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 30.

<sup>125</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y supuestos asimilados: breves consideraciones tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre», cit., págs. 93 y ss.

<sup>126</sup> El acuerdo puede celebrarse tanto al inicio del descanso correspondiente como en un momento posterior extendiéndose a todo el período de descanso o a parte del mismo. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «El descanso por maternidad: una conciliación posible entre empresarios y trabajadores», *RL*, núm. 7, 2004, pág. 41.

- cesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.
- f) El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante.
  - g) El permiso de maternidad a tiempo parcial será incompatible con el disfrute simultáneo por el mismo trabajador de los derechos previstos en los apartados 4 y 4 bis del art. 37 ET (lactancia y nacimiento de hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado) y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 del mismo precepto. Será asimismo incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares regulado en el apartado 3 del art. 46 del mismo texto legal.
  - h) En fin, la base de cotización vendrá determinada por los dos sumandos siguientes: de un lado, la base reguladora del subsidio por maternidad, reducida en proporción inversa a la minoración que haya experimentado la jornada laboral; de otro, las remuneraciones sujetas a cotización, en proporción a la jornada efectivamente realizada.

En definitiva, esta posibilidad de elegir entre jornada completa o a tiempo parcial puede ser adoptada tanto en caso de disfrute exclusivo de la madre como compartido con el padre. Más aún, es perfectamente posible que pueda optarse por un disfrute mixto, de manera que un cierto período sea a tiempo completo y otra parte a tiempo parcial. También parece posible que la madre y el padre opten por una modalidad diferente en caso de disfrute conjunto, la primera a jornada completa y el segundo a tiempo parcial o viceversa. Así, en virtud de la conjunción de las diferentes modalidades previstas en el ordenamiento jurídico, podrían adoptarse las siguientes posibilidades: a) disfrute sólo materno, bien a jornada completa, bien a tiempo parcial o bien mixto; b) disfrute conjunto de ambos progenitores bien a jornada completa bien a jornada parcial; c) disfrute conjunto de ambos progenitores, pero uno de ellos a jornada completa y el otro a tiempo parcial; d) disfrute conjunto de ambos progenitores, optando cada uno de ellos por un disfrute mixto (parte a tiempo parcial y parte a jornada completa); e) disfrute conjunto de ambos progenitores, optando uno de ellos por una modalidad (jornada completa o a tiempo parcial) y el otro por un disfrute mixto. Todo ello sin olvidar, en último extremo, el hecho de que el disfrute conjunto puede ser sucesivo o simultáneo <sup>127</sup>.

<sup>127</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I.: *Familia y trabajo. El régimen de su armonización*, cit., págs. 95-96.

Con todo, este conjunto de posibilidades no soluciona de forma satisfactoria el grave problema (ya planteado anteriormente) que tendría lugar cuando el estado de salud de la madre le impidiera hacerse cargo del cuidado del hijo <sup>128</sup>, máxime cuando la solución alternativa, la concurrencia de la situación de suspensión materna con la de excedencia paterna, tampoco resulta suficiente, ya que la excedencia no es remunerada y su disfrute supondría una disminución notable de los ingresos de la familia en un momento en que los gastos incrementan <sup>129</sup>. El mantenimiento tras la reforma, en la que no incide el Real Decreto 1251/2001, de una situación normativa tan deplorable indica a las claras, de un lado, que pese al título de la norma, el cuidado del hijo se sigue contemplando como una responsabilidad prioritaria y casi exclusivamente femenina, que la obliga a asumir situaciones casi heroicas, no sólo a costa de sus condiciones laborales sino incluso de su propia salud; de otro lado, que se aplican a la situación de maternidad, tan claramente objetivizada como difícilmente fraudulenta y necesitada actualmente de promoción, los mismos presupuestos de presunción de fraude que se predicán de prestaciones que atienden a situaciones bien diferentes <sup>130</sup>.

Por otra parte, la posibilidad de disfrute de la suspensión a tiempo parcial tiene sin duda un carácter positivo tanto desde la óptica de la profesionalidad de la madre, como del reparto de responsabilidades familiares, pero, inexplicablemente, se condiciona al acuerdo individual con el empresario, lo cual, de un lado, no sucede —al menos formalmente— con otros derechos de conciliación reconocidos en la Ley <sup>131</sup> y, de otro, obliga a presumir que el desacuerdo determina el mantenimiento del sistema tradicional de la interrupción total de la actividad profesional <sup>132</sup>.

En fin, únicamente resta por señalar una precisión adicional: es necesario reconocer también el derecho al disfrute a tiempo parcial a los traba-

<sup>128</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)», *RL*, núm. 18, 1999, pág. 4.

<sup>129</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate», cit., pág. 56.

<sup>130</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 25. Afortunadamente la STJCE 411/96, de 27 de octubre de 1998, asunto *Boyle*, ha considerado contraria al Derecho Comunitario una cláusula contractual que impide a una mujer británica acogerse a una situación de incapacidad temporal por enfermedad durante el permiso de maternidad, salvo que opte por reintegrarse al trabajo y terminar definitivamente el descanso por maternidad.

<sup>131</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate», cit., pág. 56.

<sup>132</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., pág. 83.

jadores por cuenta propia, superando el fantasma de una posible utilización fraudulenta no justificada en ningún caso <sup>133</sup>.

### 3.2. Suspensión por filiación no biológica

La configuración de la maternidad y paternidad adoptivas, así como el acogimiento, como circunstancias determinantes de la suspensión del contrato de trabajo, responde al reciente criterio político-legislativo de superar la concepción meramente biológica de la maternidad, suponiendo un paso hacia adelante en la ampliación de los bienes jurídicos protegidos por la norma jurídico-laboral. De hecho, la subsunción de la adopción y del acogimiento de menores en el ámbito de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad se constituye en paradigma de ese nuevo modelo de maternidad, más amplio, menos centrado en la faceta física y biológica, y más abierto a la valoración de la atención y cuidado del menor, así como a los aspectos afectivos, relacionales, familiares y sociales que, por su dificultad y complejidad, y por comunes a la constitución de toda relación de filiación —ya sea natural o por adopción— adquieren, per se, una importancia capital, equiparada a la protección biológica del fenómeno generativo; la protección del hijo y de su adecuada y satisfactoria incorporación a la familia, así como la correcta «cimentación» de las relaciones paterno/materno-filiales, todo ello contemplado desde la perspectiva de la corresponsabilidad varón-mujer frente a tales funciones, constituyen bienes jurídicos de primer orden, también en la rama social del Derecho, en la medida que interactúan directamente con el desempeño por el/la trabajador/a, padre o madre, de una actividad laboral. La filiación adoptiva, derivada de un acto jurídico y no de un hecho biológico, queda, por ello, despojada en absoluto de cualquier connotación fisiológica y se convierte en ejemplo de esa nueva «parentalidad» amparada por la norma laboral, tanto en lo que se refiere a los bienes protegidos cuanto al reconocimiento de un derecho originario y autónomo a la suspensión contractual para ambos, padre y madre trabajadores, en justa correspondencia con la corresponsabilidad de uno y otro frente a las necesidades del nuevo hijo <sup>134</sup>.

<sup>133</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 161.

<sup>134</sup> GARRIGUES JIMÉNEZ, A.: «Nuevos aires interpretativos en torno a la consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social de la paternidad: caracterización del padre como beneficiario originario de la prestación por maternidad (biológica) en el supuesto de fallecimiento de la madre y desvinculación de la previa condición laboral o no de aquélla», cit., pág. 82.

### 3.2.1. *Ámbito de aplicación: la exclusión del acogimiento simple*

Desde tal perspectiva, el ET (tras la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que, por lo que aquí interesa, hizo coincidir los supuestos de hecho filiación biológica-adoptiva-acogimiento como causas que dan lugar a la suspensión y al subsidio de Seguridad Social por maternidad, reflejando la tendencia de aproximación de la legislación española al *employed-mother-model*<sup>135</sup>, tomado como referente también por otras muchas legislaciones<sup>136</sup>) no limita su cobertura en este ámbito a la procreación biológica, sino que incluye dentro de las causas de suspensión del contrato la adopción y el acogimiento (art. 48.3 párrafo 3.º)<sup>137</sup>.

En tal sentido, uno de los principales bloques de novedades (no exento de críticas) contenido en la Ley 39/1999 (y en su desarrollo reglamentario) afecta a la suspensión contractual en los casos de filiación no biológica<sup>138</sup>. Con este nuevo régimen jurídico, se introducen una serie de medidas que tratan de favorecer una mayor conexión del adoptado o acogido con su nueva familia, a fin de conseguir la integración de aquél en el nuevo entorno. Persiguiendo este objetivo, se articulan las medidas necesarias para que la prestación de trabajo retribuido por los padres, fuera del hogar, no suponga trabas a la consecución de tales finalidades<sup>139</sup>.

Se añade una nueva situación no contemplada en la legislación anterior (que puede posibilitar la suspensión del contrato de trabajo y la prestación de la Seguridad Social —art. 2.2 RD 1251/2001—)<sup>140</sup>, cual es el acogimiento familiar permanente, recogiendo las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de reforma del Código Civil y

<sup>135</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», cit., pág. 5828.

<sup>136</sup> LEYRA, A.: *Welfare states and working mothers. The Scandinavian experience*, Cambridge (Cambridge University Press), 1992.

<sup>137</sup> HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, A.: «Acogimiento de menores ¿causa de suspensión del contrato de trabajo o exceso refundidor?», AS, núm. 18, 1997, págs. 20 y ss. Por extenso, VIQUEIRA PÉREZ, C.: *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2003, págs. 47 y ss.

<sup>138</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., págs. 41-42.

<sup>139</sup> MOGARDO PANADERO, P.: «La suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida laboral y familiar», cit., pág. 53.

<sup>140</sup> Correlativamente, el nuevo art. 133 bis LGSS incluye también esa referencia en relación con las situaciones protegidas por la prestación de maternidad. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 6.

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y terminando con la polémica respecto a si eran objeto de protección situaciones distintas del acogimiento preadoptivo<sup>141</sup>.

Ahora, «únicamente el acogimiento simple queda excluido de protección»<sup>142</sup>, lo cual puede encontrar justificación —harto criticable— en el hecho de que este tipo de acogimiento puede dar lugar a una compensación económica en favor de los acogedores (art. 173.2.5.º CC). «En un terreno *de lege ferenda* la solución vendría por una declaración de incompatibilidad de la prestación por maternidad con la compensación económica por acogimiento, caso de existir. Pero carece de justificación negar también al acogedor la posibilidad de suspender su contrato de trabajo, dado que esta institución está pensada para ocuparse del menor mientras dure la situación de acogimiento»<sup>143</sup>.

### 3.2.2. *Sujeto causante*

Aun cuando se amplía la edad del menor adoptado que pasa a ser de seis años, frente a los cinco anteriores, existen supuestos de adopción o acogimiento de menores, con edad superior a los seis años, en los que también se tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo, como son la adopción o el acogimiento de menores (pero mayores de seis años) incapacitados o minusválidos, así como la adopción o el acogimiento de menores (también mayores de seis años) que, por sus circunstancias y experiencias personales o que, por provenir del extranjero, tengan dificultades de inserción social y familiar, siempre y cuando tales circunstancias estén debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes, donde se constate, de forma objetiva, que ese menor tiene especiales dificultades de inserción y qué causas motivan tales dificultades<sup>144</sup>.

Cierto es que el art. 2.2 del Real Decreto 1251/2001 se encarga de precisar, de un lado, que el menor ha de tener menos de 18 años, y, de otro,

<sup>141</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*, núm. 24, 1999, pág. 26.

<sup>142</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: «La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social», *RTSS (CEF)*, núm. 201, 1999, pág. 63. En este sentido, STSJ Madrid 6 mayo 1999 (Ar. 1948). Alguna sentencia más reciente considera, sin embargo, que debe quedar incluido el acogimiento en general, STSJ Murcia 14 noviembre 2000 (*RTSS —CEF—*, núm. 215, 2001, págs. 231 y ss.).

<sup>143</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1999, pág. 85.

<sup>144</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: «La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social», cit., pág. 63.



que el grado de minusvalía exigida ha de ser igual o superior al 33 por 100 acreditado por resolución administrativa, pero no menos cierto resulta que, como ha puesto de manifiesto algún sector de la doctrina, se trata de «situaciones que generan una cierta indeterminación jurídica en sus condiciones de acceso; así, por ejemplo, siguen sin identificarse cuáles pueden ser las especiales circunstancias y experiencias personales en que se encuentre el menor y no se señala cómo pueden acreditarse las especiales dificultades de inserción social, delegando esta materia a la decisión del órgano administrativo o judicial competente»<sup>145</sup>.

### 3.2.3. *Extensión temporal*

La duración del permiso se extiende hasta hacerlo coincidir con el previsto para los hijos biológicos (dieciséis semanas, incluyéndose la ampliación para los supuestos múltiples)<sup>146</sup>, unificándose en seis años el límite de edad de los hijos para tener derecho al descanso<sup>147</sup>. Se ha producido, por tanto, una doble parificación en la duración del permiso: comparativa (respecto de los hijos biológicos) e interna (atendiendo a la edad del menor, pues se elimina la distinta duración que anteriormente tenían los permisos, según que el sujeto causante fuera menor de cinco años o de nueve meses)<sup>148</sup>.

Tal equiparación debe de ser calificada como positiva en aras de una mayor seguridad jurídica, pero no porque la situación anterior resultara discriminatoria para los padres e hijos adoptivos o acogidos frente a los padres e hijos biológicos, pues los supuestos tutelados no son equiparables, y, por lo mismo, no exigían forzosamente idéntico tratamiento legal: en la maternidad biológica el bien jurídico protegido es complejo, no en vano comprende tanto la adecuada recuperación de la salud de la madre tras el parto como el cuidado del hijo y la necesidad de establecer una relación de convivencia entre madre (o padre) y recién nacido; en la filiación adoptiva, el

<sup>145</sup> VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 56.

<sup>146</sup> En este sentido, con anterioridad a entrada en vigor de la Ley 39/1999, SSTSJ Cataluña 30 noviembre 1998 (Ar. 6921) ó Castilla y León 15 marzo 1999 (Ar. 636).

<sup>147</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 109.

<sup>148</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», AS, núm. 20, 2000, pág. 20.

interés tutelado es exclusivamente el fortalecimiento de la relación familiar y la atención del hijo, que no siempre será un recién nacido <sup>149</sup>.

Por lo demás, el término inicial del cómputo del permiso se establece de manera alternativa para el trabajador/a: o en la decisión de acogimiento o en la de adopción <sup>150</sup>; realmente lo que quiere significar el precepto es que por el mismo sujeto causante (por utilizar la terminología de la Ley) no cabe disfrutar de sucesivos permisos, primero por acogimiento y luego por adopción, «pues supondría una duplicación de medidas con idéntico objeto y la finalidad perseguida (la adaptación del niño a su nueva realidad familiar) ya se habrá cubierto por el disfrute de la suspensión por acogimiento» <sup>151</sup>.

Sí existe, sin embargo, una muy concreta regla para el supuesto, cada vez más frecuente, de la adopción internacional: se permite que hasta cuatro semanas se disfruten antes de dictarse la resolución mediante la que se constituye la misma (art. 4.1 RD 1251/2001), evitando con ello lo que en otro caso pasaría por la necesidad de acuerdo con el empresario de utilización de figuras previstas para otras finalidades: por ejemplo, el adelanto del disfrute del período de vacaciones.

Pese a la bondad de esta previsión, no dejan de suscitarse algunas dudas al respecto: En primer lugar, no quedan definidos legalmente los criterios a utilizar para la determinación de la necesidad o no de desplazamiento de los adoptantes, esto es, si sólo cabe el desplazamiento que sea condición *sine qua non* para la adopción o, por el contrario, encaja también la percepción subjetiva de los adoptantes y su interés en realizar el viaje <sup>152</sup>. En segundo término, esa anticipación comporta la posibilidad de que se inicie una suspensión por adopción finalmente no consumada, lo que determinará el cese de la suspensión y de la prestación correspondiente pero, salvo que hubiere mediado mala fe o fraude, ninguna otra consecuencia desfavorable para el trabajador/a <sup>153</sup>. En tercer lugar, el cómputo de las cuatro semanas a

<sup>149</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 109. En la doctrina judicial, STSJ Baleares 24 marzo 2004 (JUR. 170885).

<sup>150</sup> BARRIOS BAUDOR, G.L.: «La Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: a modo de nota informativa», *Aranzadi Laboral*, núm. 2, 1999, pág. 3.

<sup>151</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 27.

<sup>152</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 104.

<sup>153</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 21.



efectos de la duración del período de suspensión no deja de ser criticable, pues el tiempo de desplazamiento y presencia minusvalora el bien jurídico protegido que no es otro que la dedicación al cuidado e integración del adoptado, razón por la cual el período de licencia debería ampliarse por el tiempo de presencia requerido, con el límite lógico de cuatro semanas <sup>154</sup>.

Obviamente, se equipara a las españolas el valor de las resoluciones extranjeras en materia de adopción y acogimiento a efectos de la aplicación de lo establecido en la propia Ley 39/1999 y en el Real Decreto que la desarrolla (art. 2.2 RD 1251/2001) <sup>155</sup>.

### 3.2.4. *Distribución del período de asueto*

Si ambos progenitores trabajan, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, a jornada completa o parcial, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados (dieciséis semanas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo —art. 4.1 RD 1251/2001—) <sup>156</sup>, lo cual hace suponer que la adopción ha sido realizada por ambos, pues si sólo fuera adoptante uno de ellos, éste sería el único incluido en el ámbito del precepto <sup>157</sup>.

De la literalidad y de la *ratio legis* del precepto cabe deducir, además, que cuando uno de los progenitores no trabaje, el padre o la madre trabajador/a no tendría derecho a suspensión o permiso, pues la finalidad del beneficio se entendería suficientemente cubierta por uno de los progenitores, sin que ello prejuzge para nada el ejercicio conjunto de la patria potestad.

La decisión en cuanto a quién deba disfrutar el permiso y cómo es algo que se deja al «gobierno» de la intimidad familiar, atendiendo a los intereses y necesidades personales de cada pareja <sup>158</sup>, teniendo en cuenta, además,

<sup>154</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 103.

<sup>155</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 58.

<sup>156</sup> PASCUAL ALLEN, C.: «Comentarios a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Información Laboral*, núm. 26, 1999, pág. 30.

<sup>157</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», cit., pág. 5828.

<sup>158</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», *RL*, 1989, Tomo II, pág. 19 o ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros», *RL*, núm. 9, 1989, pág. 91.

que no se distingue entre período voluntario y obligatorio (no existe riesgo para la salud de la madre)<sup>159</sup>. En estos casos, al no existir un hecho biológico análogo a la maternidad, la pertenencia a uno u otro sexo resulta irrelevante en orden a determinar la titularidad del derecho: afortunadamente, corresponde tanto al varón cuanto a la mujer con tal que trabajen<sup>160</sup>.

No obstante, se produce un clamoroso silencio del legislador sobre las consecuencias del fallecimiento de uno de los adoptantes antes o durante el disfrute del período suspensivo, debiendo interpretarse que (dado el expreso propósito normativo de equiparar las consecuencias iuslaborales de la adopción y las de la maternidad biológica), ante tal eventualidad, el disfrute del período suspensivo que pudiera restar al fallecido (y, como en la maternidad natural, también su titularidad) pase inmediatamente al adoptante su-pérstite<sup>161</sup>.

En fin y como no podría ser de otra forma, al igual que en la suspensión o permiso por maternidad biológica, el trabajador/a adoptante o que acoja a un menor en su familia que reúna los requisitos legales exigidos podrá beneficiarse de las prestaciones económicas previstas para aquella contingencia, en el bien entendido sentido de que las «referencias legales al momento del parto, se entenderán hechas a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, o a la de la resolución judicial por la que se constituya la adopción»<sup>162</sup>.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL: LA NECESARIA INTRODUCCIÓN DE UN PERMISO POR «PATERNIDAD»

Al calor de las reflexiones anteriores, merece la pena llamar la atención sobre la necesidad de introducir ciertas modificaciones en el diseño actual de la protección jurídica de la maternidad con el fin de eliminar ciertas disfunciones detectadas en su decurso. Así, en primer lugar, es preceptivo erradicar el fantasma de presunción de fraude que rodea a la situación de maternidad, flexibilizando los requisitos de acceso a la prestación para evitar situaciones de desprotección. En segundo término, tampoco cabe olvi-

<sup>159</sup> RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 131.

<sup>160</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 21.

<sup>161</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 105.

<sup>162</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros», cit., págs. 103 y ss.

dar cómo en el caso de filiación biológica existe una clara preferencia por la madre en el disfrute del permiso, a diferencia de lo previsto para el caso de adopción o acogimiento, donde la situación es de absoluta igualdad<sup>163</sup>. Incomprensiblemente, recibe mejor trato el adoptante (aun cuando faltan previsiones específicas para la hipótesis en que los interesados no lleguen a un acuerdo sobre el modo del disfrute del permiso<sup>164</sup>) que el padre biológico, pues éste sólo podrá acceder por derivación y en caso de que la madre también renuncie a este derecho<sup>165</sup>.

Es más, el alcance de la reforma de la protección jurídica de la maternidad natural no resulta tampoco espectacular, pues aun cuando se amplía la posibilidad del reparto del permiso de maternidad entre ambos progenitores cuando ambos trabajen, flexibilizándose la forma en que puede ejercitarse, lo cierto es que la Ley 39/1999 y el Real Decreto 1251/2001 que la desarrolla no han conseguido configurar el permiso por paternidad como un derecho individual y autónomo del padre; antes al contrario, continúa siendo un derecho derivado y accesorio de la madre, que sigue siendo la única y exclusiva titular del mismo, de modo que si ésta no trabaja o no tiene derecho al disfrute del permiso o no accede a que el padre disfrute de parte del período de descanso materno, éste no tendrá derecho a permiso alguno<sup>166</sup>, no en vano —y como con acierto se ha dicho— «facilitar el disfrute por el padre no es igual que incentivar o promover el reparto de responsabilidades del cuidado de los hijos y no parece que esta flexibilización haya producido *per se* un incremento masivo de los supuestos en que el padre solicite total o parcialmente el disfrute del permiso»<sup>167</sup>.

En consecuencia, la desprotección del varón resulta también harto notoria, en especial en los supuestos de nacimiento de un hijo biológico, ya que, al margen del permiso de dos días naturales del art. 37.3 b) ET, carece de un derecho propio que le permita establecer vínculos de convivencia con su hijo durante sus primeros meses de vida sin ver mermada su retribución.

<sup>163</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., págs. 51 y 52.

<sup>164</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 21.

<sup>165</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», cit., pág. 93.

<sup>166</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 108.

<sup>167</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 55. En efecto, los datos estadísticos hablan por sí solos, no en vano el Informe sobre licencias familiares ofrece el siguiente balance: desde el año 2000 al 2004, los porcentajes de participación paterna han sido respectivamente del 0,97%, 1,31%, 1,48%, 1,52% y 1,63% ([www.institutodelamujer.es](http://www.institutodelamujer.es)).



La única posibilidad que se le ofrece queda mediatizada por la decisión de la madre de cederle parte de las semanas de suspensión del contrato por maternidad, a la que, además, se le exige ser trabajadora o desarrollar una actividad incluida en el ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social. Sería conveniente, por tanto, conseguir una ecuación más conciliada entre trabajo y familia, introduciendo el denominado «permiso por paternidad» de exclusiva titularidad masculina y de carácter no transferible, cuya duración podría oscilar entre dos y cuatro semanas, siendo su ubicación temporal variable, bien inmediatamente después de los períodos de descanso y licencia por maternidad, bien constituirse como un crédito de días utilizables de forma ininterrumpida hasta que el hijo cumpla los doce meses<sup>168</sup>.

Con ello se conseguirían cuatro objetivos claros: primero, se incorporaría una verdadera corresponsabilidad para el padre en las tareas domésticas y en las responsabilidades familiares derivadas de un nacimiento; segundo, la maternidad trasladaría a la empresa una consecuencia laboral semejante para el padre y para la madre, como es la interrupción laboral de su trabajo; tercero, la maternidad-paternidad sería asumida por la pareja en todas sus dimensiones y efectos, equiparando al hombre con su mujer en las consecuencias de una decisión común; y cuarto, se eliminaría la hipoteca laboral que pesa sobre las mujeres por su función reproductora en el ámbito de las organizaciones empresariales.

<sup>168</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 74



# EL PROCEDIMIENTO DE EXTENSIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

## EXTRACTO

En el presente estudio se analiza el procedimiento de extensión de los convenios colectivos previsto en el Real Decreto 718/2005 de 20 de junio, por el que se desarrolla el artículo 92.2 del ET, tras la nueva redacción dada al mismo por la Ley 24/1996 de 6 de julio. Para proceder a ello, se ha seguido la propia sistemática de la norma reglamentaria de modo que tras analizar el objeto del procedimiento y sus novedades, así como el órgano competente para instruir el expediente, se ha estudiado la tramitación del mismo, con especial detenimiento en los informes de las organizaciones sindicales y patronales más representativas, así como de las Comisiones Consultivas correspondientes. Por último se analiza no sólo la resolución administrativa, sino los efectos que la misma lleva implícita. La vocación de la norma es la de solventar muchas de las disfuncionalidades que habían comprometido la eficacia práctica de este mecanismo, constatada la excesiva complejidad del anterior procedimiento administrativo, el cual dilatava excesivamente la tramitación del expediente. Entre las novedades más relevantes, el nuevo procedimiento no sólo precisa los sujetos legitimados para solicitar la extensión del convenio colectivo, sino que acota la duración del mismo hasta un máximo de tres meses, de modo que la ausencia de resolución expresa en dicho plazo tendrá efectos desestimatorios. Pero sobre todo atribuye a los órganos correspondientes de las CCAA con competencia en la materia, la posibilidad de proceder a la extensión, haciendo suya toda una jurisprudencia constitucional recaída en la materia.

**ÍNDICE**

1. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO
2. El objeto del procedimiento de extensión de los convenios colectivos
  - 2.1. Supuestos en los que es posible el acto de extensión
  - 2.2. Los convenios susceptibles de extensión: los convenios colectivos supraempresariales y los empresariales
  - 2.3. La naturaleza estatutaria o extraestatutaria del convenio a extender
  - 2.4. La necesaria vigencia del convenio a extender
  - 2.5. La homogeneidad en las condiciones entre el convenio a extender y el ámbito en el que se pretende llevar a cabo la extensión
3. El órgano competente para proceder a la extensión de los convenios colectivos
4. INICIACIÓN, INSTRUCCIÓN Y ACTOS DE SUBSANACIÓN Y PREPARACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
  - 4.1. La iniciativa de la extensión: legitimados para solicitarla
  - 4.2. Instrucción del procedimiento
  - 4.3. Actos de subsanación y preparación del procedimiento
5. LA SOLICITUD DE INFORME A LAS ORGANIZACIONES SINDICALES Y ASOCIACIONES PATRONALES MÁS REPRESENTATIVAS
6. La solicitud de informe al órgano consultivo correspondiente
7. La resolución administrativa de extensión. Registro, depósito y publicación
8. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA EXTENSIÓN
  - 8.1. El contenido del convenio colectivo a extender: las cláusulas normativas y las cláusulas obligacionales
  - 8.2. La eficacia temporal del convenio extendido
  - 8.3. La renovación de la solicitud de extensión del convenio
  - 8.4. Las situaciones posteriores a la extensión

**1. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO**

Nuestra legislación laboral no ofrece un concepto de lo que debe entenderse por acto de extensión de un convenio colectivo<sup>1</sup>, si bien se puede deducir uno del tenor literal del artículo 92.2 del ET, de manera que el acto de extensión de un convenio colectivo, sería aquel acto administrativo, por el que la Autoridad Laboral, estatal o autonómica, puede extender las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a determinadas empresas y trabajadores por los perjuicios derivados para los mismos ante la imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo estatutario debido a la ausencia de partes legitimadas para negociar<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Véase sobre este tema mi estudio: *La extensión de los convenios colectivos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000.

<sup>2</sup> La figura de la extensión del convenio colectivo es conocida con un significado distinto en el Derecho comparado. En algunos de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como es el francés, el italiano o el alemán, también la Administración tiene conferida la facultad de extender lo convenido colectivamente, si bien mediante dicho acto de extensión, lo que

La Ley 8/1980 de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores, estableció una regulación concreta sobre el mecanismo de extensión de los convenios colectivos en su artículo 92.2<sup>3</sup>, precepto que fue desarrollado por el Real Decreto 572/1982 de 5 de marzo. La experiencia aplicativa del artículo 92.2 del ET, sobre extensión de convenios colectivos, puso de manifiesto la existencia de determinadas disfuncionalidades y de ciertas contradicciones que comprometían la eficacia práctica de la figura y que exigían una pronta reforma legislativa en la materia. Constatada la excesiva complejidad del procedimiento administrativo, con plazos muy dilatados de tramitación desde que se solicitaba la extensión hasta que se resolvía por la Autoridad Laboral, se anulaba la propia virtualidad de la figura, debido al excesivo período de tiempo dedicado al efecto.

Después de casi 20 años de aplicación, la Ley 24/1999 de 6 de julio<sup>4</sup> modificó el artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores. Naturalmente la reforma legislativa de 1999 no surgió por generación espontánea, sino que con ella se culminó un debate tanto social como sindical sobre la efectiva operatividad de este mecanismo.

Pero en cualquier caso, la aprobación de esta Ley, generó un problema de inseguridad jurídica para los administrados, derivado de sus Disposiciones Transitorias y Finales. Según la Disposición Final Segunda de dicha Ley, la misma entraría en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE y por tanto el 7 de octubre de 1999, facultándose al Gobierno (Disposición Final Primera) para dictar las disposiciones reglamentarias que fuesen necesarias en la ejecución y desarrollo de esta ley. Sin embargo, a fecha de 7 de octubre de 1999 todavía no había sido aprobado el Reglamento de desarrollo del nuevo artículo 92.2 del ET encargado de regular el procedimiento de extensión, hecho que provocó que la regulación contenida en Real Decreto 572/1982 de 5 de marzo, no se adecuara a las previsiones legales, y resultase «contra legem» en algunos de sus puntos.

---

hace la Autoridad Administrativa, es dotar o atribuir eficacia general o «erga omnes» a un convenio de eficacia limitada. Véase: PÉREZ PÉREZ, M., «La extensión de los convenios colectivos en la RFA», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 31, 1988, pags. 358 a 373. DAUBLER, W., *Tarifvertragsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden (Nomos V), 1981, pag. 221 y ss. LYON-CAEN, G., PELISSIER, J., SUPLOT, A., *Droit du Travail*, 18.<sup>a</sup> ed. Dalloz, París, 1996, pag. 715. GIUGNI, G., *Diritto Sindacale*, 4.<sup>a</sup> ed. Cacucci, Bari, 1979, pag. 135 y ss.

<sup>3</sup> Que señalaba lo siguiente: «El ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá extender las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a determinadas empresas y trabajadores siempre que exista especial dificultad para la negociación, o se den circunstancias sociales y económicas de notoria importancia en el ámbito afectado. Para ello será preciso el previo informe de una comisión paritaria formada por representantes de las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de aplicación».

<sup>4</sup> BOE de 7 de julio de 1999.

La justificación dada por los grupos parlamentarios que aprobaron el proyecto de ley en 1999, fue la de que el periodo de tres meses de «vacatio legis» se incorporaba a la norma para que durante ese período de tiempo, el Gobierno pudiera elaborar el reglamento correspondiente de desarrollo de la ley. «Un plazo corto pero lo suficientemente sensato como para que los administrados tuvieran la suficiente seguridad jurídica de que la norma era perfecta respecto de sus aspiraciones»<sup>5</sup>.

La experiencia nos ha demostrado que el plazo no fue tan excesivamente corto, pues han tenido que transcurrir casi seis años hasta la publicación del actual Real Decreto 718/2005, de 20 de junio<sup>6</sup>, por el que se aprueba el procedimiento de extensión de convenios colectivos. Resulta especialmente clarificadora su exposición de motivos, al afirmar que razones de seguridad jurídica hacían aconsejable la aprobación de una norma que regulase de manera completa el procedimiento de extensión de convenios colectivos, a la vista de la nueva redacción del citado artículo del Estatuto de los Trabajadores.

El procedimiento de extensión de convenios colectivos que se aprueba presenta como novedades respecto de la anterior regulación reglamentaria, el reconocimiento de la competencia para resolver el procedimiento, según los casos, al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o al órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas, así como la adecuación de los trámites del procedimiento al plazo máximo legalmente establecido de tres meses de duración.

En esta nueva regulación se ha tenido especialmente en cuenta lo acordado, en su momento, por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, la Confederación Española de la Pequeña y la Mediana Empresa, la Unión General de Trabajadores y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, en el marco de la Comisión de Aplicación e Interpretación del Acuerdo Interconfederal para la Cobertura de Vacíos de 1997. Estas organizaciones, dando cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva de 2003, prorrogado para 2004, se dirigieron al Gobierno y le pusieron de manifiesto la inexistencia de una norma reglamentaria conforme con la nueva redacción del artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores, para regular el procedimiento de extensión de convenios colectivos.

Por otra parte, el texto del Real Decreto recoge el consenso alcanzado entre el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales antes citadas en el marco del diálogo social abierto con la «Declaración para el diá-

<sup>5</sup> Diario de Sesiones del Senado núm. 146, de 16 de junio de 1999.

<sup>6</sup> BOE de 2 de julio de 2005.



logo social 2004: competitividad, empleo estable y cohesión social», suscrita el 8 de julio de 2004. Además, fue una norma consultada a todas las organizaciones sindicales y empresariales que tienen la consideración de más representativas.

## 2. EL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE EXTENSIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

El procedimiento regulado en el Real Decreto 718/2005 tiene por objeto la extensión de las disposiciones de un convenio colectivo en vigor en el supuesto y condiciones previstos en el artículo 92.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores<sup>7</sup>, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (artículo 1). Varios son los temas que se suscitan y que se abordan a continuación.

### 2.1. Supuestos en los que es posible el acto de extensión

El artículo 92.2 del ET, en su redacción de 1980, condicionaba el mecanismo de la extensión a la concurrencia de dos presupuestos o requisitos, que lo dotaban de fundamento: la existencia de especiales dificultades para la negociación, y la existencia de circunstancias sociales y económicas de notoria importancia en el ámbito afectado.

La actual redacción, tanto legal como reglamentaria, unifica estas dos causas, que anteriormente se preveían para poder extender un convenio, en una sola<sup>8</sup>, de modo que según el artículo 92.2 del ET en la redacción 1999,

<sup>7</sup> «El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, o el Órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, podrán extender, con los efectos previstos en el artículo 82.3 de esta Ley, las disposiciones de un Convenio Colectivo en vigor a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad, por los perjuicios derivados para los mismos de la imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un Convenio Colectivo de los previstos en este Título III, debida a la ausencia de partes legitimadas para ello».

«La decisión de extensión se adoptará siempre a instancia de parte y mediante la tramitación del procedimiento que reglamentariamente se determine, cuya duración no podrá exceder de tres meses, teniendo la ausencia de resolución expresa en el plazo establecido efectos desestimatorios de la solicitud.

Tendrán capacidad para iniciar el procedimiento de extensión quienes se hallen legitimados para promover la negociación colectiva en el ámbito correspondiente conforme a lo dispuesto en los artículos 87.2 y 3 de esta Ley».

<sup>8</sup> Véase: OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, 8.º ed. Tecnos, Madrid, 2003, pag. 821 y ss. para quien esta unificación de las dos causas parece haber espoleado la vida del fenómeno,

cabrá la extensión de un convenio colectivo *«por los perjuicios derivados (para trabajadores y empresarios) de la imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo de los previstos en este Título III, debida a la ausencia de partes legitimadas para ello»*. Por tanto, no basta la existencia de dificultades para la negociación, sino que es preciso que exista una real imposibilidad de negociación y ello por ausencia de las partes legitimadas para la misma. Y a la vez no basta el hecho de ausencia de partes negociadoras legitimadas, sino que deberá existir algún perjuicio en el ámbito correspondiente, y concretamente la inexistencia de un convenio colectivo<sup>9</sup>. Analicemos estos requisitos.

a) La imposibilidad de suscribir un convenio colectivo estatutario en el ámbito en que se pretende la extensión debido a la ausencia de partes legitimadas para negociar.-

Para que proceda la extensión es requisito imprescindible que la empresa o trabajadores a los que pretenda extenderse un convenio, no se encuentren vinculados por convenio alguno<sup>10</sup>. De hecho, el artículo 92.2 del ET alude a la *«imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo de los previstos en este Título III»*; y en idénticos términos se expresa el Real Decreto 718/2005 (artículo 1.2). Ahora bien, este tema encierra una problemática intrínseca y en concreto plantea dos cuestiones: en primer lugar la de si es posible la extensión de un convenio a un ámbito en el que ya existe un convenio colectivo pero cuya vigencia ha finalizado porque ha sido denunciado (y por tanto sus cláusulas normativas continúan en vigor «ex» artículo 86.3 del ET); y en segundo lugar, si es posible la extensión cuando en el ámbito ya existe un convenio o pacto pero extraestatutario.

Desde mi punto de vista, el tenor literal de la normativa permite adoptar una interpretación restrictiva respecto del tema. De modo que si la finalidad de la extensión es la de cubrir vacíos normativos, difícilmente se va a

---

con un crecimiento sorprendente del número de extensiones. De ordinario un sindicato más representativo, o quizá los dos estatales, la solicitan en cuanto advierten la carencia de patronal en el ámbito descrito.

<sup>9</sup> En este punto, resulta muy acertada la valoración efectuada por el Consejo Económico y Social en el Dictamen de 17 de febrero de 1999 sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del artículo 92.2 del ET. Según el Consejo Económico y Social, es adecuada la reducción a un único supuesto de la procedencia para acudir al procedimiento de la extensión: «De hecho en la práctica, sólo la ausencia de las partes legitimadas para negociar ha operado como causa justificativa de la extensión en el pasado».

<sup>10</sup> Así lo exigía, por otra parte, el artículo 2 del RD 572/82 en ambos apartados, al insistir, reiteradamente en que las empresas o el sector no se hallasen *«vinculadas por dicho Convenio ni por ningún otro, sea cual fuere su ámbito»* (art. 2.1) o cuando, *«no hallándose vinculadas por convenio alguno, no exista uno de ámbito superior al de Empresa de posible extensión»* (art. 2.2).



cumplir la misma si dichos vacíos no se dan, por existir una regulación convencional, sea ésta prorrogada o extraestatutaria. Además, si ya existe convenio en el ámbito de referencia (sea estatutario o no, esté prorrogado o no), puede resultar inviable la extensión porque, además de faltar los presupuestos necesarios para la misma, se quebrantaría el artículo 84 del ET, que prohíbe de manera absoluta la concurrencia de convenios <sup>11</sup>.

El artículo 92.2 del ET exige que la imposibilidad de suscribir un convenio sea «*debida a la ausencia de partes legitimadas para negociar*», y en idéntico sentido se pronuncia el artículo 1 del Real Decreto 718/2005, con lo que parece vetar la posibilidad de que existan otras causas adicionales que puedan justificar la extensión de un convenio.

Con la actual regulación, no basta con que existan dificultades para la negociación de un convenio colectivo, dado que en la actualidad existen otros mecanismos de solución para tal problemática a través de procedimientos extrajudiciales de conflictos (procedimientos administrativos de solución de conflictos colectivos, e incluso el recurso a la huelga). Debe por tanto existir una real imposibilidad de producirse tal negociación y ello por ausencia de las partes legitimadas para la misma, toda vez que si éstas existieran no se podría plantear la necesidad de sus sustitución <sup>12</sup>. O Como indica la Exposición de Motivos de la Ley de 1999: «Se pretende así eliminar anteriores supuestos que podrían dar lugar a injerencias o iniciativas no deseadas en un ámbito negocial concreto».

b) La presencia de perjuicios para empresarios y trabajadores, derivados de la imposibilidad de suscribir un convenio.-

El segundo de los presupuestos que dota de sentido a la extensión de un convenio colectivo es la existencia de perjuicios para los trabajadores y empresarios. Un análisis literal de la norma, tanto legal como reglamentaria, permite concluir que para que se proceda a la extensión de un convenio, no basta con el hecho de que se produzca una ausencia de partes negociadoras legitimadas, sino que además, tiene que existir algún perjuicio en el ámbito correspondiente. Pero nada dice la norma acerca de como se determina el perjuicio. Desde luego, afirmar que el perjuicio se concreta sim-

<sup>11</sup> IGLESIAS CABERO, M., «La extensión del convenio colectivo», *Documentación Laboral*, núm. 38, 1992, pag. 31.

<sup>12</sup> Véase OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, 8.º ed. Tecnos, Madrid, 2003, pag. 822 y ss, para quien la claridad de esta causa (la ausencia de partes legitimadas para negociar), es en realidad engañosa porque los expedientes de tramitación contienen numerosas quejas de patronales disponibles para negociar desde otro ámbito distinto al que los solicitantes eligen (provincial y no estatal, local y no provincial, etc), lo cual lleva a pensar en un forcejeo de estrategias negociadoras de parte. Este autor entiende que la Autoridad Laboral puede rebajar el ámbito por exclusión de aquellas subdivisiones donde haya partes legitimadas.

plemente por la propia inexistencia de una norma autónoma reguladora de las relaciones colectivas (esto es, un convenio colectivo)<sup>13</sup>, puede resultar una explicación un tanto simplista.

Para un sector de la doctrina científica<sup>14</sup>, los perjuicios debieran manifestarse en forma de situaciones sociales o económicas discriminatorias, de manera que a través de la extensión se intentaría acabar con tratamientos discriminatorios. Desde otra perspectiva<sup>15</sup> se ha entendido que la decisión administrativa de extender un convenio colectivo, al amparo de esta causa, tendería a «remediar un estado de crisis negocial cuya continuidad produciría daños sociales y económicos valorados éstos desde la perspectiva no de los intereses de los afectados, sino del interés general que sustenta y fundamenta la acción normativa del Estado».

La principal problemática viene a la hora de diferenciar este presupuesto (los perjuicios derivados para empresas y trabajadores) del anteriormente analizado (la ausencia de partes legitimadas para la negociación). En principio, el artículo 92.2 del ET los vincula en una relación de causa-efecto, es decir, el perjuicio para empresarios y trabajadores en el ámbito correspondiente se ha de producir precisamente por la imposibilidad de suscribir un convenio colectivo estatutario debido a la ausencia de partes legitimadas para la negociación. No estamos por tanto ante presupuestos alternativos sino acumulativos<sup>16</sup>. El afirmar que ambos presupuestos son alternativos equivaldría a sostener que la Administración puede extender un convenio colectivo de existir un perjuicio derivado para empresarios y trabajadores, pese a existir partes legitimadas para negociar<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Memoria Explicativa sobre el anteproyecto de Ley de modificación del artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores de 3 de febrero de 1999.

<sup>14</sup> SALA FRANCO, T., «Adhesión y extensión». Comentario al artículo 92 del ET, en AA., VV. *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de marzo*, ed. EDERSA, Madrid, 1981, pag. 620. Véase también: GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., «Adhesión y Extensión», en AA.VV. *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los trabajadores*, ed. Edersa, Madrid, 2001, pag. 285 y ss.

<sup>15</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 522. El mismo autor, «Acuerdos de adhesión y actos de extensión: una aproximación funcional», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1987, pag. 8 y ss.

<sup>16</sup> En cualquier caso, podemos comprobar que así como en los casos de «ausencia de partes legitimadas para negociar» la intervención estatal parece más accesible, en cambio, ello no sucede así en los «perjuicios derivados para empresarios y trabajadores», o dicho de otro modo, que el grado de excepcionalidad con que se configura normativamente este último supuesto sería mayor que el anterior.

<sup>17</sup> MUGA ROBLEDO, A., «Problemática de la extensión del convenio colectivo», en AA.VV. *La administración de los convenios y su valor normativo. III Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva*, ed. MTSS, Madrid, 1991, pag. 95. IGLESIAS CABERO, M., «La extensión del convenio colectivo», *Documentación Laboral*, núm. 38, 1992, pag. 34.

## 2.2. Los convenios susceptibles de extensión: los convenios colectivos supraempresariales y los empresariales

Según el artículo 92.2 del ET, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales podrá extender, con los efectos previstos en el artículo 82.3 del ET, las disposiciones de «*un convenio colectivo en vigor a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad*». En idénticos términos se pronuncia el artículo 1.2 del Real Decreto 718/2005.

El primer interrogante que se presenta ante esta dicción es el de si es necesario una enumeración nominativa de las empresas que van a verse afectadas por la extensión, o si por el contrario, ello no es necesario. Un sector de la doctrina científica<sup>18</sup> ha entendido que la concreción del artículo 92.2 del ET exigiendo que la extensión sea a «*una pluralidad de empresas y trabajadores*» no hace más que subrayar la excepcionalidad de la medida, y por tanto «induce a pensar que la ampliación debe ser «nominatum» a una o varias empresas, mencionadas por su nombre». No lo ha entendido así por el contrario un segundo sector doctrinal<sup>19</sup> para el que la validez del acto de extensión de un convenio colectivo no exige «una especificación nominativa de las empresas afectadas» y ello porque la eficacia jurídica general de la que está dotado ese acto reglamentario hace innecesaria esa concreción<sup>20</sup>.

El segundo interrogante, no despejado por el tenor literal del artículo 92.2 del ET, pero sí por el Real Decreto 718/2005, es el de si el convenio colectivo a extender ha de ser de ámbito empresarial o supraempresarial. Al igual que su predecesor normativo, el Real Decreto 718/2005 establece dos reglas: la regla general es que se podrá extender un convenio colectivo de ámbito superior al de empresa siempre que las mismas no estuvieran vinculadas por convenio colectivo, cualquiera que fuese su ámbito. La segunda regla opera de modo subsidiario: subsidiariamente, en el caso de inexistencia de convenio supraempresarial, se podrá extender con carácter excepcional, un convenio de empresa (artículo 1.2). Lo que no parece posible es la

<sup>18</sup> IGLESIAS CABERO, M., «La extensión del convenio colectivo», *Documentación Laboral*, núm. 38, 1992, pag. 32.

<sup>19</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 522. pag. 753.

<sup>20</sup> Esta ambigua dicción del ET, que alude únicamente a «*empresas y trabajadores*», planteó también una incógnita que fue la de determinar si era posible la extensión de convenios, no solamente a «*empresas*» sino también a enteros sectores profesionales. La primera doctrina estudiosa del tema, ya puso de manifiesto, con anterioridad al RD 572/82, que no cabría limitar la facultad de extensión a un ámbito tan restringido como lo es una empresa o grupos de empresas sino que, pese a la deficiencia de la dicción del ET, también cabría a un sector profesional. Con la actual regulación, que alude expresamente a «*un sector o subsector de actividad*», la polémica al respecto parece quedar zanjada.

extensión de un convenio de ámbito inferior al de empresa y, consiguientemente, el convenio aplicable en uno o en varios centros de trabajo no es extensible a otros centros de trabajo.

Otro tema a discutir es el de si el acto de extensión puede afectar a determinados grupos profesionales, esto es, si es posible extender el convenio a determinadas clases de profesiones (los conocidos como convenios de franja, de clase o parciales dentro de una empresa). Coincido con aquel sector doctrinal<sup>21</sup> que ha entendido que ello no sería posible pues admitir lo contrario no solo atentaría a la excepcionalidad de la medida sino que atentaría la libertad de negociación.

### 2.3. La naturaleza estatutaria o extraestatutaria del convenio a extender

Según el artículo 92.2 del ET, el Ministerio de Trabajo podrá extender, las disposiciones de «*un convenio colectivo*». Una de las dudas que se planteó la doctrina científica con la anterior regulación, era la de si el convenio a extender había de ser estatutario o bien, la extensión podía afectar también a convenios colectivos extraestatutarios<sup>22</sup>. La gran mayoría de los autores<sup>23</sup>, entendieron que el convenio susceptible de extensión había de ser estatutario, en el sentido de ser sido negociado y concluido en base a los procedimientos previstos por el Título III del ET. Por este motivo habría que descartar el que pudieran extenderse los denominados pactos extraestatutarios, cuya naturaleza es sustancialmente distinta de los convenios colectivos, fundamentalmente por su carencia de eficacia general o «erga

<sup>21</sup> IGLESIAS CABERO, M., «La extensión del convenio colectivo», *Documentación Laboral*, núm. 38, 1992, pag. 33.

<sup>22</sup> CAMPS RUIZ, L.M., «Adhesión y extensión de convenios colectivos (II)», *Actualidad Laboral*, núm. 9, 1993, pag. 161.

<sup>23</sup> RAYON SUÁREZ, E., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos en la Ley del Estatuto de los Trabajadores», *Revista de Política Social* núm. 83, 1981, pag. 455. VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 535. El mismo autor, «Acuerdos de adhesión y actos de extensión: una aproximación funcional», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1987, pag. 12 y ss. SÁEZ DE LARA, M.C., «La extensión de convenios colectivos: la experiencia española», en AA.VV. *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo*, ed. Consejería de Fomento y Trabajo, Sevilla, 1989, pag. 137. MUGA ROBLEDO, A., «Problemática de la extensión del convenio colectivo», en AA.VV. *La administración de los convenios y su valor normativo. III Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva*, ed. MTSS, Madrid, 1991, pag. 90. FERNÁNDEZ FRUTOS, R., «La práctica de la extensión de los convenios colectivos en España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 18, 1992, pag. 104.



omnes», que los sitúa en la esfera de los instrumentos jurídicos contractuales con fuerza de obligar limitada a las partes firmantes.

La regulación actual se inclina decididamente por esta interpretación, ya que vincula la extensión del convenio colectivo a la imposibilidad de suscribir uno «*de los previstos en este Título III*» (artículo 92.2 del ET y 1.2 del RD 718/2005), y a la vez exige que la extensión lo sea «*con los efectos previstos en el artículo 82.3 de esta Ley*» (artículo 1.2 del RD 718/2005), es decir, con los efectos de un convenio colectivo estatutario.

Un tema relacionado con el que está siendo objeto de análisis consiste en determinar si es posible la extensión de un convenio colectivo con alguna deficiencia que podría haberle impedido la consideración como estatutario. En concreto dos son los problemas que pueden plantearse: en primer lugar si es posible extender un convenio colectivo firmado, pero no publicado en el momento de la solicitud de la extensión; y en segundo lugar si es posible extender un convenio que no haya sido objeto de firma en el momento de la solicitud de la extensión.

Respecto de la posibilidad de extender un convenio colectivo firmado, pero no publicado en el momento de la solicitud de la extensión, la doctrina científica<sup>24</sup> ha deducido que es posible, siempre que, por una parte, la publicación se haya llevado a cabo antes de dictarse la decisión Administrativa y, por otra parte, que la eficacia general del convenio se retrotraiga al menos al momento de la solicitud de la extensión. Respecto de la posibilidad de extender un convenio colectivo que no ha sido objeto de firma en el momento de la solicitud de la extensión, la doctrina científica<sup>25</sup> también ha señalado que no habría ningún inconveniente legal en que aquella solicitud sea válida a efectos del comienzo de la aplicación de la extensión aunque el convenio no se encuentre firmado cuando se solicita la extensión, siempre que sea firmado y publicado con anterioridad a la fecha de la emisión de la resolución administrativa.

#### 2.4. La necesaria vigencia del convenio a extender

El artículo 92.2 del ET exige preceptivamente que el convenio colectivo que va a ser objeto de extensión, esté «*en vigor*», y en idéntico sentido se pronuncia el artículo 1.2 del RD 718/2005<sup>26</sup>. Ahora bien, se plantea la

<sup>24</sup> MUGA ROBLEDO, A., «Problemática de la extensión del convenio colectivo», en AA.VV. *La administración de los convenios y su valor normativo. III Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva*, ed. MTSS, Madrid, 1991, pag. 93.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ FRUTOS, R., «La práctica de la extensión de los convenios colectivos en España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 18, 1992, pag. 109 y ss.

<sup>26</sup> Véase: STS de 28 de mayo de 2003 (Sala 3.º), I.L. J 859; y STS de 19 de septiembre de 2001 (Sala 3.º), I.L. J 2042.

cuestión de si, un convenio denunciado, cuyas cláusulas obligacionales han perdido vigencia y en el que la vigencia se predica solamente de sus cláusulas normativas, puede ser objeto de extensión.

Podemos señalar que, en este punto, la doctrina científica se halla nuevamente dividida. Para algunos autores<sup>27</sup>, y dado que el artículo 92.2 del ET se refiere a un convenio «*en vigor*», será preciso que el convenio extendido se encuentre en su fase de vigencia inicial, único momento en el que hay una previsión de duración temporal, que no existe en la fase de prórroga del artículo 86.3 del ET, es decir, no sería viable la extensión de convenios que se encuentren en la fase de prórroga «*ex*» artículo 86.3 del ET.

Sin embargo, otro sector de la doctrina<sup>28</sup> parte de una visión radicalmente distinta, y afirma que el convenio colectivo en vigor cuya extensión se solicita puede perfectamente encontrarse en un periodo de vigencia prorrogada de su contenido normativo en virtud del artículo 86.3 del ET. Desde mi punto de vista, ésta debiera de ser la interpretación a adoptar sobre todo si tenemos en cuenta que los mecanismos del artículo 86 del ET, en sus apartados 2.º y 3.º, buscan principalmente suplir vacíos normativos, que es el fin último que persigue toda extensión de convenios colectivos. Esta es, además, la interpretación que ha predominado en la práctica<sup>29</sup>, y la que parece desprenderse del actual artículo 9.2 del RD 718/2005, que permite la eficacia de la extensión hasta la finalización de la vigencia inicial «*o prorrogada*» del convenio extendido.

## 2.5. La homogeneidad en las condiciones entre el convenio a extender y el ámbito en el que se pretende llevar a cabo la extensión

Pese a que el ET nada dice al respecto, el artículo 1.2 del RD 718/2005 exige una cierta homogeneidad entre el convenio a extender y el ámbito en el que se pretende llevar a cabo la extensión. Concretamente señala este precepto que la extensión del convenio colectivo se efectuará a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad «*pertene-*

<sup>27</sup> MUGA ROBLEDO, A., «Problemática de la extensión del convenio colectivo», en AA.VV. *La administración de los convenios y su valor normativo. III Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva*, ed. MTSS, Madrid, 1991, pag. 91. FERNÁNDEZ FRUTOS, R., «La práctica de la extensión de los convenios colectivos en España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 18, 1992, pag. 104.

<sup>28</sup> SÁEZ DE LARA, M.C., «La extensión de convenios colectivos: la experiencia española», en AA.VV. *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo*, ed. Consejería de Fomento y Trabajo, Sevilla, 1989, pag. 144.

<sup>29</sup> Por ejemplo, el expediente núm. 63 de solicitud de extensión del Convenio Colectivo de Hospitalización y Asistencia Sanitaria de Madrid a Ciudad Real.

*cientos al mismo o similar ámbito funcional o con características económico-laborales equiparables, teniendo en cuenta la actividad donde vaya a ser aplicado»*<sup>30</sup>. Como ha puesto en evidencia la doctrina científica<sup>31</sup>, nos encontramos ante situaciones de marcado carácter subjetivo, puesto que la terminología utilizada deja un buen margen de interpretación que, desde luego, puede repercutir en la forma de medir cuándo el colectivo afectado por el convenio cuya extensión se solicita y el colectivo para el que se solicita la extensión, tienen análogas condiciones y ámbito.

a) La homogeneidad en el ámbito funcional.

El tema que nos ocupa plantea una incógnita que es la de determinar si el requisito previsto por la norma reglamentaria exigiendo que el convenio a extender «*pertenezca al mismo o similar ámbito funcional*» y el requisito de que dicho convenio tenga «*características económico-laborales equiparables*» a las del ámbito donde se pretende extender, son requisitos acumulativos o no lo son.

Algunos autores<sup>32</sup> han entendido que los requisitos exigidos para poder extender un convenio de sector «*tienen carácter alternativo y no acumulativo*», de modo que bastará que el convenio tenga un ámbito funcional idéntico o similar al que tienen las empresas o el sector desprovistos de norma pactada, o que las condiciones económico-laborales sean equiparables, para cumplimentar la exigencia normativa. Por el contrario, otros autores<sup>33</sup> han interpretado precisamente lo contrario, afirmando que «*la circunstancia de que la extensión se solicite para un mismo ámbito funcional no es suficiente, teniendo que imperar que se den características económico-laborales equiparables*».

La práctica se ha movido sin embargo por otros derroteros, y la exigencia de pertenencia al mismo o similar ámbito funcional apenas ha sido considerada a efectos prácticos. Generalmente, las solicitudes de extensión se han producido dentro de un mismo sector de actividad (para cubrir ámbi-

<sup>30</sup> De hecho el artículo 2 del derogado RD 572/82, también exigía una cierta «homogeneidad» del ámbito del convenio extendido con el ámbito en que se iba a extender. Según los términos de este precepto, podía extenderse un convenio colectivo de ámbito superior al de empresa a una o varias empresas o a un sector «*pertenecientes al mismo o similar ámbito funcional o con características económico-laborales equiparables*». Y, subsidiariamente, podía también extenderse un convenio de empresa a otra u otras empresas o sector «*de análogas condiciones económicas y sociales*».

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ FRUTOS, R., «La práctica de la extensión de los convenios colectivos en España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 18, 1992, pag. 104.

<sup>32</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 537.

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ FRUTOS, R., «La práctica de la extensión de los convenios colectivos en España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 18, 1992, pag. 109.

tos territoriales carentes de convenio dentro de ese sector), por lo que la pertenencia al mismo o similar ámbito funcional no ha levantado problemas. Eso sí, cuando la petición de extensión se ha dado por el contrario, para un sector de actividad distinto, lo que se ha producido es una valoración más atenta de las características económicas y laborales de cada sector<sup>34</sup>.

b) La homogeneidad en las condiciones económicas, laborales y sociales.

Posiblemente lo primero que va a encontrarse el órgano encargado de informar o de decidir sobre la extensión del convenio, es una notoria diferencia entre las condiciones económicas y laborales de los dos ámbitos, originada por la ausencia de negociación colectiva en el ámbito en el que se va a llevar a cabo la extensión. Además, mientras que en el ámbito del convenio a extender, posiblemente se habrán producido revisiones en las condiciones de trabajo, no habrá sucedido así en el ámbito en que va a tener lugar la extensión. Desde luego, una circunstancia como la descrita no debería llevar a desestimar la extensión<sup>35</sup>.

La práctica administrativa ha puesto de manifiesto como el dictamen favorable de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, se ha producido sólo cuando se ha comprobado la existencia de unas características económico-laborales similares en el ámbito cubierto por el convenio extendido y en el afectado por la extensión. Esa comprobación ha tenido lugar mediante el correspondiente informe económico (que se incorpora en cada expediente), en base al cual se comparan las condiciones de trabajo, y sobre todo (aunque no exclusivamente) las salariales, en uno y otro ámbito, con las correcciones oportunas para la actualización de condiciones de trabajo pactadas con bastante lejanía en el tiempo.

### 3. EL ÓRGANO COMPETENTE PARA PROCEDER A LA EXTENSIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

La determinación del órgano administrativo con competencias para proceder a la extensión de los convenios colectivos, es un tema íntimamente

<sup>34</sup> No obstante, como indica DURÁN LÓPEZ, F., «Problemas de la extensión de los convenios colectivos», en AA.VV. *Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, ed. MTSS, Madrid, 1994, pag. 32: «en los debates de la Comisión Consultiva, no han dejado de estar presentes las consideraciones acerca de la similitud o no de los sectores afectados, por ejemplo, en los supuestos de pretensión de extensión de convenios del sector sanitario a las actividades de consulta y asistencia médica».

<sup>35</sup> MUGA ROBLEDO, A., «Problemática de la extensión del convenio colectivo», en AA.VV. *La administración de los convenios y su valor normativo. III Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva*, ed. MTSS, Madrid, 1991, pag. 111.

ligado con la naturaleza jurídica que cabe predicar del acto administrativo de extensión, problemática ésta de la que se ha hecho eco la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y ello por el siguiente motivo: si el acto de extensión tiene naturaleza reglamentaria y despliega efectos normativos, en principio la competencia para dictarlo debiera de corresponder al Estado. Por el contrario, si se configura como un mero acto administrativo, la competencia debiera corresponder a las Comunidades Autónomas que han asumido en sus Estatutos la ejecución de la legislación laboral. En otras palabras, se trata de determinar si la facultad de extensión de un convenio colectivo es exclusiva del Estado o si, por el contrario, puede ser compartida por las Comunidades Autónomas<sup>36</sup>. Al respecto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en tres ocasiones sobre la naturaleza del acto de extensión de los convenios colectivos y la repercusión que ello tiene a nivel de atribución competencial.

La primera de estas sentencias fue la STC 17/86 de 4 de febrero (BOE de 5 de marzo). La posición del Tribunal pareció decantarse a la configuración de la facultad de extensión como una actividad legislativa que se encontraba implícita en el acuerdo de extensión. De hecho el Tribunal afirma: «el acto de extensión no es, él mismo, un convenio colectivo en sentido propio, sino que tiene la naturaleza propia de una norma estatal que asume y hace suyo el contenido de un convenio», de lo que se concluye que «es un reglamento administrativo, cuyo contenido queda integrado «per relationem» a través de las disposiciones establecidas en el convenio» (Fundamento Jurídico 3.º). Pese a ese posicionamiento del Tribunal Constitucional, la cuestión fue tratada tangencialmente y como «obiter dicta».

La segunda sentencia fue la STC 86/91 de 25 de abril (BOE de 29 de mayo). El objetivo del Tribunal Constitucional en esta sentencia va a consistir en determinar si el acto de extensión es incluíble o no el concepto de «legislación laboral» empleado en el artículo 149.1.7 de la CE, y la conclusión alcanzada por el mismo es clara: no forma parte del concepto de legislación laboral, y ello porque la delimitación de ese concepto ha de llevarse

<sup>36</sup> JIMÉNEZ VELASCO, F., «La naturaleza jurídica del acto de extensión de convenios colectivos», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1988, pag. 269 y ss. DURÁN LÓPEZ, F., «La extensión de convenios colectivos: naturaleza y competencias de las Comunidades Autónomas», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1988, pag. 161 y ss. BORRAJO DACRUZ, E., «Naturaleza administrativa del acto de extensión del convenio colectivo», *Actualidad Laboral*, núm. 39, 1991, pag. 2051 y ss. GARATE CASTRO, J., «Sobre la naturaleza jurídica del acto de extensión de un convenio colectivo. A propósito de la STC 86/1991», *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1991, pag. 521 y ss. MONTOYA MELGAR, A., «El acto de extensión del convenio colectivo y las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 52, pag.227 y ss.

a cabo atendiendo, no tanto al carácter normativo del acto, como a la finalidad perseguida por el artículo 149.1.7 de la CE de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia.

En este punto, señala el Tribunal Constitucional: «el acto de extensión no aparece integrado en el concepto de legislación y sí en el de ejecución. Intenta simplemente componer los intereses de trabajadores y empresarios que, por las causas previstas en el artículo 92.2 del ET no han podido dar vida a un Convenio Colectivo propio. Y, desde este punto de vista, puede aproximarse conceptualmente a otros actos de ejecución de la legislación del Estado<sup>37</sup> que, sin perjuicio de su carácter normativo, entran en la esfera competencial de las CCAA» (como el establecimiento de garantías en los servicios esenciales<sup>38</sup>, o la posible intervención arbitral autonómica en conflictos colectivos, mediante un laudo<sup>39</sup>).

Y señala también el Tribunal Constitucional, que presupuesto necesario para que los órganos correspondientes de una Comunidad Autónoma puedan extender un convenio colectivo, será, el que tengan esta competencia transferida o bien reconocida en su propio Estatuto de Autonomía porque, caso contrario, la titularidad de la función corresponderá al Ministerio de Trabajo, tal y como dispone el artículo 92.2 del ET. Para finalizar, existe otro problema tratado en la sentencia que es el del ámbito territorial del convenio extendido. Al respecto, parece obvio que la competencia de extensión de un convenio colectivo, se limita al estricto ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de que se trate.

La tercera sentencia fue la STC 102/91 de 13 de mayo (BOE de 18 de junio). El Tribunal reitera en su Fundamento Jurídico 3.º la doctrina sentada en la sentencia antes comentada, para señalar que «el acto de extensión de un convenio colectivo no está incluido en la legislación en materia laboral que el artículo 149.1.7 de la CE reserva al Estado al no aparecer vinculado en modo alguno a la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia». De esta manera concluye que el acto de extensión «pertenece por el contrario a la esfera de lo ejecutivo», y ello porque, aparte de no existir, en rigor, creación de una norma, las facultades administrativas que conducen a la extensión del ámbito de la anteriormente existente se encuentran rígidamente precondicio-

<sup>37</sup> IGLESIAS CABERO, M., «La extensión del convenio colectivo», *Documentación Laboral*, núm. 38, 1992, pag. 38.

<sup>38</sup> CAMPS RUIZ, L.M., «Adhesión y extensión de convenios colectivos. (II)», *Actualidad Laboral*, núm. 9, 1993, pag. 169.

<sup>39</sup> GARATE CASTRO, J., «Sobre la naturaleza jurídica del acto de extensión de un convenio colectivo. A propósito de la STC 86/1991 de 25 de abril», *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1991, pag. 526.

nadas por determinados requisitos» (Fundamento Jurídico 4.º). Se vuelve a insistir por tanto en que el acto de extensión de un convenio es un acto administrativo y no reglamentario.

El legislador de 1999 zanjó de una vez por todas las posibles dudas existentes acerca de si las CCAA con competencia en la materia<sup>40</sup> podían proceder a extender las disposiciones de un convenio colectivo. El actual artículo 92.2 del ET señala expresamente que «*el órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia*» podrá extender las disposiciones de un convenio colectivo en vigor, de modo que con ello se consigue una mayor adecuación en esta materia con la organización territorial del Estado.

Y en este punto, el artículo 2 del RD 718/2005 de 20 de junio, señala que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales será competente para conocer y resolver los procedimientos de extensión de convenios colectivos cuando el ámbito de la extensión abarque todo el territorio nacional o el territorio de más de una Comunidad Autónoma. Pero a su vez especifica en su segundo apartado que los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas serán competentes para conocer y resolver aquellos procedimientos de extensión de convenios colectivos cuando el ámbito de la extensión se circunscriba a su correspondiente territorio o a ámbitos inferiores de éste.

Es más, la Disposición Adicional Única del RD 718/2005 insiste en que de conformidad con los principios que rigen las relaciones entre Administraciones Públicas establecidos en el artículo 4 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

<sup>40</sup> Al respecto, han asumido competencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en materia de convenios colectivos, incluida por tanto la extensión de los mismos, las siguientes Comunidades Autónomas: a) País Vasco, a través del artículo 12.2 de su Estatuto de Autonomía y del artículo 10.1 del RD 2209/1979, de 7 de septiembre. b) Cataluña, a través del artículo 11.2 de su Estatuto de Autonomía y del artículo 21.1 del RD 2210/1979, de 7 de septiembre. c) Galicia, a través del artículo 29.1 de su Estatuto de Autonomía y del anexo I, B.3.1 del RD 2412/1982 de 24 de julio. d) Andalucía, a través del artículo 17.2 de su Estatuto de Autonomía y del anexo I, B.3.1 del RD 4043/1982 de 29 de diciembre. e) Comunidad Valenciana, a través del artículo 33.1 de su Estatuto de Autonomía y del anexo I, B.3.1 del RD 4105/1982 de 29 de diciembre. f) Canarias, a través el artículo 34 b, 5 de su Estatuto de Autonomía y del anexo I, B.3.1 del RD 1033/1984 de 11 de abril. g) Y Navarra a través del artículo 58.1b) de su Estatuto de Autonomía y del anexo 2,c)1 del RD 937/1986 de 11 de abril.

<sup>41</sup> Según este precepto, y bajo el título «Principios de las relaciones entre las Administraciones Públicas»:

«1. Las Administraciones públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán:

*Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias.*

Procedimiento Administrativo Común<sup>41</sup>, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas se informarán recíprocamente sobre las resoluciones administrativas por las que se extienda un convenio colectivo dictadas en el ejercicio de sus competencias.

Por tanto, la actual redacción es el resultado de toda una jurisprudencia del Tribunal constitucional que ha marcado las pautas interpretativas acerca de la extensión de los convenios colectivos y la titularidad competencial de dicha facultad.

---

*Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones.*

*Facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias.*

*Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.*

2. *A efectos de lo dispuesto en las letras c) y d) del apartado anterior, las Administraciones públicas podrán solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a disposición del ente al que se dirija la solicitud. Podrán también solicitar asistencia para la ejecución de sus competencias.*

3. *La asistencia y cooperación requerida sólo podrá negarse cuando el ente del que se solicita no esté facultado para prestarla, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones. La negativa a prestar la asistencia se comunicará motivadamente a la Administración solicitante.*

4. *La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local deberán colaborar y auxiliarse para aquellas ejecuciones de sus actos que hayan de realizarse fuera de sus respectivos ámbitos territoriales de competencias.*

5. *En las relaciones entre la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas, el contenido del deber de colaboración se desarrollará a través de los instrumentos y procedimientos que de manera común y voluntaria establezcan tales Administraciones.*

*Cuando estas relaciones, en virtud del principio de cooperación, tengan como finalidad la toma de decisiones conjuntas que permitan, en aquellos asuntos que afecten a competencias compartidas o exijan articular una actividad común entre ambas Administraciones, una actividad más eficaz de los mismos, se ajustarán a los instrumentos y procedimientos de cooperación a que se refieren los artículos siguientes».*

<sup>42</sup> Según el artículo 4 del anterior RD 572/82: «Se considerarán con capacidad para solicitar válidamente la extensión quienes se hallen legitimados para promover la negociación conforme al artículo 87 del ET o, en su defecto, cubran las previsiones determinadas en la disposición adicional sexta del propio texto legal. Asimismo podrán solicitar la extensión las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales con implantación en colectivos carentes de convenio propio y no vinculadas por aquel cuya extensión se pretende, o los representantes electivos a que se refieren los artículos 62 y 63 del mencionado Estatuto».



#### 4. INICIACIÓN, INSTRUCCIÓN Y ACTOS DE SUBSANACIÓN Y PREPARACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

##### 4.1. La iniciativa de la extensión: legitimados para solicitarla

Según dispone el artículo 92.2 del ET «*la iniciativa para la extensión se adoptará siempre a instancia de parte*». Y según el artículo 3 del RD 718/2005 (bajo el título de «*iniciación del procedimiento*»), el procedimiento para la extensión de convenios colectivos se iniciará siempre a instancia de parte legitimada. Queda por tanto excluida la iniciación del procedimiento «de oficio» por parte de la Administración, lo que resulta consecuente con el carácter excepcional de este mecanismo frente a la autonomía colectiva.

La actual normativa otorga la iniciación del procedimiento a los sujetos legitimados para promover la negociación colectiva en el correspondiente ámbito de la extensión, conforme a lo dispuesto en el artículo 87.2 y 3 del ET (básicamente los sindicatos y patronales más representativos), a diferencia de la anterior regulación reglamentaria<sup>42</sup> que consideraba además con capacidad para solicitar válidamente la extensión de los convenios: a los sujetos legitimados por la Disposición Adicional Sexta del ET, a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales con implantación en colectivos carentes de convenio colectivo propio, y a los representantes electivos a que se refieren los artículos 62 y 63 del mencionado Estatuto (esto es, a los delegados de personal y a los miembros del Comité de Empresa). Sujetos que han quedado expresamente excluidos.

En la memoria explicativa sobre el anteproyecto de ley de modificación del artículo 92.2 del ET de 1999, se señalaba que con la nueva regulación se pretendía identificar a los sujetos que podían solicitar la extensión de un convenio colectivo a ámbitos carentes del mismo, estableciéndose que lo serían las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el ámbito estatal y en el ámbito de las Comunidades Autónomas en función de la extensión que se pretendiese realizar, añadiéndose a ellas, aquellas otras organizaciones empresariales y sindicales que sin tener la consideración de mayor representatividad tuvieran implantación en el ámbito afectado por la extensión. Sin embargo, esta posible alusión al criterio de la implantación sindical y no solamente al de la representatividad, no ha sido acogida en el redactado del actual texto reglamentario, el cual omite cualquier referencia a ella, a diferencia de su predecesor.

La norma tampoco puntualiza si la petición ha de estar suscrita por las representaciones sindicales y patronales acumulativamente. A falta de exi-

<sup>43</sup> IGLESIAS CABERO, M., «La extensión del convenio colectivo», *Documentación Laboral*, núm. 38, 1992, pag. 31.

gencia, cabe entender que la petición de una sola de ellas será suficiente para que la Autoridad Laboral inicie el correspondiente procedimiento. No tiene sentido por tanto exigir el mutuo acuerdo cuando, posiblemente, con él las partes ya podrían haber negociado un convenio o adherirse a otro ya existente, sin necesidad de tramitar un expediente administrativo y esperar que recaiga una resolución administrativa. Además, si existiese unanimidad en la petición, sobraría el informe los sindicatos y patronales más representativos a que alude el artículo 92.2 del ET<sup>43</sup>.

De hecho, la práctica indica que las solicitudes no se producen conjuntamente por las contrapartes sociales, sino por uno solo de los sujetos colectivos mencionados, y normalmente un sindicato<sup>44</sup>, si bien no cabe descartar, aunque haya de admitirse casi teóricamente, que la iniciativa parta de una organización empresarial<sup>45</sup>. En cualquier caso, dichos sujetos han de tener la llamada legitimación básica para negociar un convenio colectivo, pero la misma la han de tener en el ámbito de que se trate<sup>46</sup>, y por lo tanto la capacidad dependerá del ámbito al que se vaya a extender el convenio<sup>47</sup>. Cabe recordar igualmente que la iniciativa para la extensión de un convenio corresponde a representaciones profesionales de trabajadores y empresarios y no por tanto directamente a los trabajadores y empresarios afectados.

#### 4.2. Instrucción del procedimiento

Según el artículo 4 del RD 718/2005 (bajo el título de «*instrucción del procedimiento*») la solicitud, que se formulará por escrito, se dirigirá al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o al órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas y deberá ir acompañada de los siguientes documentos: a) Una certificación del registro de convenios colectivos correspondiente justificativa de que no existe inscripción que acredite la vigencia de conve-

<sup>44</sup> OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, 8.ª ed. Tecnos, Madrid, 2003, pag. 822, quien señala que la legitimación de una patronal siempre queda en la penumbra, pues si sus afiliadas emplean a la mayoría de los trabajadores del ámbito solicitante o no, depende a menudo de sutiles matices.

<sup>45</sup> MUGA ROBLEDO, A., «Problemática de la extensión del convenio colectivo», en AA.VV. *La administración de los convenios y su valor normativo. III Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva*, ed. MTSS, Madrid, 1991, pag. 95.

<sup>46</sup> CAMPS RUIZ, L.M., «Adhesión y extensión de convenios colectivos (II)», *Actualidad Laboral*, núm. 9, 1993, pag. 163.

<sup>47</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 539. IGLESIAS CABERO, M., «La extensión del convenio colectivo», *Documentación Laboral*, núm. 38, 1992, pag. 39.

nios colectivos en las empresas, sectores o subsectores para los que se solicite la extensión. b) Un certificado expedido por la oficina pública competente, acreditativo de la concurrencia de los requisitos de legitimación. c) La acreditación de que concurren los presupuestos legales necesarios para la extensión del convenio colectivo solicitado y una memoria descriptiva de los perjuicios que la ausencia de convenio colectivo ocasiona a las empresas y trabajadores afectados. En la memoria deberá constar el código que, según la Clasificación Nacional de Actividades Económicas aprobada por el Real Decreto 1560/1992, de 18 de diciembre, corresponde a los ámbitos afectados por la extensión solicitada o, en defecto de dicho código, los datos precisos que permitan a la Administración actuante su identificación.

De conformidad con el artículo 35.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no se habrán de presentar aquellos documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante. Además, las solicitudes podrán presentarse en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 38.4 de dicha Ley<sup>48</sup>.

La iniciación del procedimiento se anunciará en el Boletín Oficial del Estado o, en su caso, en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma y en uno de los diarios de mayor circulación en el ámbito territorial para el que se solicita la extensión, a los efectos de información pública y posible intervención de los interesados.

Se trata ésta de una previsión que ya aparecía contemplada con anterioridad en el RD 572/82<sup>49</sup>. Pese a que la norma anterior nada decía acerca

<sup>48</sup> Según su tenor: «4. Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse:

*En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan.*

*En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio.*

*En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.*

*En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.*

*En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.*

*Mediante convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones públicas se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros».*

<sup>49</sup> Según el artículo 5 del precedente RD 572/1982: «La solicitud, que se formulará por escrito dirigido al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, habrá de fundarse en los motivos señalados en el artículo 3.º de esta disposición y a la misma se acompañará: a) documentación acreditativa de reunir los requisitos del artículo 4.º y concurrir las circunstancias sobre imposibilidad de desarrollar la negociación. b) Descripción de los perjuicios que la no exten-

de quien debía correr con esta tarea, la actual redacción, acogiendo las aportaciones efectuadas por la doctrina científica<sup>50</sup>, ha entendido que dicha justificación ha de añadirse en la propia solicitud presentada por las partes. Aún así, un sector de la doctrina<sup>51</sup> ha entendido que bastaría la fundamentación en alguno (y no todos) de los requisitos exigidos reglamentariamente para proceder a la extensión.

#### 4.3. Actos de subsanación y preparación del procedimiento

Según el artículo 5 del RD 718/2005 (bajo el título de «*actos de subsanación y preparación del procedimiento*»), en el caso de que se observen defectos en la solicitud presentada, el órgano instructor del procedimiento requerirá, en el plazo de tres días, su subsanación, que deberá ser realizada en el improrrogable plazo de 10 días, bajo apercibimiento de que si así no se hiciera se tendrá por desistida la solicitud, previa resolución que deberá dictarse en los términos previstos en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre<sup>52</sup>.

En el supuesto de que se hubiera alegado con la solicitud la existencia de documentos obrantes en poder de la Administración pública actuante, el órgano instructor del procedimiento requerirá en el plazo de 48 horas la certificación de la oficina pública correspondiente o la emisión del correspondiente documento, que habrá de ser cumplimentado en el plazo de los dos días siguientes.

Se trata en definitiva de toda una previsión reglamentaria sobre los actos de subsanación y preparación del procedimiento que omitía la regula-

---

*sión ocasionaría a Empresas o trabajadores afectados». Y a su vez, en el artículo 6.4 se señalaba: «En todo caso se incorporará al expediente certificación del Registro de Convenios correspondiente, justificativo de no existir inscripción que acredite la vigencia de Convenio en la empresa, Empresas o sectores para los que se solicita la extensión».*

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ FRUTOS, R., «La práctica de la extensión de los convenios colectivos en España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 18, 1992, pag. 111.

<sup>51</sup> SALA FRANCO, T., ALBIOL MONTESINOS, I., *Derecho Sindical*, 8.º ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pag. 365. FERNÁNDEZ FRUTOS, R., «La práctica de la extensión de los convenios colectivos en España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 18, 1992, pag. 111.

<sup>52</sup> Según el artículo 42.5 de esta Ley: «*El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente ley*».



ción anterior, y que si bien dota de mayores garantías jurídicas a la tramitación del expediente administrativo, obliga a las partes solicitantes a una mayor diligencia en su actuar.

## 5. LA SOLICITUD DE INFORME A LAS ORGANIZACIONES SINDICALES Y ASOCIACIONES PATRONALES MÁS REPRESENTATIVAS

El artículo 6 del RD 718/2005, y bajo el título de «*Solicitud de informe a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas*», viene a establecer que en el plazo de cinco días, computado desde el momento en que se cuente con toda la documentación exigida, el órgano instructor del procedimiento solicitará, con carácter preceptivo, el informe de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas del siguiente modo: a) Cuando el órgano competente fuera el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, dicho informe se solicitará a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas tanto en el nivel estatal como autonómico. b) Cuando el órgano competente fuera de las Comunidades Autónomas, dicho informe se solicitará a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas en el nivel estatal y, en el caso de existir, a las del ámbito de la Comunidad Autónoma de que se trate.

El contenido de los informes versará sobre la necesidad de proceder a la extensión solicitada o, por el contrario, sobre la inexistencia de razones justificativas para proceder a ella. Y dichos informes serán emitidos en el plazo de los 15 días naturales siguientes, contado desde la recepción de su solicitud.

Ciertamente, la emisión de informes por parte de los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas con carácter previo a la decisión administrativa de extensión, supone un reconocimiento a la participación de los intereses sociales en la decisión de la Administración. Hay que tener en cuenta, además, que no se exige un único informe acordado entre ambas partes, sino que cada una de ellas podrá emitir el suyo.

La principal novedad que introduce la actual regulación es la supresión de todas y cada una de las comisiones que intervenían en la regulación anterior del procedimiento administrativo, y concretamente la comisión paritaria del convenio colectivo a extender y la comisión paritaria «ad hoc» que se creaba a iniciativa de las organizaciones sindicales y patronales más representativas<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Según señalaba el artículo 6.1 del RD 572/82, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debía requerir a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas en el ámbito al que hubiera de extenderse el convenio, para que de mutuo acuerdo y

Pese a que la memoria explicativa del anteproyecto de ley de reforma del artículo 92.2 del ET de 1999, nada indicaba acerca de si en el desarrollo reglamentario de dicho precepto, desaparecerían o no las comisiones paritarias (tanto la «ad hoc», como la paritaria propiamente dicha), el dictamen emitido por el Consejo Económico y Social, presupuso tal supresión en un futuro desarrollo reglamentario, tal y como efectivamente ha sucedido. Se comprueba así la supresión de la exigencia de la constitución e informe de la comisión paritaria prevista en la anterior regulación, habida cuenta de la falta de operatividad de este trámite, que se traducía, en la mayor parte de los casos, en la imposibilidad de constituir la citada comisión, ocasionando una importante demora en el correspondiente expediente<sup>54</sup>.

En la práctica, los procedimientos de extensión de convenios colectivos en muy pocas ocasiones, por no decir que en ninguna, contaron con el informe previo de la Comisión Paritaria «ad hoc» y ello por el simple motivo que en ninguna ocasión llegó a constituirse la citada Comisión Paritaria<sup>55</sup>,

---

en el plazo de 10 días, designasen una Comisión Paritaria a la que aludía el anterior artículo 92.2 del ET. Una vez constituida, dicha Comisión Paritaria debía elaborar un informe sobre la extensión del convenio solicitado en el plazo de 15 días desde su constitución, de manera que transcurrido dicho plazo sin que la Comisión hubiera remitido el informe, se entendía que su criterio era favorable a la extensión del Convenio (art. 7.1 del RD). Si ante el requerimiento del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no se hubiese notificado la constitución de la Comisión Paritaria en el plazo fijado de 10 días, el propio Ministerio de Trabajo requeriría directamente a las organizaciones sindicales y a las asociaciones empresariales más representativas para que en el plazo de 15 días emitieran los informes pertinentes, entendiéndose que su criterio era favorable a la extensión si, transcurrido dicho plazo, no se hubieran remitido dichos informes. Igualmente, el artículo 6.3 exigía como trámite del expediente la solicitud de un informe de la Comisión paritaria del convenio cuya extensión se solicitaba.

<sup>54</sup> Se recuerda que según datos de las Memorias de la CCNCC, la tramitación completa de un expediente de extensión tenía una duración media superior a los 400 días, conllevando con frecuencia efectos económicos prácticamente inaplicables. Según la STS de 17 de enero de 2003 (I.L. J 75), la resolución administrativa de extensión ha de venir precedida de un informe de una comisión paritaria integrada por representantes de las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales más representativas existentes en el ámbito al que haya de extenderse el convenio, no de los empresarios individualmente considerados. Pero la inexistencia de las aludidas asociaciones empresariales hace inexigible el trámite.

<sup>55</sup> Véase el estudio de los expedientes efectuados por SÁEZ DE LARA, M.C., «La extensión de convenios colectivos: la experiencia española», en AA.VV. *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo*, ed. Consejería de Fomento y Trabajo. Sevilla, 1989, pag. 143, según el cual, sólo en un supuesto (solicitud de extensión del convenio colectivo provincial de Orense de transporte de viajeros por carretera a todo el sector del transporte de carretera de la misma provincia -Expediente núm. 65-), se aportaron datos en el expediente en relación con la constitución de la Comisión Paritaria. Sin embargo, ésta no llegó a constituirse, pues la parte social no designó representación alguna y a la convocatoria a tal constitución sólo asistió un representante de un sindicato que ni siquiera firmó el acta de reunión.

lo cual ha venido a justificar su actual desaparición, siendo las propias organizaciones sindicales y patronales más representativas las que han de emitirlo directamente a instancia del órgano administrativo estatal o autonómico, según sea el ámbito del convenio a extender.

Frente a la regulación anterior, que nada decía sobre el contenido de dichos informes, la actual sí lo hace, siguiendo con ello las prescripciones que había indicado un sector de la doctrina científica<sup>56</sup> según el cual el mismo había «de versar sobre las razones de fondo de la posible extensión, pronunciándose sobre su oportunidad, aunque en todo caso, el trámite legal quedaría cumplido con la mera formulación del informe».

Por lo que respecta a los efectos de dicho informe, el mismo sería un informe previo, que actuaría a modo de requisito previo a cualquier tramitación del expediente<sup>57</sup>. Se trata en definitiva de un requisito preceptivo, de modo que si se omitiera su solicitud formal, el acto de extensión queda viciado y carente en absoluto de validez<sup>58</sup>.

Dicho esto, hay que tener presente que si bien la omisión del trámite de solicitud del informe a las organizaciones sindicales y patronales más representativas, conduce a la nulidad del acto de extensión, en cambio, la no emisión del informe, o el informe por sí mismo, carece de efectos vinculantes<sup>59</sup>, afirmación esta que vendría además refrendada por el actual artículo 7 del RD 718/2005, según el cual, una vez evacuados los informes de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales «o transcurridos los plazos establecidos sin que dichos informes hayan sido emitidos», el órgano instructor del procedimiento, solicitará con carácter preceptivo el informe del órgano consultivo correspondiente. Y recibido el informe del órgano consultivo correspondiente (no el de las organizaciones sindicales y patronales más representativas) «se dará por concluida la instrucción del procedimiento» (artículo 8 del RD 718/2005).

Ello lleva a cuestionarnos sobre el valor que cabe dar al silencio de la organizaciones sindicales y patronales más representativas y es que pese a

<sup>56</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 25.ª ed. Tecnos, Madrid, 2004, pag. 183.

<sup>57</sup> MARTÍN VALVERDE, A., et alt. *Derecho del Trabajo*, 13.º ed. Tecnos, Madrid, 2004, pag. 359. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho Sindical Español*, 5.º ed. Tecnos, Madrid, 1995, pag. 395.

<sup>58</sup> Tal y como declaró la STS (Sala 3.º) de 10 de julio de 1985 (R.A. 4020).

<sup>59</sup> OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, 8.ª ed. Tecnos, Madrid, 2003, pag. 824. SALA FRANCO, T., ALBIOL MONTESINOS, I., *Derecho Sindical*, 8.º ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pag. 365. VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 540. IGLESIAS CABERO, M., «La Extensión del Convenio Colectivo», *Documentación Laboral*, núm. 38, 1992, pag. 36. CAMPS RUIZ, L.M., «Adhesión y extensión de convenios colectivos (II)», *Actualidad Laboral*, núm. 9, 1993, pag. 164.

que el anterior reglamento consideraba que el silencio de las mismas debía interpretarse en sentido favorable a la extensión, nada dice la actual regulación. Ciertamente, no podemos desconocer que habitualmente el silencio positivo puede beneficiar a la parte sindical, sobre todo si tenemos en cuenta que la patronal suele manifestarse contraria al acto de extensión, mientras que los sindicatos suelen pronunciarse a favor de ella<sup>60</sup>. En cualquier caso, exigir dichos informes puede resultar un tanto redundante en la medida en que el procedimiento administrativo exige el informe preceptivo de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos, en la que ya se integran las organizaciones sindicales y empresariales más representativas<sup>61</sup>.

## 6. LA SOLICITUD DE INFORME AL ÓRGANO CONSULTIVO CORRESPONDIENTE

En el procedimiento de extensión de un convenio colectivo también ha de ser oída preceptivamente la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos prevista en la Disposición Final Segunda del ET y creada por el RD 2976/83, de 9 de noviembre<sup>62</sup>. De hecho, la actual regulación proporcionada por el RD 718/2005 recoge preceptivamente la intervención de la CCNCC, al exigir que el órgano instructor del procedimiento «solicitará con carácter preceptivo el informe del órgano consultivo correspondiente». Y si la intervención de esta Comisión es preceptiva, el informe de la misma también lo es<sup>63</sup>.

El procedimiento de elaboración del dictamen por la CCNCC es ciertamente complejo. Trasladado el expediente a dicha Comisión, los servicios técnicos elaboran un informe económico, en caso de que no se haya efec-

<sup>60</sup> OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, 8.ª ed. Tecnos, Madrid, 2003, pag. 824.

<sup>61</sup> DURÁN LÓPEZ, F., «Problemas de la extensión de los convenios colectivos», en AA.VV. *Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, ed. MTSS, Madrid, 1994, pag. 38.

<sup>62</sup> En nuestro ordenamiento jurídico la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), es preceptiva en los supuestos de extensión de un convenio colectivo, tal y como se desprende del artículo 2.3 del RD 2976/1983 de 9 de noviembre encargado de la regulación de este órgano. Dicha intervención no aparecía regulada en el RD 572/82, aunque su exigencia ya venía siendo anunciada por la doctrina científica, antes incluso de la publicación del mismo y cuando la única regulación era la ofrecida por el artículo 92.2 del ET. En este sentido: RAYÓN SUÁREZ, E., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos en la Ley del Estatuto de los Trabajadores», *Revista de Política Social* núm. 83, 1981, pag. 454.

<sup>63</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 540. IGLESIAS CABERO, M., «La extensión del convenio colectivo», *Documentación Laboral*, núm. 38, 1992, pag. 35.

tuado, y el informe final se eleva al Pleno de la Comisión, donde se recogen los pasos, fundamentos y circunstancias de la extensión con una propuesta final, en base a todo lo cual la CCNCC emite el preceptivo dictamen, devolviendo el expediente a la Autoridad Laboral que lo remitió, quien, finalmente dicta la resolución, casi siempre coincidente con los criterios de la CCNCC. Sin embargo esta tramitación puede complicarse si se solicita una información complementaria como así suele suceder en la CCNCC en que algún expediente es objeto de examen en más de un pleno<sup>64</sup>.

Por lo que se refiere al contenido del informe, y según el artículo 3.3. de la O.M. de 28 de mayo de 1984 por el que se aprobó el Reglamento de funcionamiento de la citada Comisión, habrá de contener de manera necesaria, al menos las siguientes materias: a) El campo de aplicación de la posible extensión, con indicación precisa de las empresas y trabajadores afectados; b) la duración temporal de la extensión y, en su consecuencia, fechas de entrada en vigor y terminación de la misma; y c) los posibles supuestos de modificación o desaparición de la extensión por el cambio de las circunstancias que hubieran motivado la extensión del convenio<sup>65</sup>. Dicho contenido ha sido delimitado en el artículo 7.1 del RD 718/2005, que está siendo objeto de análisis, pues dicho precepto circunscribe el contenido del informe solamente a la «*conurrencia de las circunstancias establecidas en el artículo 92.2 del ET y en el artículo 1.2 de este Real Decreto*».

Desde un punto de vista teórico pueden evidenciarse las notables diferencias que existen entre los informes que evacuan los órganos citados en el RD 718/2005 y el que formula la CCNCC, de modo que mientras los primeros pueden entrar en el examen de los criterios de oportunidad que fundamentan la extensión por la Administración de un convenio colectivo en concreto, el informe de la CCNCC, en cambio y en base a las competencias generales que tiene atribuida «ha de limitarse a enjuiciar si concurren o no los requisitos de identidad o similitud de ámbitos funcionales, equiparación de condiciones económico-laborales o analogía de condiciones económicas y sociales»<sup>66</sup>.

Sin embargo, frente a los esquemas ideales de composición de los informes, en la práctica la Comisión «viene considerando todos los aspectos de la extensión y formulando un dictamen favorable o contrario a la misma, en el que se especifican además todos sus extremos»<sup>67</sup>. El informe de la

<sup>64</sup> FERNÁNDEZ FRUTOS, R., «La práctica de la extensión de los convenios colectivos en España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 18, 1992, pag. 111.

<sup>65</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho Sindical Español*, 5.º ed. Tecnos, Madrid, 1995, pag. 395. FERNÁNDEZ FRUTOS, R., «La práctica de la extensión de los convenios colectivos en España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 18, 1992, pag. 104.

<sup>66</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 540.

CCNCC resultaría ser un informe jurídico que se encargaría de averiguar la pertenencia de la empresa, empresas o sector productivo para el que se solicita la extensión al mismo o similar ámbito funcional del convenio que se pretende extender.

El tema a discutir es si dicho informe es vinculante, o por el contrario, sólo tiene carácter consultivo. Según dispone el artículo 2.1 del RD 2976/83, encargado de la regulación de la CCNCC, el mismo no sería vinculante. Aún así, la doctrina científica<sup>68</sup> llegó a constatar que pese a que los dictámenes que emite la CCNCC carecen de vinculabilidad jurídica al ser meramente consultivos, lo que sí limitan es la discrecionalidad de la Administración laboral, en el sentido de que ésta deberá motivar adecuadamente su separación del informe evacuado por el citado órgano. Por tanto, sería un informe básico, que debiera seguir siempre el Ministerio de Trabajo, al ser la CCNCC la sede idónea para lograr un acuerdo entre los representantes sindicales y patronales<sup>69</sup>.

El carácter no vinculante de dicho informe contrasta con la actual regulación proporcionada por el artículo 7.1 del RD 718/2005 de 20 de junio, según el cual, el informe de la CCNCC «*tendrá la consideración de determinante a los efectos de lo previsto en el artículo 83.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, con lo que interrumpirá el plazo de los trámites sucesivos, y ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42.5 c) de la citada Ley*»<sup>70</sup>. Cabe pensar que a partir de ahora los informes emitidos por la CCNCC en materia de extensión de convenios colectivos serán preceptivos y determinantes, al menos a los efectos de interrupción de plazos.

<sup>67</sup> DURÁN LÓPEZ, F., «Problemas de la extensión de los convenios colectivos», en AA.VV. *Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, ed. MTSS, Madrid, 1994, pag. 39.

<sup>68</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 17, 1986, pag. 23 y 24.

<sup>69</sup> SÁEZ DE LARA, M.C., «La extensión de convenios colectivos: la experiencia española», en AA.VV. *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo*, ed. Consejería de Fomento y Trabajo. Sevilla, 1989, pag. 144. Véase por ejemplo el expediente en el que se solicita la extensión del convenio para el comercio en general de Vizcaya a la misma actividad en la provincia de Lérida (expediente núm. 14), o por ejemplo la solicitud de extensión del Convenio Colectivo suscrito por la representación de la profesión musical y RTVE al sector de las salas de fiestas, discotecas y similares (exp. núm.. 24).

<sup>70</sup> Según el artículo 45.2. c) de la Ley 30/1992: «*El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución al órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses*». Y según el artículo 83.3: «*de no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las*

El informe de la CCNCC suscitó varios recursos ante el Tribunal Constitucional por el interés de los Gobiernos autonómicos en utilizar la extensión de convenios como instrumento de intervención en el sistema de relaciones laborales<sup>71</sup>. Desde esta óptica destaca la STC 17/1986 de 4 de febrero<sup>72</sup>, la cual dejó pendiente la cuestión de si a las Comunidades Autónomas con competencias para extender los convenios les sería exigible el informe de la CCNCC<sup>73</sup>.

En la práctica, se pudo comprobar como por parte de algunas CCAA se eludió el trámite del sometimiento al dictamen de la CCNCC de la solicitud de extensión formulada. El argumento utilizado por dichas CCAA fue el de entender que el Tribunal Constitucional ya resolvió el conflicto competencial acerca de quien correspondía dictar el acto administrativo de extensión en aquellas Comunidades con competencias al respecto, por lo que la exigencia del dictamen de la CCNCC debiera reconducirse en el mismo sentido.

Sin embargo, la respuesta doctrinal ante esta polémica fue dispar. Un sector de la doctrina científica<sup>74</sup> entendió que el dictamen de la CCNCC únicamente era exigible en aquellos supuestos de extensión para los que era competente el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y por tanto, de ámbito superior al de una Comunidad Autónoma. Mientras que para otro sector de la doctrina<sup>75</sup>, la STC 17/86 de 4 de febrero había considerado (con una argumentación bastante discutible) que, en los casos de extensión dentro de los límites de una CCAA, la competencia de tal informe corresponde también la CCNCC y no al órgano equivalente de tal Comunidad.

---

*actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos».*

<sup>71</sup> El artículo 3 y el artículo 2 (en sus apartados 1.º y 3.º) del RD 2976/83 de 9 de noviembre (los cuales señalan quienes están legitimados para solicitar la actuación de la CCNCC) fueron impugnados ante el TC por el Gobierno Vasco, que planteó conflicto de competencia sobre los mismos, por entender que el informe de la citada Comisión, no procedía cuando la extensión del convenio debía realizarse por la Comunidad Autónoma dentro de su ámbito.

<sup>72</sup> La STC 17/86 de 4 de febrero (F.J. 3) afirmó que la consulta a la CCNCC prevista en el RD 2976/83 se refería al supuesto de extensión que regulaba el artículo 92.2 del ET y el RD 572/82, los cuales definían la competencia del Ministerio de Trabajo y por ello, consideró el TC que dicho trámite de consulta (así entendido el precepto «con la única inteligencia del mismo que es posible establecer») no afectaría a las competencias de las CCAA.

<sup>73</sup> CAMPS RUIZ, L.M., «Adhesión y extensión de convenios colectivos (II)», *Actualidad Laboral*, núm. 9, 1993, pag. 164.

<sup>74</sup> ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, 21.ª ed. Civitas, Madrid, 2003, pag. 878.

<sup>75</sup> DURÁN LÓPEZ, F., «Problemas de la extensión de los convenios colectivos», en AA.VV. *Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, ed. MTSS, Madrid, 1994, pag. 39.



La actual regulación zanja esta polémica al afirmar que la CCNCC será el órgano consultivo competente para emitir el informe preceptivo en los procedimientos que sean de la competencia del Ministerio de Trabajo, mientras que en los procedimientos que sean de los órganos correspondientes de las Comunidades autónomas, se «podrá» solicitar informe a dicha comisión a los efectos oportunos, «o al órgano consultivo nacional» (artículo 7.2 del RD 718/2005). En cualquier caso, el plazo de emisión del informe será de 30 días.

## 7. LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE EXTENSIÓN. REGISTRO, DEPÓSITO Y PUBLICACIÓN

Según el artículo 8 del RD 718/2005, una vez recibido el informe del órgano consultivo correspondiente, se dará por concluida la instrucción del procedimiento y el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o, en su caso, el órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas dictarán la resolución y la notificarán en el plazo de tres meses computados desde la fecha en que la solicitud hubiera tenido entrada en el correspondiente registro o, en su caso, de su subsanación. Dicha resolución pondrá fin a la vía administrativa, y transcurrido el plazo sin que hubiera recaído resolución expresa, se entenderá denegada la solicitud.

La naturaleza jurídica del acto administrativo de extensión de un convenio colectivo, ha sido posiblemente uno de los temas de mayor calado dogmático y de mayor discusión por parte de la doctrina científica, que ha mantenido al respecto, criterios divergentes. A grandes rasgos se puede afirmar que dos han sido las posiciones doctrinales más destacables: aquellas que han afirmado que el acto de extensión tiene naturaleza reglamentaria, y por consiguiente, con fuerza normativa, y aquellas otras que han entendido que el acto de extensión tiene la naturaleza de un acto administrativo sin fuerza normativa. Ambas tesis han sido acotadas y sistematizadas en varios estudios sobre la materia.

Discutiéndose la naturaleza de dicha decisión como acto reglamentario (y por tanto como norma de carácter general que se integra en el ordenamiento jurídico y que rige como tal) o bien como acto administrativo (que no integra el ordenamiento jurídico sino que simplemente declara aplicable la norma convencional), la decisión de extensión se exterioriza a través de una resolución<sup>76</sup>.

<sup>76</sup> Extremo éste que a juicio de VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 541, no desmiente su carácter reglamentario pues la forma de los actos jurídicos de la Administración no es siempre relevante para determinar su naturaleza jurídica.

Por lo que se refiere al contenido de la resolución, el artículo 9.1 del RD 718/2005 señala que la resolución administrativa que se dicte decidirá motivadamente, en función de la concurrencia de las circunstancias establecidas en el artículo 92.2 del ET y en el artículo 1.2 del Real Decreto, sobre la procedencia o no de la extensión de las disposiciones del convenio colectivo solicitado al ámbito requerido carente de regulación.

Precisamente respecto de su contenido<sup>77</sup>, la decisión administrativa ha experimentado importantes modificaciones, ocasionadas posiblemente por las vacilaciones de la Administración en orden a su naturaleza jurídica. Inicialmente adoptaba la estructura y contenido propios de los actos administrativos, aunque actualmente la resolución de extensión consta de dos grandes apartados: el primero referido a los actos preparatorios realizados (instancias, informes) y donde figura la invocación de las normas legales, de competencia y de fondo en que se fundamenta; y el segundo recogería la parte dispositiva o decisión propiamente dicha, en la que: se declararía la extensión (con la indicación de la fecha de comienzo de efectos), se ordenaría la publicación de la misma en el Boletín Oficial correspondiente, se ordenaría su inscripción en el registro de convenios colectivos, y recogería, como anexo, el texto del convenio extendido.

Uno de los temas que más debate suscitó la anterior regulación fue el tiempo medio de duración de la tramitación desde la solicitud hasta la resolución, tiempo que podía llegar a alcanzar los 385 días de promedio. Todo ello hacía expresar dudas sobre la practicidad de un procedimiento excesivamente largo y que se dilataba en función de la prolijidad de los documentos<sup>78</sup>, y de los sucesivos conflictos entre las Administraciones central y autonómicas.

La actual regulación ha agilizado, mediante su acortamiento, la duración del procedimiento de extensión, el cual no podrá superar los tres meses, constituyendo posiblemente la mayor novedad de la reforma tanto legislativa como reglamentaria. Además, la ausencia de resolución administrativa expresa en el plazo de tres meses, produce efectos desestimatorios de la solicitud de extensión, por lo que estamos en presencia de la técnica del silencio administrativo negativo.

Ahora bien, como ha evidenciado la doctrina científica<sup>79</sup>, el problema en tal norma estriba en qué sucede con la aparición fuera de plazo de una resolución estimatoria, aunque sea muy tardía. Al tratarse de Derecho Administrativo, habremos de seguir las soluciones arbitradas por él: en los ca-

<sup>77</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 541.

<sup>78</sup> FERNÁNDEZ FRUTOS, R., «La práctica de la extensión de los convenios colectivos en España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 18, 1992, pag. 112.

<sup>79</sup> OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, 8.º ed. Tecnos, Madrid, 2003, pag. 827.

sos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio<sup>80</sup>. Por tanto, el plazo de tres meses, tan drástico tiene sólo un efecto disuasorio, pues su incumplimiento podrá desembocar en responsabilidad administrativa, pero no impide la autorización fuera de plazo.

Por último y según el artículo 12 del RD 718/2005, (bajo el título de «registro, depósito y publicación»), la resolución administrativa que extienda un convenio colectivo deberá depositarse y publicarse de conformidad con lo previsto en el artículo 90.2 y 3 del ET y en el Real Decreto 1040/1981 de 22 de mayo, sobre registro y depósitos de convenios colectivos de trabajo<sup>81</sup>. Pese a lo poco preciso del precepto, aquello que ha de ser objeto de registro, depósito y publicación es el acto de extensión<sup>82</sup>. Al respecto hay que señalar que la referencia a los registros creados por el RD 1040/1981 ha de entenderse integrada con los registros autonómicos correspondientes<sup>83</sup>.

## 8. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA EXTENSIÓN

### 8.1. El contenido del convenio colectivo a extender: las cláusulas normativas y las cláusulas obligacionales

El contenido del convenio colectivo a extender aparece regulado con una cierta imprecisión en el artículo 92.2 del ET, así como en el artículo 9.1 del RD 718/2005, imprecisión derivada principalmente de los confusos tér-

<sup>80</sup> Artículo 43.4.b) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre.

<sup>81</sup> Se trata ésta de una previsión un tanto más completa que la que contemplaba la norma predecesora. Según el artículo 11 del anterior RD 572/82 «en lo relativo al registro, depósito y publicación se estará a lo dispuesto en el artículo 90 del ET y Real Decreto 1040/81 de 22 de mayo».

<sup>82</sup> MONTROYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 25.º ed. Tecnos, Madrid, 2004, pag. 184.

<sup>83</sup> El artículo 2 f) del RD 1040/81 sobre registro y depósito de convenios colectivos, ordena la inscripción en los Registros Oficiales de «las disposiciones sobre la extensión de un convenio previstas en el artículo 92.2 del ET y cualquier otro acuerdo, laudo arbitral o pacto que legalmente tenga reconocida eficacia de convenio». La obligación de presentación de hojas estadísticas a la Autoridad Laboral competente (en concreto a la Subdirección General de Relaciones Laborales de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el ámbito competencial del Estado «ex» art. 9.3.2 del RD 1888/1996, modificado por RD 140/1997), alcanza igualmente a los acuerdos de adhesión y a las extensiones (art. 1 de la Orden Ministerial de 24 de febrero de 1992), que igualmente figuran en los nuevos modelos de hojas estadísticas establecidas por la Orden Ministerial de 10 de octubre de 1996. ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, 21.ª ed. Civitas, Madrid, 2003, pag. 877.

minos utilizados por las normas. Según el primero de los preceptos, el Ministerio de Trabajo, podrá extender «*las disposiciones*» de un Convenio Colectivo. Y el precepto reglamentario antes mencionado señala que la resolución «*podrá decidir, además, sobre aquellas disposiciones del convenio colectivo que resulten inaplicables, con especial consideración de las cláusulas obligacionales*»<sup>84</sup>.

La cuestión que se suscita es la de si el convenio colectivo ha de extenderse en su totalidad, o si por el contrario cabe la parcelación del convenio colectivo por la Autoridad Laboral. El tema además entronca con otro de gran importancia y es el de determinar si la Autoridad Laboral, a la hora de excluir las cláusulas que no se adecuen a las condiciones del ámbito al que va a afectar la extensión ostenta un auténtico poder discrecional o si por el contrario nos encontramos ante un poder reglado. Pasemos a analizar ambos temas.

Desde una primera aproximación<sup>85</sup>, podría interpretarse que la extensión de un convenio colectivo ha de afectar al mismo en su totalidad. El artículo 92.2 del ET podría servir de apoyo a esta interpretación porque el mismo no dice que el Ministerio de Trabajo pueda extender disposiciones de un convenio, sino «*las*» disposiciones de tal convenio (esto es, todas, tanto las normativas como las obligacionales). Esta tesis apenas fue secundada tras la aprobación del RD 572/82, el cual permitía, al igual que la actual regulación, que la resolución administrativa decidiese el que las cláusulas obligacionales pudieran no resultar extensibles<sup>86</sup>.

Al respecto caben tres interpretaciones: a) entender<sup>87</sup> que, dado el carácter heterónimo del procedimiento de extensión, el acto administrativo solamente puede proyectarse sobre el contenido normativo del convenio, por lo que las cláusulas normativas no admitirían parcelación. b) Una segunda

<sup>84</sup> El anterior artículo 9.2 del RD 572/82 señalaba igualmente que «*la resolución que se dicte decidirá en su caso los extremos del convenio inaplicables, con especial consideración de las cláusulas obligacionales*».

<sup>85</sup> MONTROYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 25.ª ed. Tecnos, Madrid, 2004, pag. 185.

<sup>86</sup> STS (Sala 3.ª) de 13 de abril de 1983 (R.A. 1925). En dicha sentencia se vino a declarar que el artículo 9 del RD 572/82 no contenía una desviación del artículo 92.2 del ET, pues el que la resolución acordando la extensión decidiera en su caso los extremos del convenio aplicables, no implicaba necesariamente que se hubiera conculcado dicha ley. Por tanto el TS vino a admitir la extensión parcial de un convenio colectivo en base a una interpretación literal del artículo 92.2 del ET, que habla de «*extender las disposiciones de un convenio colectivo en vigor*», frente a la redacción utilizada para la adhesión: «*adherirse... a la totalidad de un convenio colectivo en vigor*», de manera que «en la extensión no se hace expresa exigencia de integridad o totalidad del convenio».

<sup>87</sup> SALA FRANCO, T., «Adhesión y extensión». Comentario al artículo 92 del ET, en AA., VV. *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de marzo*, ed. EDESA, Madrid, 1981, pag. 620.

interpretación<sup>88</sup> partiría de la base de que es posible la parcelación del contenido normativo del convenio colectivo, y extender por tanto sólo una parte del mismo. c) Y por último, una tercera interpretación<sup>89</sup> ha entendido que además, es posible la parcelación del contenido obligacional del convenio colectivo, pudiendo extenderse sólo parte del mismo.

Vista la problemática que encierra la parcelación de un convenio colectivo por la Administración a efectos de su extensión, cabe cuestionarse si estamos ante un poder de naturaleza discrecional o si por el contrario estamos ante una actuación reglada de la Administración. Para un sector de la doctrina científica<sup>90</sup>, no cabría duda al respecto, y nos encontraríamos ante una decisión administrativa de tipo discrecional. El máximo exponente de esta posición ha sido VALDÉS DAL-RE<sup>91</sup>, para quien el poder del órgano administrativo de modificar el convenio cuya extensión se insta va implícito en los principios que informan el sistema estatutario e implicaría un auténtico poder discrecional.

Por el contrario, para otro sector de la doctrina científica<sup>92</sup>, la decisión administrativa tiene el carácter de actuación reglada. Se trataría únicamente de que la Administración, a la hora de extender un convenio, puede excluir aquellos contenidos (especialmente de carácter obligacional) que por su propia naturaleza resultan inadecuados en un ámbito distinto de aquél para el que fueron inicialmente concebidos, de tal modo que no se estaría propiamente ante un poder discrecional<sup>93</sup>. La actual regulación sigue sin zanjar esta polémica.

## 8.2. La eficacia temporal del convenio extendido

Según el artículo 9.2 del RD 718/2005, la aplicación del convenio colectivo extendido surtirá efectos desde la fecha de presentación de la solici-

<sup>88</sup> CAMPS RUIZ, L.M., «Adhesión y extensión de convenios colectivos (II)», *Actualidad Laboral*, núm. 9, 1993, pag. 165.

<sup>89</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 543.

<sup>90</sup> ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, 21.ª ed. Civitas, Madrid, 2003, pag. 876.

<sup>91</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 542.

<sup>92</sup> SALA FRANCO, T., ALBIOL MONTESINOS, I., *Derecho Sindical*, 8.º ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pag. 364.

<sup>93</sup> DURÁN LÓPEZ, F., «La extensión de los convenios colectivos: naturaleza y competencias de las Comunidades Autónomas», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1988, pag. 11. JIMÉNEZ VELASCO, F., «La naturaleza jurídica del acto de extensión de convenios colectivos», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1988, pag. 15.

tud hasta la finalización de la vigencia inicial o prorrogada del convenio colectivo extendido<sup>94</sup>. Como puede observarse, el convenio extendido comienza a desplegar sus efectos, no en el momento en que la resolución administrativa ha sido dictada, sino desde el momento en que formalmente se presentó la solicitud, esto es, en la fecha de ejercicio de la iniciativa. Y el convenio deja de producir efectos, no en la fecha fijada por la resolución administrativa, sino en la prevista en el propio convenio extendido.

Se puede afirmar por tanto que la vigencia de la norma reglamentaria no está relacionada con la del convenio extendido, o no se da si se quiere, asociación alguna de efectos entre la norma reglamentaria y el convenio extendido. Ahora bien, dicho esto, también cabe afirmar que la duración del convenio extendido no coincide tampoco con la duración inicial que previeron las partes negociadoras del mismo (recordemos que la solicitud de extensión pudo hacerse cuando el convenio ya estaba en vigor). Todo este panorama ha llevado a la doctrina a hablar del «principio de asociación de vigencias»<sup>95</sup>.

Desde luego, de una análisis de la normativa se desprende que la resolución administrativa, si bien no entra en vigor cuando así lo hizo el convenio a extender, sí que es cierto que deja de producir efectos cuando cesa la vigencia del convenio extendido, es por ello que si no en su momento inicial, la vigencia de la norma reglamentaria se halla asociada a la del convenio que se extiende en su momento final (salvo ciertas excepciones que se verán más adelante).

Ahora bien, según el artículo 9.2 del RD 718/2005, la aplicación del convenio colectivo extendido surtirá efectos desde la fecha de presentación de la solicitud hasta la finalización de la vigencia inicial «o prorrogada» del convenio colectivo<sup>96</sup>. Con la anterior regulación, prorrogado el convenio extendido por falta de denuncia expresa de las partes que lo negociaron, no era posible prorrogar de manera paralela el convenio en el ámbito al que se extendió y ello aunque permanecieran en el ámbito afectado, la misma situación de dificultad negociadora o de graves circunstancias socioeconó-

<sup>94</sup> Según señalaba el artículo 9.2 del RD 572/82: «la aplicación del convenio extendido surtirá efectos únicamente desde la fecha en que formalmente haya sido presentada la solicitud de extensión. La duración temporal finalizará en la fecha prevista en el propio Convenio extendido».

<sup>95</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 541.

<sup>96</sup> La actual redacción viene a sustituir la regulación ofrecida por el anterior RD 572/82 en su artículo 9.3, el cual se limitaba a señalar que «los efectos de prórroga anual y denuncia a que se refiere el artículo 86.2 y 86.3 del ET no afectaran a quienes se aplique por extensión un convenio».

micas. Al respecto la doctrina científica<sup>97</sup> ya afirmó que «habría que replantearse esta situación, permitiendo que dichos efectos se mantuviesen en los supuestos de prórroga, por no denuncia del convenio extendido (art. 86.2 del ET)», lo que ha sido acogido en la actual redacción al permitir la eficacia del convenio colectivo extendido no tan sólo hasta la finalización de la vigencia inicial, sino también de la prorrogada<sup>98</sup>.

### 8.3. La renovación de la solicitud de extensión del convenio

Según el artículo 10 del RD 718/2005 (bajo el título «*renovación de la solicitud*»), sustituido un convenio extendido por un nuevo convenio colectivo, las partes legitimadas podrán solicitar del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o del órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas, en el plazo de un mes contado desde la publicación en el Boletín Oficial del Estado o en el diario oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente del nuevo convenio colectivo, que se dicte una nueva resolución sobre la necesidad de extender el nuevo convenio publicado, por no haberse modificado las circunstancias que dieron lugar a la extensión inicial, y se acompañarán las consideraciones que se estimen oportunas sobre su necesidad.

La resolución administrativa que se dicte decidirá motivadamente en función de la modificación o no de las circunstancias previstas en el artículo 92.2 del ET y en el artículo 1.2 del Real Decreto que dieron lugar a la extensión inicial. El plazo para dictar y notificar la resolución administrativa será de un mes computado desde la fecha en que la solicitud hubiera tenido entrada en el correspondiente registro y los plazos establecidos para los informes de las organizaciones sindicales y patronales más representativas, así como del órgano consultivo correspondiente, se reducirán a la mitad.

<sup>97</sup> DURÁN LÓPEZ, F., «Problemas de la extensión de los convenios colectivos», en AA.VV. *Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, ed. MTSS, Madrid, 1994, pag. 39.

<sup>98</sup> En consecuencia, ya no deberá solicitarse, mediante el oportuno expediente administrativo, la extensión de la prórroga. Ver en este sentido: prórroga de extensión del convenio colectivo de grupo de deportes del Principado de Asturias a la Provincia de Ciudad Real (DOCM de 23 de enero de 2002); prórroga de la extensión del convenio colectivo de oficinas y despachos de la provincia de Granada a la provincia de Ciudad Real (DOCA de 23 de enero de 2002); solicitud de extensión del convenio colectivo de personal de locales de teatro de la Comunidad de Madrid (1997-98) y su prórroga posterior para 1999, a las empresas y trabajadores del sector de personal de locales de teatro de la Comunidad Autónoma de la Rioja (BOCLR de 16 de marzo de 2000). Citadas todas ellas por OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, 8.º ed. Tecnos, Madrid, 2003, pag. 823.



Se trata ésta de una redacción novedosa, que contempla un supuesto de hecho que no preveía la regulación precedente. Para evitar la posible incomodidad que supone para las partes solicitantes la iniciación de un nuevo expediente administrativo de extensión, se adopta la cautela de reducir los plazos de tramitación.

Por otro lado, los efectos de la nueva resolución de extensión de convenio colectivo se retrotraerán, no a la fecha de presentación de la solicitud, sino a la fecha de inicio de efectos del convenio extendido. Al respecto cabe decir que si en cuanto a los efectos retroactivos de carácter numérico (como son los salarios) no hay en principio problemas para que puedan aplicarse, más difícil será la aplicación retroactiva de otros aspectos del convenio extendido que no sean salarios, lo cual incorpora una situación de incertidumbre sobre la eficacia real de la extensión, que conduce a cuestionarse paralelamente sobre la posibilidad práctica de aplicar una decisión de extensión a otros temas que no sean los salariales<sup>99</sup>. Sea como fuere, los plazos breves con los que se mueve la norma (en el caso que nos ocupa aquí, la resolución administrativa será dictada a lo sumo a los dos meses de haberse presentado la solicitud), difícilmente van a producirse circunstancias anómalas.

#### 8.4. Las situaciones posteriores a la extensión

El artículo 11 del RD 718/2005, de 20 de junio viene a regular dos posibles situaciones que pueden producirse con posterioridad a la extensión: la primera de ellas es aquella en que durante la vigencia del convenio se modifican o desaparecen las circunstancias que dieron lugar a la resolución administrativa de extensión; y la segunda es aquella que tiene lugar una vez finalizada la vigencia del convenio extendido, para el caso que las partes tuvieran conocimiento de la existencia de un convenio más acorde con la realidad sociolaboral de su ámbito. Pasemos a analizarlas.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, el artículo 11.1 del RD 718/2005, establece que si durante la vigencia de la extensión de un convenio colectivo se modificaran o desaparecieran las circunstancias que dieron lugar a la resolución de extensión, cualquiera de las partes afectadas podrá promover la negociación de un convenio colectivo propio en los términos previstos en el ET, y comunicará tal decisión al órgano competente. Promovida la negociación de un convenio colectivo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 89.1 del ET, la parte receptora de la comunicación de iniciación de

<sup>99</sup> FERNÁNDEZ FRUTOS, R., «La práctica de la extensión de los convenios colectivos en España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 18, 1992, pag. 112.

las negociaciones no podrá negarse a ella por razón de la vigencia de la extensión. Y si las partes alcanzaran un acuerdo que concluyese con la suscripción de un convenio colectivo, lo comunicarán al órgano competente, que dictará una resolución que deje sin efecto la extensión.

En este punto, el RD 718/2005 introduce una regulación novedosa respecto de la normativa predecesora<sup>100</sup> en un tema tan importante como es el de la desaparición y modificación de las circunstancias motivadoras de la extensión. De ello se desprende que durante la extensión permanece abierta la facultad de las partes afectadas de promover la negociación de un convenio propio ante la eventual modificación o desaparición de las circunstancias impeditivas de éste y legitimadoras de aquélla.

Por tanto, es posible negociar un convenio colectivo durante la vigencia del convenio extendido por los siguientes motivos: a) porque no sería de aplicación la regla sobre no concurrencia derivada del artículo 84 del ET<sup>101</sup>; b) porque la continuidad de la norma reglamentaria sería incompatible con la conclusión y entrada en vigor de un pacto colectivo<sup>102</sup>; c) pero sobre todo porque, como indicó la jurisprudencia<sup>103</sup>, ello será una muestra más de la naturaleza excepcional del mecanismo de la extensión, amparada en que la esencia de la negociación colectiva descansa en la autonomía de la voluntad de las partes. En cualquier caso, se trata de una posibilidad de negociar «ante tempus»<sup>104</sup>, que por tanto anticiparía la decadencia del con-

<sup>100</sup> El artículo 10 del derogado RD 572/02, se limitaba a señalar: «En los supuestos de modificación o desaparición de las circunstancias motivadoras de la extensión, cualquiera de las partes afectadas por la misma podrá promover la negociación de un convenio propio en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores».

<sup>101</sup> CAMPS RUIZ, L.M., «Adhesión y extensión de convenios colectivos (II)», *Actualidad Laboral*, núm. 9, 1993, pag. 166.

<sup>102</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 543.

<sup>103</sup> STS de 13 de abril de 1983 (R.A. 1925). La extensión de los convenios colectivos no ha sido un tema excesivamente litigioso. La jurisprudencia ordinaria apenas se limita a unos 20 pronunciamientos a lo largo de 25 años de existencia de este mecanismo: STS de 17 de enero de 2003 (I.L. J 75); STS (Sala 3.ª) de 28 de mayo de 2003 (I.L. J 859); STS (Sala 3.ª) de 19 de septiembre de 2001 (I.L. J 2042); STS de 27 de abril de 1995 (R.A. 3273); STS de 23 de enero de 1995 (R.A. 396); STS (Sala 3.ª) de 19 de diciembre de 1989 (R.A. 8754); STS (Sala 5.ª) de 18 de mayo de 1987 (R.A. 4152); STS (Sala 3.ª) de 10 de julio de 1985 (R.A. 4020); STS (Sala 3.ª) de 13 de abril de 1983 (R.A. 1925); STS de 26 de febrero de 1983 (R.A. 1014); STSJ de Castilla y León de 26 de marzo de 2001 (I.L. J 617); STSJ del País Vasco de 29 de febrero de 1996 (R.A. 963); STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 1995 (R.A. 4568); STSJ de Castilla y León de 11 de junio de 1993 (R.A. 2702); STCT de 7 de julio de 1987 (R.A. 17687); STCT de 25 de febrero de 1987 (R.A. 4579); STCT de 23 de abril de 1985 (R.A. 2878); STCT de 21 de abril de 1983 (R.A. 3771); STCT de 22 de marzo de 1983 (R.A. 2732).

<sup>104</sup> IGLESIAS CABERO, M., «La extensión del convenio colectivo», *Documentación Laboral*, núm. 38, 1992, pag. 36.

venio extendido y en la que al parecer y dados los términos de las normas, las partes legitimadas para negociar el convenio, serán aquellas que lo estuvieran «ex» artículo 87.2 y 3 del ET <sup>105</sup>.

Sea como fuere, el nuevo convenio alcanzado, no extingue de por sí la vigencia del convenio colectivo extendido, sino que las partes deberán comunicar a la Administración competente tal acuerdo con el objeto de que ésta dicte una resolución administrativa que deje sin efecto la extensión efectuada. Posiblemente se trata ésta de una previsión un tanto cuestionable en la medida en que hasta que se dicte la oportuna resolución administrativa existirán dos convenios colectivos en un mismo ámbito, con el consiguiente problema de concurrencia. Además, se carga a las partes con una obligación que bien pudiera adoptar de oficio la propia Administración, al recibir la inscripción, depósito, y registro del nuevo convenio colectivo alcanzado.

Por lo que se refiere a la segunda de las situaciones contempladas, y según el artículo 11.2 del RD 718/2005, una vez finalizada la vigencia inicial de un convenio colectivo que hubiera sido objeto de extensión, si las partes legitimadas para solicitar la extensión de convenios colectivos tuvieran conocimiento de la existencia de un convenio colectivo más acorde con la realidad sociolaboral de su ámbito, podrán solicitar del órgano competente la sustitución del convenio extendido por ese otro convenio colectivo, indicando la necesidad de dicha sustitución, e iniciarán el procedimiento administrativo de extensión. Durante la tramitación de la nueva solicitud de extensión de convenio, se mantendrán vigentes los efectos del anterior convenio extendido hasta la nueva resolución del procedimiento. La resolución administrativa que se dicte, además de respetar los requisitos previstos en la norma reglamentaria, decidirá motivadamente sobre la procedencia o no de la indicada solicitud de extensión, en función de la concurrencia de las circunstancias establecidas en el artículo 92.2 del ET y en el artículo 1.2 del Real Decreto, así como de la adecuación del convenio a la realidad sociolaboral del ámbito para el que se solicita la extensión.

Se trata ésta de una previsión criticable ya que se carga a las partes no tan sólo con el deber que averiguar la existencia de un convenio colectivo más acorde al ámbito extendido (cuando corresponde a la propia Administración y concretamente a la CCNCC, fiscalizar la existencia o no de convenios colectivos por ámbito productivo) <sup>106</sup>, sino con la incoación de un

<sup>105</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 36, 1988, pag. 543.

<sup>106</sup> Esta, por otra parte, parece ser la solución a la que ha llegado la práctica administrativa, y así, en aquellos casos en que en vista del informe económico, la extensión no resultaba posible, la Comisión Consultiva Nacional ha indicado o sugerido en ocasiones a los solicitantes, la necesidad de que eligieran otro convenio colectivo distinto para extender al ámbito pre-



nuevo expediente administrativo. Para evitar el vacío normativo durante la tramitación de dicho expediente, es por lo que se prevé un nuevo supuesto de prórroga de la eficacia de los convenios, que no aparece contemplado en el ET, lo que puede cuestionar si esta previsión no va más allá de las previsiones estatutarias.

---

tendido en el que se diesen otras condiciones económico-laborales más cercanas a las de este ámbito. DURÁN LÓPEZ, F., «Problemas de la extensión de los convenios colectivos», en AA.VV. *Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, ed. MTSS, Madrid, 1994, pag. 31.



## LA JUBILACIÓN PARCIAL COMO MANIFESTACIÓN DE FLEXIBILIDAD

NURIA PUMAR BELTRÁN

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Barcelona

### EXTRACTO

La jubilación parcial ha recuperado un mayor relieve político en Europa a través de la política de coordinación de pensiones como fórmula que facilite la prolongación de la vida activa y de aprovechamiento de las capacidades y potencial de las personas de edad avanzada. Ante las perspectivas futuras en Europa de desequilibrio en las finanzas de la Seguridad Social provocado por el progresivo envejecimiento demográfico —y en clara correspondencia con las políticas comunitarias de empleo de corte integrador— las autoridades comunitarias recomiendan el recurso a esta figura como una alternativa a la jubilación anticipada total.

Sin embargo, dicha voluntad política debe luchar a contracorriente de dos tendencias presentes en la realidad empresarial, como son el recurso de las empresas a despidos masivos de los trabajadores maduros y la preferencia mayoritaria de los trabajadores a jubilarse anticipadamente.

En este trabajo se estudian las principales manifestaciones de flexibilidad de la jubilación parcial conforme al nuevo régimen introducido por la reforma 2001-2002, que ofrece mayores oportunidades de gradualidad y reversibilidad en las situaciones de trabajo y retiro; lo que supone una mayor apertura de la pensión de jubilación al trabajo.

Se advierte en el nuevo régimen de jubilación parcial la coexistencia de dos líneas de política de jubilación en principio contrapuestas puesto que en un mismo régimen convive el objetivo clásico de reparto empleo de la jubilación parcial anticipada o clásica, con el interés en la prolongación de la vida laboral de las personas en edad de jubilación a través de la permisión la jubilación parcial de quienes ya han cumplido la edad de 65 años o tenían la condición de pensionistas. La reforma de la jubilación parcial pretende acabar con el escaso predicamento que ha tenido esta figura en nuestro país entre trabajadores y empresarios así como en los interlocutores sociales.

Precisamente en el ámbito de la negociación colectiva, y dentro de la habitual atonía en el tratamiento de la jubilación parcial, se constata tras la reforma un cierto repunte de la presencia de esta figura en los convenios colectivos de empresa, si bien como fórmula de rejuvenecimiento de las plantillas, de manera que la finalidad pretendida por el legislador de promover la jubilación progresiva a partir de una edad de jubilación deberá buscar una mejor ocasión.

**ÍNDICE**

1. LA JUBILACIÓN PARCIAL DENTRO DE LA POLÍTICA EUROPEA DE COORDINACIÓN DE PENSIONES: EL FOMENTO DE LA PERMANENCIA EN ACTIVO A TRAVÉS DE LA JUBILACIÓN PARCIAL
2. LA JUBILACIÓN PARCIAL DENTRO DE LA NOCIÓN DE JUBILACIÓN FLEXIBLE
3. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA JUBILACIÓN PARCIAL Y DEL CONTRATO DE RELEVO EN ESPAÑA
4. DISTINTAS MANIFESTACIONES DE LA JUBILACIÓN PARCIAL
  - 4.1. La jubilación parcial anticipada
    - 4.1.1. Aspectos laborales
      - 4.1.1.1. El trabajo a tiempo parcial del trabajador jubilado
      - 4.1.1.2. El contrato de relevo
    - 4.1.2. Aspectos de seguridad social
  - 4.2. La jubilación parcial autónoma
  - 4.3. La jubilación parcial sobrevenida
  - 4.4. La jubilación parcial vertical
5. LA JUBILACIÓN PARCIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRAS LA REFORMA DE 2001
6. INCENTIVOS Y DESINCENTIVOS DE LA JUBILACIÓN PARCIAL

## 1. LA JUBILACIÓN PARCIAL DENTRO DE LA POLÍTICA EUROPEA DE COORDINACIÓN DE PENSIONES: EL FOMENTO DE LA PERMANENCIA EN ACTIVO A TRAVÉS DE LA JUBILACIÓN PARCIAL

Una de las directrices defendidas por las instituciones europeas a través de su política de coordinación abierta de pensiones<sup>1</sup> es la prolongación de la vida activa del trabajador. La Comisión y el Consejo recomiendan que los estados miembros retrasen la edad de jubilación y que restrinjan al máximo las jubilaciones anticipadas<sup>2</sup>. En este sentido, la apuesta por fomentar al máximo el retraso de la edad de jubilación pone en cuestionamiento las

<sup>1</sup> Al igual que en otras materias, como por ejemplo la política financiera o el empleo, con el método de coordinación abierta de pensiones se persigue alcanzar unos objetivos comunes sin que ni siquiera se impongan unos mínimos a través de la normativa comunitaria. Se trata en todo caso de conseguir una mínima uniformidad hacia el futuro en las políticas relativas a las pensiones la Seguridad Social, disponiendo los Estados miembros en tanto que se reservan la competencia en materia de protección social de gran libertad en la ejecución de sus políticas aunque deban atenerse a orientaciones o directrices comunes. Este proceso comenzó recientemente en el Consejo Europeo de Estocolmo de marzo de 2001 donde se sentaron las bases de esta política de coordinación en materia de pensiones, la cual recibió un impulso decisivo en el Consejo Europeo de Laeken celebrado a finales del mismo año con la fijación de una serie de objetivos. Estos objetivos, once en total, se integrarían dentro de tres objetivos más amplios consistentes en velar por que los sistemas de pensiones sean capaces de lograr sus objetivos sociales, mantener su viabilidad financiera y responder a los cambios en las necesidades de la sociedad. *Informe conjunto de la Comisión y el Consejo sobre la adecuación y viabilidad de las pensiones*, 17 de diciembre de 2002, Com (2002) 737 final.

<sup>2</sup> *Informe sobre la protección social en Europa*, 1999. Com (2000) 163 final, pág. 21.



políticas sociales proclives a favorecer la jubilación anticipada como respuesta al paro masivo<sup>3</sup>.

Sin embargo dicha voluntad política lucha a contracorriente de dos tendencias como son el recurso de las empresas a despidos masivos de trabajadores maduros y la preferencia mayoritaria de los trabajadores a jubilarse anticipadamente.

Un motivo para que triunfen las políticas que promueven el retraso en la edad de jubilación viene dado por la política de empleo adoptada por la Unión Europea que abandona la tesis del reparto de empleo a través del fomento de la anticipación de la retirada del mercado de trabajadores en edad madura.

No olvidemos que la actual política europea de empleo es de corte integradora pues pretende elevar la baja tasa de actividad de los trabajadores en edad madura. Dicha política a la vez debe combinarse con medidas activas que fomenten la empleabilidad del desempleado de cierta edad de manera que su situación no sea un camino seguro y definitivo hacia la jubilación. Lógicamente esta restricción en la anticipación debe conciliarse con el interés del beneficiario en poder planificar su retirada del mundo laboral pero la idea que trasciende es que tal retirada no debe ser facilitada desde el sistema de protección social sino que ha de comportar un cierto sacrificio para quien ejercite tal opción. Otro motivo que incide de manera importante en la promoción del retraso de la edad de jubilación es de orden financiero<sup>4</sup>: se pretende retener en el mercado de trabajo por el mayor tiempo posi-

<sup>3</sup> A principios de los años ochenta las instituciones comunitarias, mediante la recomendación de 10 de diciembre de 1982, recomendaban a los Estados miembros facilitar la jubilación flexible desde sus legislaciones y, en concreto, otorgar el derecho al trabajador de escoger la edad en que desee jubilarse, a partir de una edad determinada y hasta un límite. *Recomendación del Consejo, de 10 diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación*. DOCE L núm. 357, de 18 de diciembre de 1982. Un ejemplo de este tipo de políticas en Europa lo hallamos en Holanda donde, a partir de los años setenta se aplicaron programas de retiro anticipado negociados por los interlocutores sociales tanto para trabajadores de las administraciones públicas como para el sector privado. Si bien la vía más frecuente de prejubilación de los trabajadores de edad avanzada con problemas de desempleo en tanto que en la valoración de la invalidez se tomaban en cuenta las circunstancias del mercado. Esta práctica administrativa supuso que «los solicitantes de una invalidez parcial fuesen tratados como si tuviesen un invalidez total». Cfr. AARTS, L., DE JONG, Ph., «Early Retirement of Older Male Workers under the Dutch Social Security Disability Insurance Programme», (eds. ATKINSON, A., REIN M.), *Age, work and Social Security*, St. Martin's Press, 1993, pág. 29.

<sup>4</sup> La Comisión ha calculado los efectos de una futura mayor tasa de empleo de manera que si se cumplieren los objetivos de empleo de Lisboa se podría reducir el aumento de gasto en pensiones públicas en un tercio en 2050. Igualmente si se lograra aumentar en un año la edad de jubilación efectiva sin aumentar los derechos de pensión, el aumento del gasto en pen-

ble a los trabajadores «jubilables» de manera que sigan cotizando y pospongan la percepción de la pensión de jubilación.

Son numerosas las reformas emprendidas por distintos países europeos con la pretensión de retrasar la edad de jubilación ya sea a través de la restricción de los supuestos de jubilación anticipada o bien mediante recortes en su cuantía, la ampliación de los años cotizados exigidos, la flexibilización del régimen de compatibilidades, la supresión de mecanismos de jubilación forzosa, etc.<sup>5</sup>

Desde el punto de vista del interés general, la jubilación parcial ha vuelto a recuperar cierto protagonismo político en Europa como fórmula que facilite la prolongación de la vida activa y de aprovechamiento de las capacidades y potencial de las personas de edad avanzada. A esta figura se asocian una serie de ventajas interesantes desde el punto de vista de los poderes públicos como es la posibilidad de aliviar el desequilibrio financiero provocado por el envejecimiento demográfico al ofrecer la posibilidad de posponer la concesión de pensiones plenas. En este sentido, la jubilación parcial puede considerarse como una alternativa a la jubilación anticipada total.

Junto a los intereses evidentemente generales de mantenimiento de la tasa de actividad de las personas de este tramo de edad y de las razones financieras en relación a las pensiones, no hay que olvidar que la jubilación parcial puede ser un mecanismo que evite la discriminación en el empleo por razón de edad y que puede tener unos efectos positivos en el trabajador, nos hallaríamos ante otro objetivo político de interés general no menos importante.

Desde el punto de vista del interés del trabajador, el ideal del beneficiario consistiría, en principio, en la posibilidad de obtener una pensión de jubilación a la edad más temprana posible y en la cuantía más elevada, pudiendo disponer del momento de su jubilación con cierta flexibilidad. Este ideal parece verse respaldado por las estadísticas que confirman la preferencia por una edad más temprana de jubilación. Ello no es una excepción en nuestro país donde la edad media de las altas en jubilación en 1998 era de 62 años en el Régimen General y de 63 en el conjunto del sistema<sup>6</sup>.

siones esperado se reduciría entre un 0,6 y un 1% del PIB en 2005. Cfr. *Informe conjunto de la Comisión y el Consejo sobre la adecuación y viabilidad de las pensiones*, 17 de diciembre de 2002, Com (2002) 737 final.

<sup>5</sup> Vid. sobre estas tendencias en la pensión e jubilación en Europa FERRERAS ALONSO, F., «La evolución de la Seguridad Social con especial referencia a las pensiones», *Relaciones Laborales*, núm. 10, mayo, 2002, pág. 13 y ss.

<sup>6</sup> «Vida laboral y prejubilaciones», *Informe 2/2000 del Centro Económico y Social*, pág. 65.



Sin embargo, esta óptica aunque posiblemente mayoritaria no es la única, el ideal de otros beneficiarios puede consistir en mantenerse en activo más allá de la edad de jubilación. De hecho, la retirada definitiva del mercado de trabajo en edades más tempranas tiene en gran medida carácter involuntario y se debe a circunstancias ajenas a la voluntad del trabajador como son las necesidades de reestructuración y de situación de crisis económicas empresariales. Según datos recientes de una encuesta europea el 40% de los prejubilados consideraban involuntaria su salida del mercado de trabajo de manera que hubiesen preferido permanecer activos en él<sup>7</sup>.

Hay que tener en cuenta además aquellas personas que realizan una actividad profesional gratificante y que no comporta desgaste físico, de manera que la persona que se halle a cierta edad gozando de buena salud y motivación para trabajar puede preferir continuar trabajando y aplazar el momento de la jubilación<sup>8</sup>.

Además, la posibilidad de compaginar tiempo de trabajo y ocio en el tránsito hacia la jubilación otorga al trabajador la posibilidad de autogestionar sus posibilidades de ocio y trabajo sin padecer formas abruptas de inactividad<sup>9</sup>. A su vez el recurso a la jubilación parcial puede aportar ventajas también para el empresario quien podría aprovechar la experiencia y conocimientos de los trabajadores más antiguos, evitando la discriminación por razón de edad y a la vez, si la jubilación parcial va asociada a la creación de un nuevo empleo por la jornada liberada, en la posibilidad de transmisión de conocimientos entre el trabajador recién ingresado y el trabajador jubilado parcialmente.

En la implantación exitosa de esta figura sin duda juegan un papel clave los trabajadores, empresarios y sindicatos y sabemos que los excesos de la jubilación anticipada tienen en su mayor parte origen en las medidas de reestructuración de plantilla y sobre ello se han puesto de acuerdo empresarios y sindicatos. Hemos de pensar que las bondades predicadas de la jubilación parcial muchas veces han de afrontar intereses contrapuestos por parte de trabajadores, empresarios y sindicatos.

<sup>7</sup> *Communication de la Commission. Les tendances sociales: perspectives et déficits. Bruxelles, COM (2000), pág. 11.*

<sup>8</sup> En una encuesta en nueve países europeos sobre la actitud personal ante la jubilación, la preferencia por una retirada anticipada a la edad legal de jubilación no fue respaldada de forma unánime por los encuestados sino que se dieron respuestas heterogéneas en cuanto a las preferencias respecto a la edad de jubilación. *Vid. RABIER, J.J., «Las actitudes de la población activa ante las perspectivas de jubilación», La edad de jubilación en Europa, IELSS, 1984, pág. 55 y ss.*

<sup>9</sup> DUPEYROUX, J.J., «Edad de jubilación, pensiones de vejez, distribución del trabajo: algunos puntos de referencia», AAVV, *La edad de jubilación en Europa, IELSS, 1984, pág. 42.*

Así, mediante los mecanismos de jubilación anticipada los empresarios han podido prescindir de los trabajadores más costosos por razón de antigüedad y que coinciden con ser los más valorados negativamente al presumirles mayores dificultades de adaptación a las nuevas formas de producción.

Por su parte, los sindicatos en el ámbito de la negociación obtienen mediante los mecanismos de la jubilación anticipada una doble compensación: la de reducir el número de despidos propiamente dichos y la de preservar un consenso entre trabajadores y empresarios dentro de un ambiente conflictivo de reestructuración empresarial.

Desde la perspectiva de los trabajadores, hay una opción mayoritaria por la jubilación anticipada total más que la parcial, desde el momento en que los sistemas de jubilación de un país permiten elegir entre ambas opciones<sup>10</sup>. En muchas ocasiones son los propios trabajadores quienes conciben la jubilación anticipada como una recompensa a una larga carrera laboral. Un factor que tiene en cuenta el trabajador a la hora de La jubilación parcial es un elemento flexibilizador de las condiciones de acceso a la jubilación que se ha fomentado durante los años noventa en la mayor parte de países de la Unión Europea donde se han introducido nuevas formas de jubilación parcial tanto para quienes se anticipen a la edad de jubilación ordinaria como para quienes se hallen ya en edad de jubilación. elegir una modalidad u otra de jubilación serán los efectos que tendrá la jubilación parcial sobre sus ingresos profesionales actuales así como sobre su futura jubilación. La posibilidad de que la jubilación parcial no venga a disminuir de forma importante los ingresos precedentes y que posteriormente el trabajo a tiempo parcial no repercuta en toda su intensidad en el cálculo de la pensión son, sin duda, incentivos importantes.

Aunque todavía incipiente, se habla de una tendencia a sustituir la jubilación anticipada a tiempo completo por una jubilación anticipada a tiempo parcial, la jubilación parcial<sup>11</sup>.

No obstante, la normativa de jubilación parcial o progresiva no ha sido aplicada en general con éxito en ningún país de la Unión Europea a excepción de Francia y Alemania.

En Alemania, desde la introducción de la jubilación parcial en el año 1996, el número total de solicitudes ha experimentado una fuerte alza y ha

<sup>10</sup> También influye el hecho de que la pensión que reciban al retirarse definitivamente tengan un nivel alto. Cfr. LATULIPEE, D.; TURNER, J.: «Jubilación parcial y política de pensiones en los países industrializados», *Revista Internacional de Trabajo*, 2000/2, pág. 215.

<sup>11</sup> REDAY-MULVEY, G., «La retraite progressive: une politique de transition entre travail et retraite et d'allongement souple de la vie professionnelle», *La sécurité sociale dans le village global*, Conférence internationale de recherche en sécurité sociale, septembre 2000.



pasado de 10.000 en los dos primeros dos años a casi 40.000 en el 2000. En realidad, el uso de esta figura en Alemania está muy estrechamente ligada al tamaño de las empresas<sup>12</sup>. Así, en el sector privado, la jubilación parcial se utilizó en el 9% de establecimientos con menos de 50 trabajadores y, en cambio, fue utilizada en el 85% de las empresas de más de 1000 trabajadores. Es plausible la hipótesis que el recurso a esta figura por parte de las grandes empresas vaya más ligado a la finalidad de evitar despidos que a su utilización como una gestión activa de los recursos humanos<sup>13</sup>.

## 2. LA JUBILACIÓN PARCIAL DENTRO DE LA NOCIÓN DE JUBILACIÓN FLEXIBLE

Hay múltiples manifestaciones de jubilación flexible atendiendo al momento en que el trabajador podrá jubilarse y las condiciones de percepción de jubilación<sup>14</sup>.

La jubilación es una figura polivalente que no puede identificarse exclusivamente con la idea de retirada total y definitiva del trabajo a partir de una misma edad<sup>15</sup>.

La jubilación parcial es una manifestación más de la jubilación flexible en relación a las condiciones de percepción de la pensión de jubilación. En sentido amplio, la jubilación parcial puede entenderse como toda combinación de actividad profesional a tiempo parcial con la percepción de la pensión de jubilación<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. KERSCHBAUMER, J., *Altersteilzeit im Betrieb*, ed. Bund, 2001, pág. 16.

<sup>13</sup> «La retraite progressive en Europe» de la European Foundation for de Improvement of Living and Working Conditions. <http://www.eiro.eurofound.ie>

<sup>14</sup> Para una aproximación al concepto de jubilación flexible he acogido los parámetros que utiliza ALARCÓN CARACUEL, M.R., «El concepto de jubilación flexible», *Temas Laborales*, núm.66, 2003, pág. 122. Este autor evalúa el grado de flexibilidad del régimen de la pensión de jubilación tras la reforma 2001-2002 atendiendo a cinco elementos como son su obligatoriedad o voluntariedad, la existencia de una edad uniforme o diversificada, la posibilidad de anticipación o aplazamiento de la jubilación, sus condiciones de compatibilidad con el trabajo y reversibilidad.

<sup>15</sup> Cfr. DE LA VILLA GIL, L. E., «Pensiones sociales. Problemas y alternativas», *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, MTSS, 1999, pág. 10.

<sup>16</sup> En su acepción más clásica se corresponde con «la que emprende el trabajador cuando reduce parte de su jornada de trabajo y mantiene la percepción proporcional de la jubilación hasta alcanzar la edad ordinaria de jubilación y acceder así a la jubilación plena». Cfr. LÓPEZ CUMBRE, L., «El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible», *Revista del Ministerio de Trabajos y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002, pág. 22.

La jubilación parcial en sentido amplio más allá de cómo viene recogida en nuestro ordenamiento puede abarcar distintas modalidades. Así, puede ser horizontal o vertical en correspondencia con el tipo de trabajo a tiempo parcial desarrollado (art. 8.b) RD 1991/1984).

A su vez, la jubilación parcial puede ser anticipada a la edad ordinaria de jubilación o bien que acontezca una vez alcanzada dicha edad. Puede ocurrir que cumplidos los 65 años el trabajador acceda a la jubilación parcial o bien se mantenga en ella si ya había optado por ella, podríamos llamar este supuesto, adoptando la terminología de Rodríguez Piñero<sup>17</sup> de una jubilación parcial autónoma. Mientras que en la llamada situación de jubilación parcial sobrevenida, la jubilación parcial sobreviene a quien ya se ha jubilado plenamente ya sea de forma anticipada o no. Se trata, en consecuencia, de la reanudación por el pensionista de un actividad a de tiempo parcial

Pues bien, tras las reformas del 2001-2002, coexisten en nuestro ordenamiento la jubilación parcial clásica —anticipada y condicionada a un contrato de relevo— con la novedosa jubilación parcial autónoma —una vez alcanzados los 65 años y que no se condiciona al contrato de relevo— junto a la jubilación parcial sobrevenida tras la modificación de las reglas contenidas en el art. 165 LGSS.

Todos estos supuestos son manifestaciones de gradualidad y reversibilidad en las situaciones de trabajo y retiro. La gradualidad genuinamente se manifiesta en la jubilación parcial clásica o autónoma mientras que la sobrevenida es una manifestación clara de reversibilidad. En esta última situación, el retiro no es progresivo porque el punto de partida es ya la jubilación plena de la persona —siendo indiferente que lo haya hecho de forma anticipada o no— que retoma su actividad. Básicamente ésta es la única diferencia que hay entre esta figura y la jubilación parcial autónoma pues se trata de situaciones prácticamente idénticas de compatibilidad entre trabajo y pensión<sup>18</sup>.

La gradualidad a su vez se puede modular según exista una mayor o menor progresividad en la reducción de la jornada del jubilado parcial.

A excepción de la cotización, no está prevista ninguna regla específica para la modalidad de jubilación parcial vertical en la que el trabajador trabaja días, semanas o meses de forma concentrada en referencia a una unidad temporal más amplia —anual o mensual— alternando los períodos de trabajo con los de descanso.

<sup>17</sup> Adapto en parte la terminología empleada por RODRÍGUEZ-PIÑERO quien dentro de la jubilación parcial en sentido genérico distingue en nuestro ordenamiento tres situaciones distintas: «la «clásica», de jubilación parcial anticipada con contrato de relevo, la jubilación parcial «autónoma» una vez cumplidos los sesenta y cinco años y la jubilación parcial «sobrevenida», «jubilación flexible». RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «La flexibilidad de la edad de jubilación (y III): jubilación autónoma y gradual», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2003, pág. 4.

<sup>18</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., *Jubilación parcial*, ed. Bomarzo, 2004, pág. 17.



### 3. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA JUBILACIÓN PARCIAL Y DEL CONTRATO DE RELEVO EN ESPAÑA

En el año 84<sup>19</sup> la jubilación parcial se introdujo como medida de fomento de empleo junto a la modalidad de la jubilación a los 64 años por sustitución<sup>20</sup>. Ambas figuras iban ligadas a la contratación laboral, ya fuese el contrato de relevo o el contrato de sustitución.

Inspirada en el contrato de solidaridad francés<sup>21</sup> la jubilación parcial no ha tenido prácticamente éxito debido probablemente a su compleja articulación y a los costes adicionales que comporta para el empresario el mantenimiento de dos trabajadores para el mismo puesto de trabajo<sup>22</sup>.

En el año 1998 se amplió y flexibilizó la figura, situando la edad mínima en 60 años en vez de 62 y posibilitando la reducción de jornada en un margen más amplio entre el 33 y el 77 % en vez del 50 % del régimen anterior. A la vez se dotaba de mayor flexibilidad a los cometidos del trabajador relevista.

Finalmente, la segunda reforma que se emprende en el 2001<sup>23</sup> amplía el grado de adaptabilidad de la figura a través de cuatro elementos: introduce nuevos límites de reducción de jornada más flexibles (entre el 25 % y el 85 %), suprime la extinción de la jubilación parcial con el cumplimiento de edad de 65 años, permite el acceso a esta figura a quienes hayan superado dicha edad y regula el contrato de relevo por tiempo indefinido.

En definitiva, como veremos, tras la reforma de la Ley 12/2001 la jubilación parcial ya no puede definirse exclusivamente como un supuesto de

<sup>19</sup> La figura de la jubilación parcial se reguló por primera vez en el RD 1991/1984, de 31 de octubre, (BOE de 9 de noviembre).

<sup>20</sup> RD 1194/1985, de 17 de julio (BOE de 20 de julio). Este Real Decreto fue dictado en desarrollo de la Disposición adicional séptima del Estatuto de los Trabajadores se derogó por la LGSS. No obstante, se entiende que este Real Decreto continúa vigente al amparo de lo previsto en la Disposición final cuarta de la propia LGSS cuando posibilita al Gobierno que la edad de jubilación podrá ser «rebajada en desarrollo de las medidas de fomento de empleo».

<sup>21</sup> Vid. al respecto GONZÁLEZ DEL REY, I., «El trabajo a tiempo parcial en una perspectiva comparada», *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 1998.

<sup>22</sup> TORTUERO PLAZA, J.L., *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*, ed. Cuadernos Civitas, 2002, pág. 73.

<sup>23</sup> En el 2001 la reforma se hizo por las leyes 12/2001, de 9 de julio (BOE de 10 de julio), y 24/2001, de 27 de diciembre (BOE de 31 de diciembre), que modifican respectivamente los artículos 12.6 ET y 166 LGSS y ambas previsiones han sido desarrolladas por el RD 1131/2002, de 31 de octubre (BOE de 27 de noviembre), que regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Por su parte, las nuevas reglas de compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación contenidas en el art. 165 LGSS se introdujeron con la Ley 35/2002, de 12 de junio, de medidas por el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible y fueron desarrolladas por los artículos 4 a 9 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre (BOE de 27 de noviembre).



jubilación anticipada ni tampoco como un mecanismo de reparto de empleo. Con anterioridad a la reforma de 2001 la doble finalidad a la que tendía la regulación de la «jubilación parcial» era clara: de un lado, a facilitar la «prejubilación progresiva»<sup>24</sup> de los trabajadores que alcanzan una edad próxima a la jubilación; de otro la de crear nuevo empleo a través del denominado contrato de relevo mediante la cobertura de la jornada que deja vacante el jubilado parcial por un trabajador desempleado<sup>25</sup>.

En la actualidad esta filosofía coexiste con la nueva orientación de la reforma del 2001 que persigue además los objetivos de elevar la baja tasa actividad de los trabajadores próximos a la edad ordinaria de jubilación y de prolongar su actividad más allá de dicha edad.

En consecuencia, la jubilación parcial no siempre será anticipada: puede ocurrir que un trabajador cumplido los sesenta y cinco años de edad opte por pactar una jubilación parcial y aquí no cabe hablar de anticipación de la edad de jubilación. Tampoco su utilización va ligada necesariamente al reparto de empleo en tanto que, pasada la edad de jubilación, el trabajo del jubilado parcial no debe simultanearse necesariamente con un contrato de relevo. El empresario en estos casos puede amortizar la jornada liberada o bien cabe que reordene dicha jornada entre los trabajadores de la empresa. Incluso tampoco se exige ya que el trabajador relevista haya de ser un trabajador desempleado, también puede ser contratado por relevo quien «tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada».

## 4. DISTINTAS MANIFESTACIONES DE LA JUBILACION PARCIAL

### 4.1. Jubilación parcial anticipada

#### 4.1.1. Aspectos laborales

##### 4.1.1.1. *El trabajo a tiempo parcial del trabajador jubilado*

##### A. *La jubilación parcial surge de un pacto*

La jubilación parcial debe surgir por acuerdo de voluntad entre empresario y trabajador a iniciativa de este último sin perjuicio de que por conve-

<sup>24</sup> En palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Las modalidades de contratación en el Estatuto de los Trabajadores reformado», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1985, pág. 62.

<sup>25</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, (BOE de 4 de agosto) señalaba que con tales figuras se «viene a completar esta posibilidad de reparto de empleo, mejorando además el bienestar social de trabajadores con edad próxima a la jubilación».

nio colectivo se imponga su aplicación al empresario. El art. 12.6 ET señala expresamente que el trabajador concertará con su empresa el contrato a tiempo parcial lo que da idea de que la iniciativa partirá del trabajador con la necesaria aceptación del empresario. Si bien nada impediría que en la práctica fuese la empresa la que propusiese al trabajador la jubilación parcial pero en todo caso sería imprescindible el consentimiento expreso del trabajador<sup>26</sup>.

Surgen dudas sobre si serían legítimas las cláusulas de los Convenios Colectivos que forzosamente impusiesen al trabajador la jubilación parcial. Con la aprobación de la Ley 14/2005<sup>27</sup>, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación que legitima las cláusulas de jubilación forzosa siempre que vayan ligadas a objetivos de política de empleo<sup>28</sup> se podría argumentar a favor de la jubilación forzosa parcial siguiendo el aforismo de que quien puede lo más puede lo menos. Pese a ello, en mi opinión es dudoso que puedan entenderse legítimas este tipo de cláusulas ya que no respetan el carácter

<sup>26</sup> Algún Convenio prevé que también la empresa pueda proponer la jubilación parcial al trabajador pero considera imprescindible el acuerdo de ambas partes. Convenio Colectivo de Saint-Gobain Cristalería, S.A (BOE de 7 mayo de 2004).

<sup>27</sup> BOE de 2 de julio.

<sup>28</sup> Con esta ley se cierra el paso al debate doctrinal sobre si eran válidas o no las cláusulas negociales de jubilación forzosa una vez llevada a cabo la derogación de la Disposición Adicional Décima ET. Así, para algunos autores la derogación de esta disposición por la Ley 12/2001 suponía la ausencia de habilitación legal a estos contenidos negociales en cuanto que restringían derechos constitucionales como el derecho del Trabajo y el derecho a no ser discriminado por razón de edad. *Vid.*, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001», *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2002, GARCÍA VIÑA, J., «Regulación en convenio colectivo de cláusulas de jubilación forzosa. Reformas introducidas por el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo», *Tribuna Social*, núm. 124, 2001. Para otros autores la desaparición de este precepto simplemente tenía efectos desincentivadores para la negociación colectiva ya que no era necesaria dicha habilitación legal. *Vid.*, entre otros, SEMPERE NAVARRO, A.V., «La derogación de la Disposición Adicional Décima ET, sobre jubilación forzosa y sus consecuencias», *La reforma laboral de 2001*, ed. Aranzadi, 2001, MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores», *Actualidad Laboral*, 2002-I, MELLA MÉNDEZ, L., *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, ed. Lex Nova, 2002. Antes de la aprobación de la ley citada, coexistían fallos contradictorios en los diversos Tribunales Superiores de Justicia. Así, las SSTSJ/Cataluña de 27 de septiembre de 2002 (As. 3322) y de 21 de enero de 2003 (As. 914), entendían que la derogación de Dispón. adic. Décima ET no prohibía el pacto por convenio colectivo de la jubilación forzosa y, en este sentido, afirmaban que «la intención del legislador era únicamente la de no estimular para el futuro este tipo de medidas, más en ningún caso quedaban prohibidas». Por el contrario, otras decisiones de Tribunales Superiores de Justicia optaban por considerar nulas dichas cláusulas por falta de habilitación legal (SSTSJ/Castilla La Mancha de 24 de abril de 2002 (As. 3321), STSJ/Madrid, de 17 de diciembre de 2002).

voluntario de la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial que prevé el art. 12.4 e) ET y que tiene carácter irrenunciable para el trabajador. Igualmente entiendo aplicable dicha voluntariedad en la elección de la modalidad de la jubilación parcial<sup>29</sup>. En cambio, sí que lo serían las que impusiesen la jubilación parcial al empresario como de hecho se recoge en bastantes convenios colectivos generalmente de empresa<sup>30</sup>.

### B. *La reducción de jornada y salario*

La reducción de la jornada es un requisito necesario junto a la edad, los requisitos contributivos y la celebración del contrato de relevo.

Es posible que el trabajador se jubile parcialmente de forma simultánea en más de un trabajo siempre que mantenga en ambos su dedicación parcial<sup>31</sup>. Si bien no es válida cualquier reducción de jornada sino sólo la incardinable en la modalidad del trabajo a tiempo parcial prevista en el art. 12 ET.

Tras la última reforma la reducción de jornada de la jubilación parcial —y a diferencia del RD 144/1999 que exigía a los beneficiarios ser contra-

<sup>29</sup> La exigencia de voluntariedad se refuerza con la garantía de que el trabajador no podrá ser despedido, sancionado o de alguna manera perjudicado por el hecho de rechazar tal conversión (art. 12.4 e) in fine). Garantía por lo demás prevista en la cláusula quinta de la Directiva 97/81, de 15 de diciembre de 1997, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial (DOCE de 20 de enero de 1998).

<sup>30</sup> Es posible encontrar convenios en los que expresamente se obliga al empresario a aceptar la solicitud del trabajador del pase a la jubilación parcial. *Vid.*, por ejemplo, Convenio Colectivo estatal para las industrias extractivas, del vidrio y cerámicas (BOE de 11 de agosto de 2004), Convenio Colectivo de Hostelería de Zaragoza, B.O.Zaragoza, de 21 de noviembre de 2003, Convenio Colectivo de CLECE, SA de Irun (B.O. Guipúzcoa, de 21 de abril de 2004), Convenio Colectivo del sector de limpieza pública viaria Madrid Capital (B.O. Madrid de 24 de agosto de 2004), Convenio Colectivo del Sector de la siderometalurgia de Burgos (B.O. Burgos de 13 de julio de 2004), Convenio Colectivo de Transporte terrestre de mercancías por carretera de la provincia de Las Palmas (BO. Las Palmas de 2 marzo de 2005), Convenio Colectivo de centros de la tercera edad de Vizcaya (BO. Vizcaya de 11 de julio de 2003). Convenio Colectivo de CEPSA, SA (BOE de 19 de febrero de 2004), Convenio Colectivo de Clima Roca York, SL (BOE de 8 de septiembre de 2005), Convenio Colectivo de DOMAR, SA (BOE de 30 de noviembre de 2004), Convenio Colectivo de Renault España, SA (BOE de 6 de julio de 2004). En muchas ocasiones la concesión obligatoria se supedita a una serie de requisitos como, por ejemplo, a que el trabajador reúna cierta antigüedad [Convenio Colectivo de la empresa Michelin España-Portugal (BOE de 11 de octubre de 2004), a que realice la petición dentro de un plazo determinado [Convenio Colectivo para el personal del Canal Isabel II (BOE de 16 de febrero de 2005), Convenio colectivo de la empresa Victorio Luzuriaga-Tafalla, BO Navarra de 3 de agosto de 2005] o bien a que el puesto de trabajo se considere amortizable [Convenio Colectivo de Bridgestone Hispania, SA (BOE de 26 de agosto de 2005)].

<sup>31</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., *Jubilación parcial, op. cit.*, pág. 35.



tados a jornada completa— se puede realizar también sobre una jornada reducida. No se excluye de su acceso a los trabajadores a tiempo parcial, trabajos que, por otra parte, en su mayoría son ocupados por mujeres.

Los límites de reducción de jornada entre el 25 y el 85 % toman como referencia la de «un trabajador a tiempo completo comparable». Por «trabajador a tiempo completo comparable» debe entenderse a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa o centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato y que realice un trabajo idéntico o similar<sup>32</sup>. De no existir en la empresa un trabajador comparable se considera jornada completa la prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal. Se observa que este punto de referencia contempla cierta indeterminación.

Con la ampliación de límites, el trabajador podría reducir su jornada laboral a seis horas semanales si se pactase la reducción máxima en atención a la jornada máxima legal. Si se pactase, en cambio, por la reducción mínima del 25 %, el trabajador relevista realizaría una jornada semanal de 10 horas. En ambos casos, la normativa permite que tanto el jubilado parcial como el trabajador relevista realicen una actividad de duración marginal.

Desde la reforma de 1998 el trabajador, dentro de los límites señalados, puede reducir de forma gradual la jornada, por períodos anuales y con la conformidad del empresario.

La posibilidad de que se pacten aumentos de jornada parece descartable pues iría en contra de la finalidad de la norma<sup>33</sup>. Excepcionalmente, podría admitirse la neutralización de las reducciones progresiva de jornada o bien la compensación de la pérdida o reducción de otro trabajo a tiempo parcial en caso de pluriempleo.

Quien se jubile parcialmente tras la reforma podría realizar horas complementarias en caso de que su contrato sea por tiempo indefinido tal como se regula en el art. 12.5 ET si bien ello no se coherencia con la filosofía de la reforma. En cambio, el trabajador relevista sí que podría realizar horas complementarias siempre que su trabajo a tiempo parcial tuviese carácter indefinido<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Esta definición de trabajador a tiempo parcial contenida en la cláusula tercera de la Directiva 97/81, de 15 de diciembre de 1997, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial (DOCE de 20 de enero de 1998).

<sup>33</sup> Cfr. CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ LOUSADA AROCHENA, J., *El nuevo régimen legal del contrato de trabajo a tiempo parcial*, ed. Comares, Granada, 1999, pág. 97.

<sup>34</sup> PEDRAJAS MORENO, A., «Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y contrato de relevo», (coords. CASAS BAAMONDE, M.ª E., VALDÉS DAL-RE, F.), *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, ed. Lex Nova, 2000, pág. 206.

En relación a la reducción salarial, de la literalidad del Estatuto y el RD 1131/2002 parece desprenderse que ésta ha de ser proporcional a la reducción de jornada pactada.

Sin embargo, y pesar de la reducción, la ley no exige que la reducción salarial sea proporcional a la de jornada y, en todo caso, no todos los complementos salariales van ligados a la jornada. De lo que no parece caber duda es de que tal reducción salarial ha de producirse como mínimo en un 25 %, es decir, en una cuarta parte y de ahí que se prevea la posibilidad de aumentar las bases de cotización para calcular las pensiones sobrevenidas durante la situación de jubilación parcial en proporción a la misma jornada desarrollada previa a la reducción. Y esta operación de cálculo no es fortuita sino que obedece a una premisa previa: se cotiza menos durante el período de jubilación parcial porque el trabajador cobra menos salario por la realización de menos horas.

Al calcularse la pensión conforme a la reducción de jornada y no de salario podría darse el sinsentido de que el trabajador tuviese más ingresos como jubilado que cuando estaba en activo.

### C. *Duración del trabajo a tiempo parcial*

Como novedad, la duración del trabajo a tiempo parcial del jubilado parcial puede ser indefinida y la relación ya no se extingue automáticamente con el cumplimiento de la edad de 65 años del jubilado parcial. Previsiblemente esta nueva opción de alargar la situación de jubilación parcial no tendrá un seguimiento significativo en la práctica empresarial; de momento ha pasado inadvertida en los Convenios Colectivos que han regulado la jubilación parcial (vid. nota 71)

#### 4.1.1.2. *El contrato de relevo*

##### A. *Naturaleza del contrato de relevo*

El contrato de relevo tiene como objeto cubrir la jornada vacante liberada por el trabajador que accede a la jubilación parcial<sup>35</sup>.

Los elementos básicos de regulación del contrato se contienen en el art. 15 ET y no han sido desarrollados reglamentariamente, por lo que debe en-

<sup>35</sup> Nada obsta a que se concierten más de un contrato de suplir para suplir la jornada liberada. Cfr.



tender que, en lo que no contradiga el art. 12.6 ET, se aplicará lo previsto en el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre<sup>36</sup>.

En la jubilación parcial clásica o anticipada se sigue exigiendo la simultaneidad de la celebración del contrato de relevo con el acceso a la situación de jubilación parcial.

Tiene carácter potestativo, en cambio, cuando se trata de una jubilación parcial autónoma lo que ocurre o bien cuando el trabajador acceda a ella cumplidos los 65 años o bien cuando se mantiene en esa situación pasada dicha edad.

### B. *Sujetos destinatarios*

Los trabajadores contratados pueden ser desempleados o bien que tuviesen concertado con la empresa un contrato de duración determinada. Con la reforma de 2001 se amplía también a los trabajadores temporales ya vinculados con la empresa. No se garantiza que con esta nueva contratación el trabajador temporal pase a trabajar por tiempo indefinido por lo que es posible una sucesión de contratos temporales en la práctica.

Curiosamente la norma hace alusión solamente al trabajador temporal cuando hubiese sido lógica la posibilidad de ofrecer la sustitución de la jornada liberada a todo el personal vinculado a un contrato a tiempo parcial sea temporal o indefinido. Por tanto, se excluye la posibilidad de contratar a trabajadores fijos discontinuos en tanto que se trata de una contratación por tiempo indefinido<sup>37</sup>.

En todo caso, la ampliación de sujetos destinatarios puede hacer este contrato más atractivo para el empresario quien puede contratar a alguien de quien ya tenga referencias y se halle integrado en la organización productiva<sup>38</sup>. De hecho prácticamente toda la jurisprudencia existente en materia de relevo trata de las denegaciones de la pensión de jubilación parcial por parte del INSS motivadas por la contratación de un trabajador relevista que a juicio de la entidad no tenía carácter de desempleado<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> BOE de 9 de noviembre. El RD 144/1999 derogó parcialmente este Real Decreto pero se mantenía la regulación relativa al contrato de relevo (arts. 6 a 9)

<sup>37</sup> Esta posibilidad respetaría, por lo demás, la preferencia para ocupar puestos de trabajo a tiempo completo por parte de los trabajadores a tiempo parcial, regulada en el art. 12.4 e) ET. En el mismo sentido, LÓPEZ GANDÍA, J., *La jubilación...*, *op. cit.*, pág. 38

<sup>38</sup> Cfr. RICO LETOSA, S., «Flexibilización del requisito de edad en la pensión de jubilación contributiva», *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2002, pág. 29.

<sup>39</sup> Alguna sentencia ha considerado válido el hecho que el trabajador se diese de baja en la empresa una semana antes de celebrar con ésta un nuevo contrato de relevo. La STSJ/

### C. Duración del contrato

Con anterioridad a la reforma el contrato de relevo se extinguía al cumplir el trabajador sustituido la edad para causar derecho a la pensión de jubilación ordinaria.

El contrato de relevo era un contrato temporal de tipo no estructural con una temporalidad excesiva si pensamos que podía durar hasta cinco años, lo que es una duración excepcional respecto del resto de contratos temporales<sup>40</sup>.

El régimen de duración del contrato será distinto según este tenga carácter obligatorio o potestativo.

Cuando el contrato de relevo es obligatorio su duración puede ser por tiempo indefinido o «igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación».

En la jubilación parcial autónoma, es decir, cuando el trabajador accede a la jubilación parcial cumplidos los 65 años de concertarse un contrato de relevo éste tendrá carácter indefinido o anual.

Si el trabajador continúa en situación de jubilación parcial cumplidos los 65 años, la continuidad del contrato de relevo de duración determinada es potestativa. El Estatuto no obliga, en consecuencia, a mantener el contrato temporal de relevo una vez el trabajador jubilado parcialmente ha cumplido los 65 años<sup>41</sup>. De optar por su continuidad dicho contrato se prorrogará anualmente.

En ambos casos la duración anual del contrato puede ser distinta si se regula en Convenio Colectivo o en el contrato de trabajo. El contrato de relevo se extinguirá, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en que se produzcan la jubilación total del trabajador relevado.

---

Navarra, de 30 de septiembre de 2002 (3210), entiende que se cumple con el requisito de que el trabajador se halle en situación de desempleo. En supuestos similares las SSTSJ/Navarra, de 30 de julio de 2002 (As. 3153), de 22 de abril de 2002 (As. 1614), de 22 de marzo de 2002 (As. 10435), STSJ/Cataluña, de 2 de septiembre de 1999 (As. 3615). En estas sentencias no se advierte fraude de ley en la situación de desempleo del trabajador relevista. En cambio, en la STSJ/Pais Vasco, de 27 de noviembre de 2002 (As. 43345), se advierte un fraude de ley en un supuesto en que el trabajador relevista había estado vinculado a la empresa con un contrato a tiempo completo y con carácter indefinido.

<sup>40</sup> Cfr. PEDRAJAS MORENO, A., «Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y contrato de relevo», (coords. CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E., VALDÉS DAL-RE, F.), *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, ed. Lex Nova, 2000.

<sup>41</sup> En este sentido, el art. 12. 5 a) ET señala que «si, al cumplir dicha edad[ se refiere a la edad de jubilación ordinaria], el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que hubiera celebrado por duración determinada, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por períodos anuales...».



La novedad que merece valorarse positivamente es que pueden concertarse contratos de relevo por tiempo indefinido. Ahora bien, la norma no garantiza en todo caso que la situación del trabajador relevista se consolide una vez extinguida la relación laboral del jubilado parcial por lo que este avance no acalla las numerosas críticas que despertaba esta figura entre la doctrina<sup>42</sup>. La mayoría de los Convenios Colectivos vinculan la duración del contrato de relevo al momento en que el trabajador relevado pase a la jubilación total una vez que alcance la edad ordinaria de jubilación o bien con anterioridad cuando cese anticipadamente. Aunque no son muy numerosos algunos convenios<sup>43</sup> prevén la conversión por tiempo indefinido del contrato de relevo si se dan ciertas condiciones y excepcionalmente algún convenio<sup>44</sup> establece desde el inicio del contrato su carácter indefinido.

#### D. Condiciones de trabajo

En orden a una mayor flexibilidad se plantea una desconexión entre la jornada y horario del trabajador relevista y la del relevado.

El contrato de trabajo puede ser a tiempo completo o parcial pero como mínimo siempre dicha jornada será igual a la reducida por el trabajador sustituido. En el ánimo del legislador está aumentar en lo posible la jornada del trabajador relevista siempre con el límite de la jornada legal o convencional establecida con lo que puede realizar horas extras o complementarias.

En caso de que la jornada del jubilado parcial se reduzca de nuevo y sea obligatorio el mantenimiento del contrato de trabajo, el empresario debe atenerse a una serie de reglas previstas en el art. 12.2 del RD 1131/2002 para cubrir el nuevo porcentaje de jornada dejada vacante. Así, el empresario debe ofrecer en primer lugar la ampliación al trabajador relevista y si este no aceptase deberá contratar a otro trabajador que reúna las condiciones para ser relevista. La ley permite, pues, la posibilidad de que una misma jubilación parcial de lugar a más de un contrato de relevo<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. MARTÍN PUEBLA, E., «La jubilación anticipada como instrumento de política de empleo y su recepción por la negociación colectiva», *Documentación Laboral*, núm. 29, 1989, pág. 56-57.

<sup>43</sup> Convenio Colectivo Saint-Gobain Cristalería, S.A (BOE de 7 mayo de 2004), Convenio Colectivo del sector de limpieza pública viaria, Madrid-Capital, BO Comunidad Madrid, de 24 de agosto de 2004, Convenio Colectivo de DOMAR, SA, BOE de 30 de noviembre de 2004, Convenio Colectivo de Fertiberia, SA (BOE de 18 de octubre de 2004).

<sup>44</sup> Sí ocurre, por ejemplo, en el Convenio Colectivo Renault España, SA (BOE de 6 de julio de 2004), Convenio Colectivo para el personal del Canal Isabel II (BOE de 16 de febrero de 2005).

<sup>45</sup> Posibilidad que la doctrina ya entendía perfectamente posible. Cfr. SALINAS MOLINA, F., «La jubilación parcial», *Justicia Laboral*, núm. 3, 2000, pág. 10. Un supuesto paralelo sería

Por otra parte, el horario del trabajador sustituido puede ser simultáneo o no con el del relevista.

Esta desconexión se produce también, aunque en menor medida, respecto al puesto de trabajo a ocupar por el trabajador relevista. El puesto del trabajo del trabajador relevista puede ser el mismo que el del trabajador relevado o bien uno similar cuyas tareas se correspondan con el mismo grupo profesional o categorías equivalentes.

#### E. *Vicisitudes y extinción del contrato de relevo*

La jubilación clásica o anticipada obliga al empresario a mantener vigente el contrato de relevo hasta que el trabajador sustituido alcance la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria.

En caso de cese en el trabajo del trabajador relevista, éste debe ser contratado por otro trabajador desempleado o bien un trabajador que tuviese concertado con la empresa un contrato temporal. Por cese se entiende cualquier tipo de extinción<sup>46</sup>.

En caso de despido improcedente del trabajador jubilado parcialmente sin readmisión, el empresario debe ofrecer al trabajador relevista la jornada liberada y si éste no acepta debe ofrecer el contrato a un trabajador desempleado o contratado temporal.

Si el empresario incumpliese las obligaciones anteriores, deberá abonar a la entidad gestora el importe devengado por la jubilación parcial desde la fecha de extinción del contrato hasta que el jubilado acceda a la jubilación ordinaria o parcial.

Con ocasión de la extinción del contrato de relevo se aplican las reglas comunes del art. 49.1 c) ET: el trabajador tiene derecho a indemnización, se aplicará el mecanismo de prórroga tácita por tiempo indefinido y la obligación de preaviso.

#### 4.1.2. *Aspectos de Seguridad Social*

El régimen de Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial del jubilado parcialmente será el previsto para el trabajo a tiempo parcial.

---

el admitido por el Tribunal Supremo para la jubilación por sustitución de trabajadores de 64 años es lícito que la empresa contrata a dos trabajadores a tiempo parcial que sustituyan al trabajador que pasa a la jubilación (STS de 18 de marzo de 2002, Ar. 5211).

<sup>46</sup> GARRIDO PÉREZ, E., «Contrato de relevo y jubilación parcial», *Trabajo a tiempo parcial*, ed. Francis Lefebvre, 2000, pág. 90.



A. *Beneficiarios de la jubilación parcial*

Serán beneficiarios los trabajadores por cuenta ajena integrados en cualquier régimen de la Seguridad Social que hayan cumplido los 60 años reales o ficticios y que reúnan las demás condiciones exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación (art. 10 RD 1131/2001). Ostentarán la condición de beneficiarios de la pensión de jubilación parcial quienes reúnan los siguientes requisitos:

En primer lugar debe de ser un trabajador por cuenta ajena integrado en cualquier Régimen de la Seguridad Social que concierte un contrato a tiempo parcial y que, por tanto, reúna los requisitos del art. 1.1 ET.

En ciertos regímenes especiales no se reconoce en materia de prestaciones y de cotización el trabajo a tiempo parcial y no se aplica el régimen de jubilación parcial<sup>47</sup>. Además, se excluye del acceso a la jubilación parcial a los funcionarios porque no se rigen por una relación laboral, incluidos los colectivos integrados en el Régimen General en virtud del art. 97 LGSS<sup>48</sup>. En cambio el personal estatutario sí que puede beneficiarse de este tipo de jubilación conforme a su Estatuto Marco aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre (art. 26.4)<sup>49</sup>.

Igualmente han sido excluidos los trabajadores autónomos pese al mandato de la disp. adic. 8.ª LGSS. Este precepto señala que podrán beneficiarse de la jubilación parcial los trabajadores por cuenta propia incluidos en los regímenes especiales de trabajadores del mar, agrario y de trabajadores autónomos, si bien las condiciones de cobertura y su implantación futura se condicionan a un posterior desarrollo reglamentario. A nadie se le escapa las dificultades técnicas que concurren en el reconocimiento y constatación de la dedicación parcial respecto de las actividades de cuenta propia y prueba de ello es que no ha habido lugar a tal desarrollo reglamentario en el RD 1131/2002. Veremos que tampoco se ha regulado la posibilidad de que el trabajo por cuenta propia de dedicación parcial se compagine con la jubila-

<sup>47</sup> CALVO GALLEGOS, F.J., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, ed. ACARL, pág. 55, LÓPEZ GANDÍA, J., *Jubilación parcial*, op. cit., pág. 26.

<sup>48</sup> Aunque se juzgaban supuestos de jubilación especial de 64 años, son aplicables también aquí los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para denegar la aplicación de esta figura a un funcionario de la Administración Local, en base a que el Real Decreto 1194/1985 tiene como destinatarios a los trabajadores por cuenta ajena como medida de fomento de empleo y ello independientemente que las normas de Seguridad Social lo integren como trabajador por cuenta ajena a efectos de su integración en el Régimen General (SSTSJ/ Cataluña, de 28 de junio de 2000 (As. 2966) y de 5 de septiembre de 2000 (As. 30735). Vid. igualmente respecto al personal estatutario de una institución sanitaria de la Seguridad Social en STSJ/Andalucía (Sevilla), de 8 de abril de 1999 (As. 6331).

<sup>49</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., *Jubilación parcial*, op. cit., pág. 29.

ción parcial sobrevenida de manera que la actividad con dedicación parcial por cuenta propia ha resultado ignorada pese a las buenas intenciones iniciales del legislador<sup>50</sup>.

Los 60 años pueden ser reales o resultado de las bonificaciones y anticipación de la edad de jubilación contemplados en los Regímenes Especiales de los Trabajadores del mar<sup>51</sup>, de minería del carbón<sup>52</sup>, trabajadores ferroviarios<sup>53</sup> o personal de vuelo de trabajos aéreos<sup>54</sup>.

Además debe reunir los requisitos para acceder a la pensión contributiva de jubilación por lo que no es posible que al trabajador le falte reunir el período de carencia.

La celebración simultánea del contrato de relevo se exige para la jubilación parcial anticipada o clásica. Esta celebración se convierte en potestativa cuando el trabajador que se jubile tenga 65 años reales sin bonificaciones ni anticipaciones. Se observa como se alarga considerablemente la situación de jubilación parcial con obligación de contrato de relevo para quienes puedan acceder a una edad bonificada o anticipada a la jubilación. No se entiende por qué opera la exigencia de los 65 años reales a efectos de la celebración del contrato de relevo y no, en cambio, para el requisito de haber cumplido los sesenta años. Benévolamente se podría pensar que es una forma de favorecer el reparto de empleo, si bien también podría pensarse que detrás de esta decisión se esconde un interés recaudatorio: el de las cotizaciones vertidas por el nuevo contrato de relevo<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Hay que tener en cuenta que una interpretación rigurosa del requisito de habitualidad supone negar cualquier entidad al trabajo por cuenta propia. Así ocurre en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos donde para que la actividad del trabajador resulte protegida ha de ser desarrollada de forma continuada y con cierta regularidad (art. 2 RD 2530/1970). El problema radica en pretender que la actividad por cuenta propia ha de ser de por sí una actividad fundamental para el afectado sin contar con que puede ser un complemento a otras actividades encuadradas en otros regímenes. Por otro lado, un obstáculo económico serio que no concurre para los trabajadores por cuenta ajena a tiempo parcial y es el de la imposibilidad de cotizar por una base de cotización inferior al SMI y ello ocurre tanto en el RETA como en los regímenes especiales Agrario y del Servicio Doméstico. *Vid.* sobre esta problemática, CUBAS MORALES, A.: «Por un nuevo régimen de Seguridad Social para los trabajadores autónomos: cuatro bases y una cuestión de principios», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1995, pág. 152.

<sup>51</sup> Decreto 2864/1974, de 30 de agosto (BOE de 10 de octubre).

<sup>52</sup> Decreto 298/1973; de 8 de febrero (BOE de 27 de febrero), Decreto 2366/1984, de 26 de diciembre (BOE de 15 de enero); RD 3255/1983, de 21 de diciembre (BOE de 4 de enero).

<sup>53</sup> RD 2621/1986, de 24 de diciembre (BOE de 30 de diciembre).

<sup>54</sup> RD 1559/1986, de 28 de junio (BOE de 7 de julio).

<sup>55</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., «El concepto de jubilación flexible», *Temas Laborales*, núm. 66, pág. 135.



*A. Hecho causante de la jubilación parcial*

El momento del hecho causante es el cese parcial en el trabajo y forman parte del hecho causante los requisitos para acceder a la pensión de jubilación parcial: la situación de alta o asimilada, la exigencia del período de carencia y la formalización del contrato de relevo cuando sea necesario (art. 11 RD 1131/2002).

*B. Cálculo de la jubilación parcial*

La pensión de jubilación parcial se calcula de conformidad con las reglas generales, para determinar la base reguladora de la pensión se toman en consideración los años cotizados hasta el momento de la jubilación parcial. A este importe se le resta el porcentaje de reducción de jornada pactada por el trabajador (art. 12.1 RD 1131/2002).

Se observa que la forma de cálculo toma en consideración la jornada y no otros parámetros como los ingresos previos a la reducción de jornada o bien los ingresos totales del pensionista.

En caso de reducción progresiva de jornada, esta jornada debe ser cubierta por el relevista en atención a las reglas específicas del Real Decreto 1131/2002. De no ser así, no podrá ampliarse la cuantía de la pensión.

Para calcular la base reguladora en supuesto de pluriempleo sólo se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al trabajo desempeñado hasta el momento y que es objeto de la correspondiente reducción de jornada.

En todo caso el Real Decreto 1131/2002 contempla dos garantías económicas. En primer lugar, la cuantía nunca será inferior al resultado de aplicar el porcentaje de reducción de jornada a la pensión mínima vigente para los jubilados mayores de 65 años, de acuerdo con las circunstancias familiares del jubilado (art. 12.1 RD 1131/2002). Además, a diferencia del resto de modalidades de jubilación anticipada, no se aplica a la pensión coeficiente reductor alguno.

Junto a la prestación económica, por su condición de pensionista se reconoce al jubilado parcial el derecho a prestaciones sanitarias, médicas y farmacéuticas, así como de las prestaciones de servicios sociales. A su vez tendrá derecho a la gratuidad de las prestaciones farmacéuticas (art. 2 Decreto 945/1978, de 14 de abril <sup>56</sup>).

<sup>56</sup> BOE de 6 de mayo.

En todo caso, las pensiones de jubilación parcial serán objeto de revalorización en los mismos términos que las demás pensiones de modalidad contributiva, tal y como establece el art. 48 LGSS (art. 12.3 RD 1131/2002).

### C. Reglas de compatibilidad

En relación al trabajo, la pensión de jubilación parcial se entiende, por supuesto, compatible con el trabajo a tiempo parcial fruto de la reducción de jornada así como con otros trabajos a tiempo parcial anteriores a la situación de jubilación parcial. Puede concertar con posterioridad otros trabajos a tiempo parcial tras el cese en otros trabajos anteriores siempre que no suponga un aumento de la duración de jornada (art. 14 RD 1131/2002).

El aumento de la duración en su cómputo global provocará la suspensión del cobro de la pensión. Aunque el reglamento no diga nada la suspensión de la percepción tendrá carácter reversible desde el momento en que el trabajador pase a realizar las mismas horas que las realizadas al acceder a la jubilación parcial.

La compatibilidad con la situación de pluriempleo también se reflejaba en regulaciones anteriores y permite que el trabajador jubilado parcialmente reciba otros ingresos profesionales de otras actividades a tiempo parcial. Se observa que esta permisividad casaba mal con la óptica de reparto de empleo con que se concibió esta figura pero no con la conformación actual de las reglas de compatibilidad entre pensión de jubilación y actividades profesionales. De cualquier modo, suponen un estímulo económico para el trabajador en tanto que el acceso a la jubilación parcial no supone renunciar en ningún caso al resto de ingresos profesionales. Y, en buena lógica, con la pretensión de la progresividad en la jubilación, el trabajador no puede asumir en conjunto una dedicación laboral superior a la que venía realizando con anterioridad al acceso a la jubilación parcial.

En relación a otras prestaciones, la pensión de jubilación parcial es compatible con la pensión de viudedad, la prestación por desempleo<sup>57</sup> u otras

<sup>57</sup> Aunque el art. 14 del RD 1131/2002 no menciona expresamente la prestación por desempleo causada por la extinción de la relación que dio lugar a la jubilación, debemos entender que tal compatibilidad es posible de la lectura de otros preceptos del nuevo reglamento. Así, la pensión de jubilación parcial no se extingue cuando el trabajador cesa en el trabajo a tiempo parcial y tiene derecho a la prestación por desempleo (art. 16 RD 1131/2002). Por otro lado, en los supuestos en que concurra paralelamente el contrato de relevo la elevación al 100 % las bases de cotización se reconoce durante el período en que la pensión de jubilación parcial se compatibilice con prestación por desempleo. Esta elevación no se produce, sin embargo, cuando el trabajador cesa por causa de despido precedente. Esta claro, pues, que se refiere



prestaciones sustitutorias del salario de un trabajo a tiempo parcial concertado con anterioridad a la jubilación parcial. Eso sí estas prestaciones no son compatibles con la pensión de jubilación parcial si derivan de otros trabajos a tiempo parcial concertados con posterioridad a la reducción de jornada.

Se trata de una regla de compatibilidad específica para la jubilación parcial que es más permisiva que el régimen general dado que las prestaciones de incapacidad temporal (art. 131 bis 1 LGSS) y de desempleo (arts. 213.1 f) y 219.2 LGSS) se extinguen por haber sido reconocido al beneficiario de las mismas el derecho al percibo de la pensión de jubilación. No obstante, hay que tener en cuenta que el trabajador no tendrá derecho a la prestación por desempleo cuando haya cumplido la edad ordinaria de jubilación salvo que no reúna el período cotizado o se trate de un supuesto de reducción de la relación laboral o reducción de jornada autorizados por la relación laboral (art. 207 1 d) LGSS).

El reglamento no parece excluir como incompatible el subsidio de desempleo si bien hace referencia expresa a prestaciones sustitutorias de salario. Aunque los subsidios no se calculen en función del salario dejado de percibir sí que realizan esta función sustitutiva en la mayoría de casos. Por ello, y a falta de exclusión expresa, creemos que ambas prestaciones deben ser compatibles y más teniendo en cuenta las nuevas reglas de flexibilidad del cobro de este tipo de subsidios con el trabajo.

No se puede acumular el cobro de la pensión de jubilación con las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez. En principio, sería posible que el beneficiario de una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez pudiese desarrollar un trabajo que diese lugar a una jubilación parcial siempre que tal actividad fuese compatible con el estado de salud del pensionista ex art. 141 LGSS<sup>58</sup>. En todo caso, al igual que en la pensión de jubilación ordinaria se establece la incompatibilidad de la percepción de ambas pensiones. En efecto, es jurisprudencia reiterada que el trabajador no puede acceder a dos pensiones de jubilación e incapacidad permanente en el mismo régimen.

---

a la prestación por desempleo causada por la extinción del trabajo que ha padecido la reducción de jornada (art. 18 RD 1131/2002). Ya en la normativa anterior la doctrina entendía que existía compatibilidad. Cfr. LÓPEZ CUMBRE, L., «Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo», *Tribuna Social*, núm. 85, 1998, pág. 68.

<sup>58</sup> Vid. una interpretación proclive a la compatibilidad del trabajo con la pensión de invalidez en cualquiera de sus grados y sea o no la prestación contributiva en FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, ed. Aranzadi, 2002, pág. 461 y ss.

Tampoco es compatible con la pensión de incapacidad permanente total para el trabajo que se preste en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial. Sensus contrario, se entiende que la jubilación parcial es acumulable la pensión de incapacidad permanente total derivada de trabajos distintos del que dio lugar a la misma. Esta posibilidad de acumular las dos pensiones es coherente en tanto que esta pensión de incapacidad permanente total es compatible con otros trabajos y, en consecuencia, también habría de ser compatible con una prestación que viene a sustituir el salario perdido como consecuencia de la reducción de jornada<sup>59</sup>. Ahora bien, una vez el trabajador acceda a la jubilación plena no es posible tal compatibilidad y el trabajador deberá optar por la prestación que más le interese.

#### D. *Dinámica de la pensión de jubilación parcial*

Los efectos económicos surgen al día siguiente del hecho causante — el cese parcial en el trabajo— siempre que la solicitud se presente hasta los tres meses posteriores a dicho cese.

Se suprimen la causas de extinción por cumplimiento de 65 años o transcurridos cinco años desde el momento del hecho causante. La situación de jubilación parcial ya no tiene el límite temporal de cinco años si no que puede alargarse de forma indefinida y mientras tanto el trabajador cobrará la pensión de jubilación parcial. Es más el cobro anticipado de la pensión con esta nueva regulación se puede alargar a más de cinco años para el caso de que el trabajador haya accedido a una edad real inferior a los 60 años con la aplicación de las correspondientes bonificaciones o reducciones de edad en el régimen que le sea aplicable.

La causa de extinción más frecuente será el acceso a la jubilación por cumplir los 65 años o bien a cualquier supuesto de jubilación anticipada (art. 16 RD 1131/2002).

Cuando el trabajador tenga derecho a prestación por desempleo derivado de trabajo a tiempo parcial compatible con la jubilación parcial o con otras prestaciones sustitutivas de las retribuciones percibidas por aquel, la pensión de jubilación parcial se extinguirá cuando finalicen dichas prestaciones. Pese a que se refiere a prestaciones sustitutivas del salario podría aplicarse esta disposición a los subsidios de desempleo aunque con mayores dudas para el subsidio de mayores de 52 años.

<sup>59</sup> Así, PANIZO ROBLES, J.A., «La nueva regulación de la jubilación parcial...», *op. cit.*, pág. 81, quien entiende que tal compatibilidad es posible con la pensión de incapacidad permanente total causada con anterioridad a la jubilación.



Cuando el trabajador jubilado parcial sea despedido y tal despido se declare improcedente se mantendrá el derecho a la jubilación parcial. El trabajador previsiblemente accederá a la prestación por desempleo y la condición de jubilado parcialmente se extinguirá con la finalización de dicho contrato.

Si una vez extinguido el contrato a tiempo parcial el trabajador encontrase un nuevo trabajo con anterioridad al agotamiento de la prestación por desempleo podría recuperar la pensión de jubilación parcial<sup>60</sup>.

E. *Cálculo de la pensión de jubilación plena y de otras pensiones causadas durante la jubilación parcial*

Cuando el trabajador accede a la *jubilación plena* una serie de cautelas le garantizan que la reducción de la jornada no va incidir negativamente en el cálculo de su pensión como si ocurriría en una modalidad de contrato a tiempo parcial ordinario. En la nueva normativa, sin embargo, se establecen regímenes distintos según se halla simultaneado o no la jubilación parcial con un contrato de relevo de manera que los beneficios siguen siendo máximos para los supuestos en que haya habido reparto de trabajo mientras que las reglas no son tan beneficiosas para calcular los períodos en los que no hay un trabajador relevista (art. 18 RD 1131/2002).

Para determinar la base reguladora las bases de cotización correspondientes a períodos en los que ha habido un contrato de relevo simultáneo se incrementarán hasta el 100 % de las bases que se hubiesen calculado tomando como referencia la jornada anteriormente desarrollada. Es posible, por tanto, que el 100 % de las bases de cotización tomen como referencia un trabajo previo a tiempo parcial.

Esta misma regla se aplica cuando la pensión de jubilación se acumule con una prestación de desempleo compatible o con otras prestaciones compatibles sustitutorias del trabajo a tiempo parcial, eso sí, durante periodos en que se simultanee el contrato de relevo. Como excepción, la elevación de bases de cotización se produce sólo hasta el momento en que se declare un despido procedente.

Para los períodos en los que no hay superposición se permite optar al trabajador entre tomar en consideración las cotizaciones en situación de jubilación parcial o bien retrotraer el cálculo hasta la fecha en que se extinguió la pensión o se dejó de aplicar el beneficio del incremento del 100 % de la base de cotización.

<sup>60</sup> GARRIDO PÉREZ, E., «Contrato...», *op. cit.*, pág. 78.

Respecto de las pensiones que cubren las contingencias de fallecimiento o de incapacidad permanente absoluta, gran invalidez o total se aplicarán las mismas reglas de cálculo en función de si existen o no períodos de superposición (art. 15 RD 1131/2002).

En cambio, para calcular las prestaciones que pueden compatibilizarse con la jubilación parcial se toman las bases de cotización vertidas durante el período de jubilación parcial.

#### 4.2. La jubilación parcial autónoma

La jubilación parcial autónoma tiene muchos elementos comunes con la jubilación parcial anticipada pero como diferencia básica su acceso no está condicionado a un contrato de relevo.

Incluso es potestativa la continuidad del contrato temporal de relevo cuando el trabajador jubilado parcial continúa en situación de jubilación parcial cumplidos los 65 años. De celebrarse el contrato de relevo, el régimen sería más beneficioso en cuanto al cálculo del pensión de jubilación plena y otras pensiones pero tal circunstancia dependerá de la voluntad del empresario.

En caso de celebración de un contrato de relevo dicha figura no tiene desarrollo reglamentario y quedan pendientes algunas lagunas normativas: no se dice nada sobre si sigue siendo necesaria la simultaneidad de la celebración del contrato de relevo con el acceso a la jubilación parcial pero se sobreentiende que no es necesaria tal coincidencia en el tiempo.

En cuanto a las diferencias básicas respecto a la jubilación laboral clásica en aspectos laborales, cabe remarcar la exigencia de 65 años reales para que sea potestativa la celebración del contrato de relevo (art. 10.1 b) RD 1131/2002). De celebrarse este contrato el empresario ya no tiene la obligación de mantener al trabajador relevista durante todo el tiempo que dure la jubilación parcial. En consecuencia, no le son aplicables al empresario las reglas para cubrir la jornada vacante por reducción progresiva de la jornada o la extinción de la relación laboral del jubilado parcial. Por lo que también se establece la concesión automática del incremento de la pensión en proporción a la reducción progresiva de la jornada del trabajador jubilado parcial, haya o no sustitución por el trabajador relevista.

En relación a las diferencias en materia de Seguridad Social, no hay ninguna reseñable en lo que es el cálculo y régimen de suspensión, extinción y compatibilidades.

Sí que hay diferencias notables ya especificadas en relación al cálculo de la pensión de la jubilación plena así como de otras pensiones que sobrevenga durante la situación de la jubilación parcial. Esencialmente en estos casos no se aplica el beneficio de la elevación hasta el 100 % de las bases



de cotización pero sí que realiza una fórmula de cálculo más beneficiosa que quienes se jubilen después de haber realizado un trabajo a tiempo parcial.

Para determinar el porcentaje se aplicarán las reglas específicas del trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, el RD 1131/2002 no permite la aplicación del coeficiente adicional del 2% previsto para quienes tengan 65 años y tuvieran acreditados 35 años de cotización, conforme el art. 163.2 LGSS. Igualmente este beneficio no se reconoce para quienes opten por trabajar a tiempo parcial una vez jubilados, es decir, la llamada jubilación parcial sobrevenida. Esta exclusión reglamentaria en desarrollo del art. 163.2 LGSS podría calificarse de *ultra vires*.

#### 4.3. Jubilación parcial sobrevenida

Regulada en el RD 1132/2002, los destinatarios de la jubilación parcial sobrevenida —denominada por el legislador «jubilación flexible»— ya tienen la condición de pensionistas. En realidad, no se trata de una modalidad de jubilación en sí misma puesto que la propia jubilación del trabajador, sea del tipo que sea, es la situación de partida. Son, en definitiva, reglas de compatibilidad que regulan la reducción parcial de la pensión de jubilación ante la realización de actividades a tiempo parcial <sup>61</sup>.

Se aplica a quienes se jubilen en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, a excepción de los regímenes especiales de funcionarios. Para que se aplique la regla de compatibilidad el trabajador debe haber reducido su jornada entre un 25 y un 85%, al igual que en la jubilación parcial. Para la reducción de jornada se toma como referencia la de un trabajador a tiempo completo comparable.

El régimen de la jubilación parcial sobrevenida no es aplicable a la reducción de jornada que no se realice dentro de estos parámetros. En este caso, la realización de la actividad profesional dará lugar a la suspensión total de la pensión de jubilación en aplicación de la regla prevista en el art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1967 <sup>62</sup>.

<sup>61</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «La flexibilidad de la edad de jubilación (y III): jubilación autónoma y gradual», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2003, pág. 16.

<sup>62</sup> Esta estricta regla implicaba la declaración de incompatibilidad de la pensión con todo tipo de trabajo, independientemente de su entidad y con la consiguiente suspensión de su cobro. Había compatibilidad en los supuestos en que la actividad no daba lugar a la inclusión en el sistema de la Seguridad Social, como podía ser la realización de trabajos familiares (art. 1.3 e) ET) o bien cuando la opción contemplada en la Dispón. Adic. 15.ª de la Ley 30/1995 se ejercite a favor de mantenerse o adscribirse a la Mutualidad de un colegio profesional. BARRIOS BAUDOR, G., SEMPERE NAVARRO, V., *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, ed. Aranzadi, 2000, pág. 179.

El trabajo a tiempo parcial debe ser por cuenta ajena según lo regulado en el art. 12.1 ET con lo que la compatibilidad de la pensión no será posible con actividades a tiempo parcial por cuenta propia.

El art. 165 LGSS señala que la pensión de jubilación disminuirá en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista. No se prevé ningún importe mínimo como en la jubilación ni la posibilidad de variar la pensión en función de la reducción de jornada.

Aunque nada diga el reglamento, entiendo que sería posible la realización de varias actividades a tiempo parcial en régimen de pluriactividad o pluriempleo; siempre dentro del margen previsto de reducción de jornada.

Salvo excepciones, se mantiene la regla de incompatibilidad entre pensiones del Régimen General. Así, la pensión de jubilación es incompatible con las pensiones de incapacidad permanente que deriven de una actividad desarrollada con posterioridad al reconocimiento de la jubilación.

Es posible que el pensionista de jubilación pueda acceder a una pensión de invalidez si no supera la edad de 65 años e igualmente si supera dicha edad siempre que tenga su origen en riesgos profesionales. En todo caso, el pensionista deberá de optar por alguna de estas prestaciones.

En cambio, la pensión de jubilación sobrevenida sí que es compatible con la prestación de incapacidad temporal o el subsidio de maternidad que deriven la actividad a tiempo parcial. No es posible compatibilizar la pensión de jubilación parcial sobrevenida con la prestación de desempleo de manera que una vez se extinga la relación laboral el pensionista vuelve a su condición de jubilado pleno.

Las cotizaciones vertidas por la nueva actividad pueden ser tenidas en cuenta para mejorar la base reguladora y el porcentaje de la pensión. A no ser que resulte una base reguladora inferior a la calculada, se pueden tomar en consideración las bases de cotización por su trabajo a tiempo parcial para recalcular la base reguladora<sup>63</sup>. Por tanto, como novedad respecto a la normativa anterior se permite recalcular la base reguladora siempre, eso sí, que al pensionista le resulte más beneficioso tener en cuenta las últimas cotizaciones.

Se actualiza también el porcentaje aplicable a la base reguladora aplicándose las mismas reglas que para el trabajo a tiempo parcial. Las nuevas cotizaciones podrán disminuir o suprimir, en su caso, los coeficientes reductores por modalidad de jubilación anticipada.

<sup>63</sup> Ahora bien, el reglamento no especifica si las cotizaciones correspondientes al trabajo a tiempo parcial se suman a la base reguladora que sirvió para calcular la pensión o bien se toman exclusivamente las correspondientes al trabajo a tiempo parcial. LÓPEZ GANDÍA, J., «La jubilación gradual, flexible y anticipada tras las reformas del 2002 (Ley 35/2002 y RRDD 1131 y 1132/2002, de 31 de octubre)», *Tribuna Social*, núm. 152-153, 2003, pág. 11.



El Real Decreto no regula la situación de suspensión total de la pensión por la realización de una actividad profesional del pensionista que todavía sigue regulada en la Orden de 18 de enero de 1967<sup>64</sup>. De esta situación el RD 1132/2002 únicamente regula la previsión del reconocimiento del 2 % adicional y la posibilidad de reducir o suprimir los coeficientes reductores.

El Real Decreto no menciona si en la situación de suspensión total de la jubilación le es aplicable la posibilidad de recalcular la base reguladora conforme a las nuevas cotizaciones. En principio, debe realizarse una interpretación integradora y entender que esta posibilidad también se extiende a estos supuestos.

#### 4.4. La jubilación parcial vertical

Se presenta cuando el trabajador realiza la jornada concentrada sólo en unos días a la semana, unas semanas al mes o unos meses al año. Serían supuestos de trabajo a tiempo parcial que estarían dentro de los límites del 25 % y 85 %.

La jubilación parcial vertical consiste en trabajar unos meses al año, como trabajo fijo discontinuo. Este tipo de trabajo a tiempo parcial no está previsto en ninguna de las modalidades de jubilación parcial.

El trabajo fijo discontinuo presenta una serie de peculiaridades en la Seguridad Social en relación a las obligaciones de alta, cotizaciones, cálculo y dinámica de la prestación.

No habría inconveniente en considerar al trabajo fijo discontinuo como trabajo a tiempo parcial que da lugar a la reducción de jornada del jubilado parcial. Y ello podría darse también cuando el trabajador ya fuese fijo discontinuo y hubiese un pacto de reducción de jornada para acceder a la jubilación parcial. Por tanto, la jubilación parcial vertical podría regirse por lo previsto para la jubilación parcial clásica y autónoma. Sólo habría una salvedad: el trabajo fijo discontinuo tal como se entiende tras la última reforma, es decir, aquel que no se repite en fechas fijas no está regulado por el art. 12 ET sino por el art. 15.8 ET, difícilmente puede amoldarse a la jubilación parcial ya que el trabajo fijo discontinuo viene determinado por la naturaleza de temporada de la actividad y no por la voluntariedad de los sujetos.

<sup>64</sup> Ante la falta de habilitación legal no se han unificado los dos regímenes por el Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, si bien no ha faltado algún intento de cubrir esa omisión normativa en el proceso de elaboración del reglamento. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La flexibilidad de la edad...», *op. cit.*, pág. 18.

De hecho algún autor<sup>65</sup>, descarta cualquier asimilación del trabajo fijo discontinuo con la jubilación parcial que se realiza concentrado la actividad en determinados períodos al año.

El Real Decreto 1131/2002 sólo contempla la modalidad horizontal por lo que habrá que adaptar en lo posible las reglas a este supuesto. A efectos de cotización, este mismo Decreto ha previsto nuevas reglas para los supuestos en que se pacte realizar trabajos concentrados en determinados períodos del año. Básicamente estas nuevas reglas obligan a que la cotización se calcule sobre la totalidad de las remuneraciones previstas ese año y que tal importe se prorratee en el período previsto teniendo en cuenta que la base de cotización no puede ser en ningún caso inferior a la base mínima vigente para los contratos a tiempo parcial. En atención a estas reglas, podría deducirse respecto de la jubilación parcial que el devengo de la prestación sería mensual incluso en los períodos de inactividad pues la reducción de jornada se habría calculado globalmente conforme a la reducción de la jornada anual prevista.

En el caso de la jubilación parcial sobrevenida es más que dudoso que este régimen pueda ser aplicable al trabajo fijo discontinuo. Probablemente simplemente al trabajador se le suspenderá el cobro en la época en que realice la actividad concentrada en unos meses al año. La escueta regulación de esta figura no permite adivinarlo.

## 5. LA JUBILACIÓN PARCIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRAS LA REFORMA DE 2001

El legislador llama en el art. 12.6 ET a la negociación colectiva para que impulse la celebración del contrato de relevo. En general, en correspondencia con su escasa utilización, ha tenido poco eco en la negociación colectiva la regulación de la jubilación parcial y con ella del contrato de relevo. Por otro lado, los pocos convenios que se han ocupado de regular la jubilación parcial o el contrato de relevo no han añadido nuevos aspectos a la regulación normativa<sup>66</sup> pese a que son numerosos los aspectos que la negociación colectiva podría desarrollar como serían los de pactar contratos de relevo de duración determinada o prórrogas más amplias, el establecimiento mínimo de salario independientemente de la entidad de reducción de la jornada, etc.

<sup>65</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., *La jubilación parcial*, op. cit., pág. 40.

<sup>66</sup> Vid. un examen reciente de la regulación convencional sobre este punto en GETE CASTRILLO, P., *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, 2001, pág. 124.

A pesar de que se aprecia una atonía generalizada en la regulación de este punto, sí que puede hablarse de un cierto repunte de la presencia de esta figura en los Convenios Colectivos. El porqué de este repentino interés de las partes sociales por la jubilación parcial se entiende mejor al constatarse que la mayoría de estos convenios se aprovechan de las ventajas de flexibilidad que proporciona la nueva regulación: son muchas las empresas que tras la reforma prevén que el trabajador jubilado parcial realice sólo el 15 % de la jornada anterior a la jubilación parcial y que lo haga de forma concentrada y a jornada completa en un período o varios al año<sup>67</sup>. En estos casos la mayoría de Convenios Colectivos consultados dejan al arbitrio de la empresa la fijación del momento en que tales periodos de actividad van a ser desarrollados por el trabajador quien debe ser avisado con cierta antelación. Se observa que las facilidades que se dan al trabajador jubilado parcial son muchas mientras que la empresa asume un mínimo coste en estas situaciones. Incluso algún convenio prevé que la realización del 15 % de la jornada se haga en el tiempo inmediatamente posterior a la jubilación parcial<sup>68</sup>. Aunque excepcionalmente, más de un Convenio Colecti-

<sup>67</sup> Sin ánimo de ser exhaustivos: Convenio Colectivo de Corporación Empresarial Roca, SA (BOE de 22 de marzo de 2005), Convenio Colectivo de Cía de Tranvía de San Sebastián (BO guipúzcoa de 22 de febrero de 2002), Convenio Colectivo de Clece Irun (BO guipúzcoa de 21 de abril de 2004), Convenio Colectivo de Saint-Gobain Cristalería, S.A (BOE de 7 mayo de 2004), Convenio Colectivo de Garajes, Aparcamientos y Estaciones de Lavado y engrase de Alicante (BO. Alicante de 28 de agosto de 2004), Convenio Colectivo del sector de limpieza pública viaria Madrid Capital (B.O. Madrid de 24 de agosto de 2004), Convenio Colectivo de Talleres de Reparación de Automóvil (BO. Principado de Asturias de 2 de agosto de 2004), Convenio Colectivo de la industria siderometalúrgica de Burgos (BO Burgos de 13 de julio de 2004), Convenio Colectivo de agencias de transportes de Sevilla (BO. Sevilla de 25 de noviembre de 2004), Convenio Colectivo de transporte terrestre de mercancías de Las Palmas (BO. Las Palmas de 2 de marzo de 2005), Convenio Colectivo del sector de centro de la tercera edad de Vizcaya (BO Vizcaya de 11 de julio de 2003), Convenio Colectivo de «Victorio Luzuriaga-Tafalla, SA» (BO. Navarra de 3 de agosto de 2005), Convenio Colectivo de CEPSA, SA (BOE de 19 de febrero de 2004), Convenio Colectivo de Faurecia Automotive, SA (BO Orense de 30 de mayo de 2005), Convenio Colectivo de Clima Roca York, SL (BOE de 8 de septiembre de 2005), Convenio Colectivo de Arteixo Telecom, SA (BOE de 23 de julio de 2005), Convenio Colectivo de DOMAR, SA (BOE de 30 de noviembre de 2004), Convenio Colectivo de Renault España, SA (BOE de 6 de julio de 2004), Convenio Colectivo de la empresa Michelfín España-Portugal (BOE de 11 de octubre de 2004), Convenio Colectivo de la Compañía Internacional de Coches-Camas y de Turismos, SA (BOE de 20 de mayo de 2005), Convenio Colectivo para el personal del Canal Isabel II (BOE de 16 de febrero de 2005), Convenio Colectivo de Bridgestone Hispania, SA (BOE de 26 de agosto de 2005).

<sup>68</sup> Por ejemplo, Convenio Colectivo de la industria siderometalúrgica de Burgos (BO Burgos de 13 de julio de 2004), Convenio Colectivo de «Victorio Luzuriaga-Tafalla, SA» (BO. Navarra de 3 de agosto de 2005), Convenio Colectivo de Arteixo Telecom, SA (BOE de 23 de julio de 2005).

vo<sup>69</sup> llega a reconocer «un permiso retribuido equivalente al 15 % de la jornada» por lo que ni siquiera tal jornada llegará a ser efectiva. Otras veces se facilita el acceso a la jubilación total desde la parcial a través de la jubilación especial a los 64 años prevista en el RD 1194/1985, de 17 de julio<sup>70</sup>.

La fijación del momento del pago de la retribución por estos períodos de jornada efectiva varía en estos Convenios entre la opción de concentrar el pago coincidiendo con los momentos de actividad o bien de distribuirlo a lo largo del año. Sea cual sea la opción elegida la empresa debe cotizar mensualmente, tal como exigen las nuevas reglas arriba comentadas, prorrateando el importe anual de la retribución.

Se observa que estas prácticas, como más adelante se señala, lejos de promover la progresividad en el retiro vuelven a emplear la jubilación parcial como una herramienta de política empleo. Y si bien este objetivo no es contrario a la finalidad pretendida por el legislador con esta figura sí que lo son, por contra, las situaciones abusivas que permiten la práctica jubilación total del trabajador a los sesenta años corriendo a cargo la Seguridad Social con los costes de esta jubilación anticipada.

Por otra parte, los Convenios Colectivos consultados no solo omiten cualquier referencia a la jubilación parcial autónoma como fórmula de prolongación de la vida activa sino que la mayoría de ellos establecen la jubilación forzosa de los trabajadores en situación de jubilación parcial cuando cumplan los 65 años<sup>71</sup>. No hay que olvidar que después de la aprobación de la Ley 14/2005 esta práctica negocial ha dejado de ser controvertida.

<sup>69</sup> Vid. Convenio Colectivo de agencias de transportes de Sevilla (BO. Sevilla de 25 de noviembre de 2004), Convenio Colectivo de «Victorio Luzuriaga-Tafalla, SA» (BO. Navarra de 3 de agosto de 2005), Colectivo de Faurecia Automotive, SA (BO Orense de 30 de mayo de 2005), Convenio Colectivo de la Compañía Internacional de Coches-Camas y de Turismos, SA (BOE de 20 de mayo de 2005), Convenio Colectivo de la empresa Michelin España-Portugal (BOE de 11 de octubre de 2004), Convenio Colectivo de Fertiberia, SA (BOE de 18 de octubre de 2004).

<sup>70</sup> Así, por ejemplo, el Convenio Colectivo de la Compañía Internacional de Coches-Camas y de Turismos, SA (BOE de 20 de mayo de 2005).

<sup>71</sup> Así, de forma expresa, entre otros: Convenio Colectivo de Corporación Empresarial Roca, SA (BOE de 22 de marzo de 2005), Convenio Colectivo del sector de limpieza pública viaria Madrid Capital (B.O. Madrid de 24 de agosto de 2004), Convenio Colectivo de agencias de transportes de Sevilla (BO. Sevilla de 25 de noviembre de 2004), Convenio Colectivo de transporte terrestre de mercancías de Las Palmas (BO. Las Palmas de 2 de marzo de 2005), Convenio Colectivo del sector de centro de la tercera edad de Vizcaya (BO Vizcaya de 11 de julio de 2003), Convenio Colectivo de CEPESA, SA (BOE de 19 de febrero de 2004), Convenio Colectivo de Faurecia Automotive, SA (BO Orense de 30 de mayo de 2005), Convenio Colectivo de Clima Roca York, SL (BOE de 8 de septiembre de 2005), Convenio Colectivo de DOMAR, SA (BOE de 30 de noviembre de 2004), Convenio Colectivo de Renault España, SA (BOE de 6 de julio de 2004), Convenio Colectivo de la empresa Michelin España-Portugal



Por lo demás, los Convenios Colectivos revisados no establecen previsiones específicas para los supuestos de jubilación parcial autónoma y se remiten a lo previsto en la Ley.

## 6. INCENTIVOS Y DESINCENTIVOS DE LA JUBILACIÓN PARCIAL

La casi nula aplicación de la figura de la jubilación parcial probablemente se deba a que no despierta el interés del empresario ni tampoco del trabajador. Para el empresario el recurso a esta figura supone una mayor complejidad administrativa y el aumento de costes fijos por un mismo puesto de trabajo. Tampoco la jubilación parcial parece despertar gran interés en el trabajador pues esta figura compite con otras formas de jubilación anticipada que ofrecen el cese total en el trabajo. Examinaremos a continuación cuáles son los incentivos que ofrece la nueva regulación.

Desde el punto de vista del trabajador, la jubilación le permite graduar con flexibilidad el retiro progresivo dentro de unos límites amplios y con la posibilidad de pactar reducciones de jornada progresivas. Como novedad también pueden acceder a la jubilación parcial el colectivo de los trabajadores a tiempo parcial.

En relación a los incentivos económicos, la jubilación parcial se sigue calculando conforme a la reducción de jornada y sin tener en cuenta la reducción de ingresos.

Se mantiene la garantía de que la reducción de jornada no menoscabará la futura pensión de jubilación plena a través de ficción de al 100 % de las cotizaciones como si tal reducción de jornada no hubiese tenido lugar. Ahora bien, este beneficio sólo se aplicará cuando existe simultaneidad con el contrato de relevo. Lo cierto es que, no existiendo la simultaneidad citada, a efectos de la base reguladora se permite optar entre tomar en consideración o bien ignorar las últimas cotizaciones en situación de jubilación parcial siendo esta regla más beneficiosa para el jubilado parcial que las que se aplican al trabajo a tiempo parcial ordinario.

Se aplican, eso sí, los incentivos por la permanencia en activo del trabajador de la Ley 35/2002 de manera que si el jubilado parcial que tenga 65 años cumple los requisitos puede beneficiarse de una exención casi total en

---

(BOE de 11 de octubre de 2004), Convenio Colectivo de la Compañía Internacional de Coches-Camas y de Turismos, SA (BOE de 20 de mayo de 2005), Convenio Colectivo para el personal del Canal Isabel II (BOE de 16 de febrero de 2005), Convenio Colectivo de Fertiberia, SA (BOE de 18 de octubre de 2004).

el pago de las cuotas. Sin embargo, el RD 1131/2002 excluye expresamente al jubilado parcial del beneficio que permite rebasar el 100 % del porcentaje aplicable a la base regulador con un 2 % adicional por año trabajado lo que sin duda es una extralimitación reglamentaria en el desarrollo del art. 163.2 LGSS.

En general, las condiciones resultan interesantes si bien el trabajador hasta ahora ha mostrado preferencia por la jubilación plena, muchas veces anticipada. A diferencia de otras modalidades de jubilación anticipada, en la jubilación parcial no se aplican coeficientes reductores.

Desde la perspectiva empresarial, quizá la mayor resistencia a esta figura se debe a la necesaria contratación de un relevista y en esto no ha cambiado la denominada jubilación parcial clásica. Las reformas han ido flexibilizando el contrato de relevo y como novedad ahora el empresario puede contratar a un trabajador temporal contratado por la empresa. No se entiende por qué la normativa se ha circunscrito a los trabajadores temporales y no, en cambio, a los trabajadores a tiempo parcial sea cual sea la duración de su contrato.

En todo caso, se han introducido incentivos económicos hasta ahora inexistentes como es la posibilidad de bonificaciones por el contrato de relevo de duración indefinida o la exoneración de cotizaciones para trabajadores de edad madura.

Siguen subsistiendo prejuicios empresariales hacia los trabajadores de edad madura y, en este sentido, ya algún autor ha advertido como contrario al interés empresarial el hecho que la jubilación parcial pase de durar cinco años a la posibilidad que tenga carácter indefinido.

Las ventajas para empresario y trabajadores deben valorarse positivamente pero desde el punto de vista del interés general debemos preguntarnos si tiene razón de ser esta figura para la Seguridad Social.

En este sentido, la jubilación parcial clásica sigue siendo una figura de lujo<sup>72</sup> frente a otras posibilidades de jubilación anticipada pero su uso sigue estando fuertemente condicionado por la necesaria celebración de un contrato de relevo. Este es un ejemplo, en todo caso, del tratamiento económico dispar que reciben las distintas modalidades de jubilación. También esta regulación da un trato privilegiado a los jubilados parciales frente a quienes se jubilan habiendo realizado un trabajo a tiempo parcial. Este trato de mayor privilegio se concede a cambio de la creación de empleo pero no se

<sup>72</sup> Así, en opinión PEDRAJAS MORENO, A., «Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y contrato de relevo», (coords. CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E., VALDÉS DAL-RE, F.), *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, ed. Lex Nova, 2000, pág. 210, dicha medida «sólo sería explicable en tiempos de superávit en las finanzas del sistema».



ve correspondido en cuanto a los resultados. Ni siguiera la normativa garantiza una contratación estable.

Con la reforma del 2001 el coste de esta figura se acrecienta de forma notable: el jubilado puede permanecer de forma indefinida en esta figura lo que supone un mayor gasto y por otro lado desde el año 2002 se ha introducido la exoneración de cotizaciones para trabajadores con sesenta y cinco años y treinta y cinco años cotizados y bonificaciones a la contratación de trabajadores de 60 años<sup>73</sup>. El contrato de relevo por tiempo indefinido o bien su conversión de temporal a indefinido también se beneficia de las bonificaciones previstas en los programas anuales de fomento de empleo.

En general, este trato privilegiado no tiene razón de ser si vemos que la anticipación, aunque sea parcial, hoy en día no tiene predicamento y el empleo que se crea no es un empleo estable<sup>74</sup>. A ello debemos añadir que en los últimos tiempos empresarios y representantes de los trabajadores vienen utilizando esta modalidad de jubilación de forma abusiva (vid. supra). Así, muchas empresas negocian reemplazar la plantilla de los trabajadores mayores de 60 años por trabajadores relevistas jubilándolos parcialmente de forma anticipada de manera que éstos hasta su plena jubilación realizan un 15 % de la jornada anual que se concentra en uno o varios períodos al año. Corresponde a la Seguridad Social pagar, entonces, durante como mínimo cinco años el 85 % de la pensión de jubilación y completar las bases reguladoras hasta llegar a un 100 % a la hora de calcular la pensión de jubilación plena. Vemos que por esta vía, las empresas, con el consentimiento de los trabajadores implicados, gravan de nuevo a la Seguridad Social sus políticas de rejuvenecimiento de plantilla<sup>75</sup>.

En cambio, entiendo que la jubilación parcial autónoma sí que se enmarca dentro de las medidas con que el legislador pretende incentivar la permanencia en activo de los trabajadores en edad de jubilación.

En este sentido, deberá valorarse positivamente la introducción de la jubilación parcial autónoma y la jubilación parcial sobrevenida pues ambas novedades se insertan en la línea de promover la permanencia en activo del los trabajadores en edad de jubilarse. Si bien, en general, la idea de posponer el retiro pese a los incentivos económicos no interesará a quienes realicen trabajos poco cualificados o mal retribuidos.

<sup>73</sup> Se reconocen bonificaciones a los trabajadores mayores de 60 años que tengan concertados contratos de carácter indefinido y con una antigüedad en la empresa de cinco años (art. 44.tres. 8 Ley 62/2003, de 30 de diciembre). Además se establece la exoneración en la cotización de los trabajadores de 65 años que reúnan 35 años cotizados (art. 112 bis LGSS).

<sup>74</sup> MALDONADO MOLINA, J.A., *La protección...*, op. cit., pág. 237.

<sup>75</sup> La Secretaría de Estado de la Seguridad Social ha estimado que la jubilación parcial a partir de 60 años si cuesta con la máxima reducción de jornada una media de 100.000 euros por trabajador. «Cinco días», 15 de junio de 2005.

En todo caso el desarrollo normativo de los Reales Decretos 1131 y 1132/2002 ofrece una regulación excesivamente detallada en algunos aspectos y, en cambio, ofrece importantes lagunas en otros. Esto se hace evidente en la ausencia de un desarrollo reglamentario del nuevo régimen del contrato de relevo recogido en el art. 12 ET. Además, el Real Decreto 1132/2002 ofrece una regulación incompleta de la jubilación parcial sobrevenida al no especificarse si se garantiza un importe mínimo ni si existe la posibilidad de adaptar la pensión a futuros aumentos y reducciones de jornada. Por otra parte, el supuesto de que la actividad profesional del pensionista provoque la suspensión total del percibo de la pensión de jubilación se regula todavía en la Orden de 18 de enero de 1967 por lo que se echa en falta una regulación unitaria. Ni siquiera se aclara si a este supuesto le es extensible la posibilidad de recalcular la base reguladora en atención a las nuevas cotizaciones.

Por otro lado, existen otras deficiencias como son: la no aplicación del 2% adicional por año trabajado sobre el 100 % del porcentaje cumplidos los requisitos del art. 163.2 y, sobre todo, se echa en falta una regulación integral de la jubilación parcial vertical cuando se trata de supuestos que se pueden dar con mucha habitualidad en la práctica.

Pero quizá la crítica de mayor entidad deriva de la no inclusión en ninguna modalidad de jubilación parcial de la realización de actividades por cuenta propia con dedicación parcial. Se ha hecho caso omiso de la LGSS cuando señala podrán beneficiarse de la jubilación parcial los trabajadores por cuenta propia incluidos en los regímenes especiales de trabajadores del mar, agrario y de trabajadores autónomos (disp. adic. octava LGSS) por lo que sin duda se ha pasado de largo esta oportunidad.

Con todo, la reforma del régimen de jubilación merece valorarse positivamente en tanto que supone una mayor apertura de la pensión de jubilación al trabajo, en la línea de promover la vida activa de las personas en edad de jubilación. A la vez, la generalización de la pensión de jubilación parcial altera la definición de la contingencia de jubilación en nuestro ordenamiento de manera que ya no se pueden entender como requisitos necesario en todos los supuestos de jubilación el cese total en el trabajo.

Se trata éste de un cambio que altera la fisonomía de la contingencia de jubilación y cuya introducción viene apoyada en la orientación dada a las políticas coordinadas de empleo y de pensiones por la Unión Europea de flexibilizar las condiciones de jubilación y de fomentar la permanencia en activa de los trabajadores en edad de jubilación.

La introducción de las nuevas posibilidades de jubilación parcial transforman la contingencia de la jubilación en nuestro ordenamiento que ya no se identifica con el cese total en el trabajo. Las posibilidades de combinar la pensión de jubilación con una actividad profesional se multiplican de manera que se difumina lo que era una separación clara entre el trabajo y el



retiro. El régimen de jubilación ha elevado el grado de flexibilidad en relación a las notas de progresividad y de reversibilidad en el estatus de trabajador y pensionista.

Se trata de una transformación desde dentro y en profundidad, de la configuración de una contingencia que forma parte de la acción protectora de la Seguridad Social donde el objetivo de separar, a través de la fijación de una edad pensionable<sup>76</sup>, la frontera entre activos y no activos se diluye.

<sup>76</sup> En este sentido, la expresión «edad pensionable» hace referencia no a la fijación de la edad de vejez sino a la edad que con el consenso de la sociedad se entiende la separación entre las personas laboralmente activas y las que no lo son. Cfr. CAMOS VICTORIA, I., *Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación*, ed. Tirant-lo-blanch, 2003, pág. 65.





2

---

# Mercado de Trabajo







# INFORME TRIMESTRAL SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (Segundo Trimestre) \*

SANTOS M. RUESGA BENITO

*Catedrático de Economía Aplicada*

Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

*Catedrático E.U. de Economía Aplicada*

Universidad de Sevilla

CARLOS RESA NESTARES

*Profesor de Economía Política*

Universidad Autónoma de Madrid

## EXTRACTO

La economía española mantuvo en los últimos tiempos su senda someramente ascendente. En el segundo trimestre de 2005 el crecimiento económico se elevó en una décima hasta el 3,4 por ciento. Durante el último año, cada nuevo trimestre ha conllevado una aceleración de una décima en el crecimiento económico. Con este último salto se alcanza ritmo de crecimiento que no se recordaba desde 2001, pero con ello no se aminora el tamaño creciente de las amenazas sobre la economía española, en particular del sector exterior, que el mercado de trabajo o bien tendrá que solventar con fuertes crecimientos de la productividad laboral y la competitividad o bien tendrá que sufrir en forma de fuertes reducciones en los niveles de empleo para reacomodar el conjunto de la economía a su situación en el contexto internacional.

La demanda interna continúa sosteniendo por sí sola el crecimiento económico español, dado que el sector exterior sigue retrayendo más de dos puntos porcentuales al crecimiento. Esta circunstancia, aparte de constituirse en el reto económico de mayor dimensión, está a punto de alcanzar el carácter de crónico. En el pasado, tamaño desbarajuste suponía una devaluación de la peseta. En la actualidad la diminuta reponderación del euro y el hecho de que dos terceras partes del comercio exterior de España se realicen con la zona euro no suponen gran ayuda para la reconfiguración del panorama macroeconómico en lo que se refiere al sector exterior.

\* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles en octubre de 2005.

## INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. SEGUNDO TRIMESTRE 2005

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA <sup>(*)</sup>	VB <sup>(*)</sup>	Dato	VA <sup>(*)</sup>	VB <sup>(*)</sup>
<b>I. MERCADO DE TRABAJO</b>								
Población activa	Miles	2.º Trim. 05	20.840	+1,2	+3,7	3.416	+1,2	+3,3
Tasa de actividad	Porcentaje	2.º Trim. 05	57,35	+0,8	+2,0	54,13	+0,7	+1,5
Hombres	..	..	68,71	+0,4	+1,1	67,23	+0,6	+0,7
Mujeres	..	..	46,49	+1,3	+3,2	41,56	+0,8	+2,7
16-19 años	..	..	29,29	+9,3	+19,0	31,58	+8,3	+17,8
20-24 años	..	..	66,43	+0,9	+3,5	63,94	-1,0	+2,6
25-54 años	..	..	80,93	+0,4	+0,6	74,70	+0,7	+0,0
Más de 55 años	..	..	19,11	+1,3	+6,0	16,82	-0,7	+4,7
Ocupados	Miles	2.º Trim. 05	18.895	+2,2	+5,8	2.945	+1,7	+7,9
Agricultura	..	..	987	-3,0	+0,7	267	-5,0	+4,0
Industria	..	..	3.263	+0,2	+2,0	325	+4,7	+9,0
Construcción	..	..	2.339	+3,0	+4,5	422	-1,6	+5,1
Servicios	..	..	12.306	+3,0	+7,5	1.930	+3,0	+8,9
Asalariados del sector público	..	2.º Trim. 05	2.844	+0,4	+3,0	504	-1,1	..
Asalariados temporales	..	2.º Trim. 05	5.135	+7,6	+9,6	1.079	+4,6	..
Parados encuestados	..	2.º Trim. 05	1.945	-7,4	-12,7	471	-2,1	-18,2
Hombres	..	..	890	-5,4	-8,5	220	+1,4	-14,5
Mujeres	..	..	1.055	-9,0	-16,0	251	-5,0	-21,3
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	2.º Trim. 05	9,33	-8,5	-15,8	13,78	-3,2	-20,9
Hombres	..	..	7,29	-6,2	-11,1	10,56	+0,3	-16,7
Mujeres	..	..	12,22	-10,5	-19,8	18,79	-6,1	-24,6
16-19 años	..	..	31,19	+0,3	-2,2	37,73	+6,8	+1,9
20-24 años	..	..	17,35	-10,5	-13,6	22,04	+2,8	-16,5
25-54 años	..	..	8,03	-10,1	-18,8	11,84	-7,6	-24,6
Más de 55 años	..	..	6,40	-1,1	-8,2	10,62	+10,5	-23,3
Parados de larga duración	Porcentaje	2.º Trim. 05	28,55	-4,0	-19,3	31,41	-5,4	-6,6
Parados registrados	Miles	2.º Trim. 05	2.026	-6,3	-3,6	435	-4,5	-5,0
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	2.º Trim. 05	76,44	-0,0	+4,3	..	..	..
<b>II. CONDICIONES DE TRABAJO</b>								
Salario mínimo	€/mes	2.º Trim. 05	513	+0,0	+11,4	513	+0,0	+11,4
Coste salarial por trabajador	€/mes	2.º Trim. 05	2.122	+3,8	+3,4	1.906	+3,8	+2,6
Industria	..	..	2.425	+4,4	+3,7	2.120	+2,4	+4,2
Construcción	..	..	2.113	+9,7	+3,3	2.054	+4,4	+2,2
Servicios	..	..	2.033	+2,5	+3,6	1.820	+3,6	+2,2
Jornada laboral efectiva	Horas/semana	2.º Trim. 05	33,7	+3,7	+1,9	33,6	-3,7	-6,4
Accidentes mortales de trabajo	Total	2.º Trim. 05	375	+12,3	+54,3	..	..	..
<b>III. REGULACIÓN DE EMPLEO</b>								
Expedientes	Total	2.º Trim. 05	947	+21,1	-14,7	75	-53,1	-58,1
Trabajadores Extinción de empleo	..	..	6.378	-37,8	-26,0	1.385	+137,6	+361,7
Suspensión de empleo	..	..	8.562	+7,7	+50,3	427	-24,2	+18,0
Reducción de jornada	..	..	268	+117,9	+176,3	0	-100,0	+0,0
<b>IV. CONFLICTOS LABORALES</b>								
Huelgas	Total	2.º Trim. 05	303	+58,6	-15,4	..	..	..
Participantes	Miles	..	116,1	+210,2	-64,1	1,0	-66,7	-81,5
Jornadas no trabajadas	..	..	172,3	+150,4	-79,1	4,5	+28,6	-87,9
<b>V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS</b>								
Crecimiento económico	Porcentaje	2.º Trim. 05	3,4	3,3	3,0	..	..	..
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	2.º Trim. 05	-18,3	-14,8	-7,3	..	..	..
Inflación	Porcentaje	2.º Trim. 05	3,2	3,3	3,2	3,2	3,2	3,2
Déficit público (operaciones no financieras)	Millardos €	2.º Trim. 05	-0,5	-3,0	-4,4	..	..	..
Tipo de interés (Euribor 12 meses)	Porcentaje	2.º Trim. 05	2,1	2,3	2,3	..	..	..

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



## ÍNDICE

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

### 1. LA COYUNTURA ECONÓMICA

La economía española mantuvo en los últimos tiempos su senda someramente ascendente. En el segundo trimestre de 2005 el crecimiento económico se elevó en una décima hasta el 3,4 por ciento. Durante el último año, cada nuevo trimestre ha conllevado una aceleración de una décima en el crecimiento económico. Con este último salto se alcanza ritmo de crecimiento que no se recordaba desde 2001, pero con ello no se aminora el tamaño creciente de las amenazas sobre la economía española, en particular del sector exterior, que el mercado de trabajo o bien tendrá que solventar con fuertes crecimientos de la productividad laboral y la competitividad o bien tendrá que sufrir en forma de fuertes reducciones en los niveles de empleo para reacomodar el conjunto de la economía a su situación en el contexto internacional.

La demanda interna continúa sosteniendo por sí sola el crecimiento económico español, dado que el sector exterior sigue retrayendo más de dos puntos porcentuales al crecimiento. Esta circunstancia, aparte de constituirse en el reto económico de mayor dimensión, está a punto de alcanzar el carácter de crónico. En el pasado, tamaño desbarajuste suponía una devaluación de la peseta. En la actualidad la diminuta reponderación del euro y el hecho de que dos terceras partes del comercio exterior de España se realicen con la zona euro no suponen gran ayuda para la reconfiguración del panorama macroeconómico en lo que se refiere al sector exterior.

El gasto final, en cualquier caso, se retrae moderadamente, en particular por el descenso del gasto de las administraciones públicas. Pasa de un crecimiento real del cinco por ciento en el trimestre anterior al 4,7 por ciento. Esta relajación del consumo, que no afecta a los hogares, sigue en un ritmo de aumento del 4,8 por ciento, puede interpretarse de dos maneras completamente opuestas, pero también complementarias. Por una parte, se aminoran los riesgos de recalentamiento de la economía española, lo cual vendría a ser una virtud, pero que se traslada sólo a una moderada disminución de la potencia importancia. Durante el último trimestre el crecimiento de las importaciones fue del ocho por ciento, punto y medio por debajo de la tasa de aumento que registraba en el mismo trimestre del año anterior. En paralelo, la disminución del ritmo de crecimiento interno, aunque aún muy

leve, puede interpretarse como el principio del enfriamiento de la economía española.

Una mejor perspectiva se obtiene cuando se contempla la economía española desde la perspectiva de la inversión. En el segundo trimestre de 2005 la formación bruta de capital fijo en bienes de equipo registró un crecimiento interanual del 10,4 por ciento, con lo cual mantiene el ritmo de aumento por encima de los dos dígitos por segundo trimestre consecutivo. Este buen indicador de la confianza de la economía española, así como de la liquidez del sistema financiero, que no hay quien señale como excesivo, puede ser la antesala al tan deseado crecimiento de la productividad laboral. No obstante, el aumento de la inversión en bienes de equipo necesita de otras condicionantes para trasladarse a una elevación de la productividad del factor trabajo. Crecimientos similares de la inversión a mediados de los años noventa se transformaron en un periodo de crecimiento sin productividad durante la segunda mitad de la última década del siglo XX y lo que va del presente.

Por sectores, es la construcción la que registra un mejor comportamiento hasta alcanzar un crecimiento interanual del 5,7 por ciento. Registra así un nuevo repunte en su nivel de actividad después de un descenso a lo largo del pasado año. Esta nueva tendencia alcista expresa bien a las claras que no se detiene el ritmo construcción a pesar o debido a el alto precio de las viviendas. La industria, si no se incluye el sector energético que se ve favorecido por el alto precio de las materias primas, y la agricultura se encuentra estabilizada. Si bien en el caso de las ramas primarias de actividad el descenso real de su actividad refleja una tendencia histórica contra la cual resulta incluso contraproducente resistirse, la bajísima cota de crecimiento de la industria debe observarse con un cierto síntoma de preocupación, dado que mucho del crecimiento del sector servicios se debe en buena medida al impulso del sector secundario.

**VARIACIÓN INTERANUAL DEL PRODUCTO INTERIOR BRUTO  
POR SUS COMPONENTES SELECCIONADOS (DATOS CORREGIDOS  
DE EFECTOS ESTACIONALES Y DE CALENDARIO), 2003-2005**

Componentes	2003	2004	2004			2005	
			II	III	IV	I	II
<b>Gasto en consumo final</b>	<b>3,1</b>	<b>4,8</b>	<b>4,9</b>	<b>5,2</b>	<b>5,2</b>	<b>5,0</b>	<b>4,7</b>
- Gasto final de los hogares	2,6	4,4	4,6	4,7	4,8	4,8	4,8
- Gasto final de las administraciones públicas	4,8	6,0	5,9	6,7	6,4	5,5	4,6
<b>Formación bruta de capital fijo</b>	<b>5,6</b>	<b>4,9</b>	<b>4,0</b>	<b>5,2</b>	<b>6,1</b>	<b>7,0</b>	<b>7,5</b>
- Bienes de equipo	2,5	3,7	0,2	6,7	8,8	10,0	10,4
- Construcción	6,3	5,5	5,6	5,3	5,1	5,7	5,8
<i>Demanda interna</i>	3,9	5,1	4,7	5,5	5,9	6,0	6,0
<b>Exportación de bienes y servicios</b>	<b>3,6</b>	<b>3,3</b>	<b>3,3</b>	<b>3,7</b>	<b>2,3</b>	<b>-1,9</b>	<b>1,9</b>

- Exportación de bienes	5,0	4,4	5,5	4,8	1,9	-2,0	2,6
- Exportación de servicios	5,0	4,4	3,8	4,1	4,8	0,8	1,3
<b>Importación de bienes y servicios</b>	<b>6,0</b>	<b>9,3</b>	<b>9,2</b>	<b>10,4</b>	<b>10,2</b>	<b>5,6</b>	<b>8,0</b>
- Importación de bienes	6,4	10,1	9,9	11,5	11,1	7,0	8,5
- Importación de servicios	4,2	6,2	6,5	6,1	6,1	-0,6	5,0
Agricultura y pesca	-0,1	-1,1	-1,0	-1,8	-2,3	-1,7	-1,0
Energía	1,3	2,0	2,6	1,8	1,8	3,4	3,6
Industria	0,9	0,3	0,5	0,4	0,3	0,7	0,5
Construcción	5,0	5,1	5,2	4,9	4,8	5,6	5,7
Servicios de mercado	2,6	3,6	3,4	3,5	4,1	4,0	4,3
Servicios de no mercado	4,2	3,6	3,3	3,5	4,3	4,0	3,2
<b>PIB a precios de mercado</b>	<b>3,0</b>	<b>3,1</b>	<b>3,1</b>	<b>3,1</b>	<b>3,2</b>	<b>3,3</b>	<b>3,4</b>

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Contabilidad Nacional de España, Instituto Nacional de Estadística.

Pero el buen comportamiento de la inversión en bienes de equipo aún está lejos de vislumbrarse que tenga un efecto propicio y esperado sobre la productividad laboral. Parece clara la tendencia al crecimiento con baja productividad que ha caracterizado el actual ciclo económico. La Contabilidad Nacional, como las otras fuentes estadísticas, registra un fuerte crecimiento económico en el último trimestre, lo cual es hasta cierto punto lógico dado que los datos de empleo se incorporan directamente de la Encuesta de Población Activa que elabora el Instituto Nacional de Estadística.

Si en el crecimiento económico el avance es de una décima porcentual, el empleo ve aumentar en dos décimas porcentuales, una cifra que se es mucho mayor si se considera el número homogéneo de puestos de trabajo equivalentes a tiempo completo, que ha sufrido un sensible crecimiento por la afloración de empleo a tiempo parcial en la Encuesta de Población Activa. El resultado es un desplome neto y profundo de la productividad laboral, que ha pasado de aumentar en un 0,8 por ciento interanual en el segundo trimestre de 2004 a hacerlo en un mínimo 0,2 por ciento en el mismo periodo del presente año. El panorama es aún peor si se considera el número de puestos de trabajos equivalentes a tiempo completo en el denominador, ya que entonces el descenso durante el mismo periodo fue del 0,7 por ciento a un crecimiento cero de la productividad durante el último trimestre.

Sólo el sector energético se salva de crecimientos de la productividad laboral por debajo del uno por ciento. Y ello es debido a factores externos como el fuerte crecimiento de los precios de las materias primas. El sector servicios experimenta una caída por segundo trimestre consecutivo en su productividad hasta alcanzar el 0,8 por ciento, que tiene lugar gracias a la subida en el sector de servicios de mercado. Los servicios de no mercado, un conjunto heterogéneo que incluye sobre todo ámbitos del sector público, alcanzan tasas negativas, unos números rojos que se repiten en la agricultura y en la construcción. En esta última rama de actividad, la pérdida de pro-

ductividad fue del tres por ciento tan sólo en el último año. La industria, por su parte, pierde el impulso que había registrado durante los pasados dos años, aunque nunca superase el umbral del dos por ciento de crecimiento, para mostrar un comportamiento casi plano en el campo de la productividad laboral.

**VARIACIÓN INTERANUAL DEL EMPLEO Y DE LA PRODUCTIVIDAD  
LABORAL POR SECTORES (DATOS CORREGIDOS DE EFECTOS ESTACIONALES  
Y DE CALENDARIO), 2003-2005**

	2003		2004			2005	
			II	III	IV	I	II
<b>OCUPADOS EQUIVALENTES A TIEMPO COMPLETO</b>							
Agricultura y Pesca	4,0	4,7	2,5	8,1	0,4	1,2	3,9
Energía	1,9	-0,1	0,6	-0,8	-0,9	-0,6	-1,3
Industria	-0,5	-0,8	-1,0	-0,7	-0,1	0,4	0,3
Construcción	6,6	6,0	3,5	5,8	8,4	8,4	9,0
Servicios	3,3	3,1	3,0	3,0	2,8	3,0	3,2
- Servicios de mercado	3,4	3,4	3,7	3,3	2,5	2,8	3,1
- Servicios de no mercado	3,1	2,4	1,8	2,4	3,3	3,4	3,4
<b>TOTAL</b>	<b>3,0</b>	<b>2,7</b>	<b>2,3</b>	<b>2,8</b>	<b>2,9</b>	<b>3,1</b>	<b>3,4</b>
<b>PRODUCTIVIDAD LABORAL</b>							
Agricultura y Pesca	-3,9	-5,5	-3,4	-9,1	-2,8	-2,9	-4,7
Energía	-0,6	2,1	2,0	2,5	2,8	4,0	4,9
Industria	1,4	1,1	1,5	1,1	0,4	0,3	0,2
Construcción	-1,5	-0,8	1,6	-0,9	-3,4	-2,6	-3,0
Servicios	-0,4	0,5	0,4	0,5	1,3	1,0	0,8
- Servicios de mercado	-0,8	0,2	-0,2	0,2	1,5	1,2	1,1
- Servicios de no mercado	1,0	0,4	0,7	0,3	0,3	0,2	0,0
<b>TOTAL</b>	<b>0,0</b>	<b>0,4</b>	<b>0,7</b>	<b>0,3</b>	<b>0,3</b>	<b>0,2</b>	<b>0,0</b>

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Contabilidad Nacional de España, Instituto Nacional de Estadística.

Pese a los desequilibrios, el crecimiento económico de España se mantiene por encima del registrado en la Unión Europea y en la zona euro, que tras el mínimo repunto de finales de año, donde se llegó a alcanzar una tasa media del 1,9 por ciento, ha vuelto su estado de leve crecimiento en el entorno del uno por ciento. Entre los países de la Unión Europea, España ocupa el lugar undécimo en cuanto a tasa de crecimiento, por debajo de todos los países de la integración (con excepción de Polonia y Malta) que copan los primeros lugares, además de Grecia e Irlanda. De entre las grandes economías del mundo consideradas en la tabla, sólo Estados Unidos se sitúa por encima de España en progreso económico actual, por encima incluso del Reino Unido, que ha registrado en los dos últimos trimestres un sensi-

ble recorte en su tasa de crecimiento. Comentario a parte exigiría la fuerte evolución de las economías asiáticas, comenzando por China, que no se han considerado en estos datos.

Pero esta excepcionalidad también se aplica a las cuentas exteriores. Mientras buena parte de los nuevos estados miembros de la Unión Europea deben su buena salud económica en exclusiva a la aportación exterior, España es el país desarrollado con un mayor desequilibrio en sus cuentas exteriores. Sólo Lituania y Noruega presentan una mayor contribución negativa de su sector exterior al bienestar económico. Por su parte, Estados Unidos y el Reino Unido, sin apenas esfuerzos adicionales, han conseguido amplias mejoras en la salud de las cuentas de su sector exterior hasta acercarlo al punto de equilibrio.

**CRECIMIENTO ECONÓMICO Y SITUACIÓN DEL SECTOR EXTERIOR  
EN LA UNIÓN EUROPEA Y OTROS PAÍSES DESARROLLADOS,  
SEGUNDO TRIMESTRE DE 2005**

	<b>Crecimiento económico</b>	<b>Balance exterior*</b>
Letonia	11,6	-1,1
Estonia	9,9	+9,7
Lituania	7,1	-4,9
Eslovaquia	5,1	-1,5
República Checa	5,0	+6,6
Eslovenia	4,7	+4,8
Hungría	4,0	+6,5
Irlanda	4,0	-0,2
Grecia	3,7	..
Estados Unidos	3,6	-0,2
Chipre	3,5	+1,7
ESPAÑA	3,4	-2,3
Luxemburgo	3,1	..
Dinamarca	3,0	-1,1
Polonia	2,8	..
Malta	2,4	-0,5
Japón	2,2	+0,1
Suecia	2,1	+0,0
Noruega	2,0	-3,4

Austria	1,8	+0,9
Reino Unido	1,5	+0,1
Bélgica	1,4	-1,6
<b>Unión Europea</b>	<b>1,3</b>	<b>-0,3</b>
Francia	1,3	-1,0
Países Bajos	1,3	+1,1
<b>Zona euro</b>	<b>1,1</b>	<b>-0,5</b>
Suiza	1,0	-1,0
Alemania	0,6	-0,1
Portugal	0,5	-0,6
Italia	0,1	-0,7
Finlandia	-0,3	+1,5

\* Contribución del sector exterior al crecimiento económico en puntos porcentuales del Producto Interior Bruto.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas, Comisión Europea.

Por su parte, el comportamiento del mercado de trabajo durante el segundo trimestre de 2005, a tenor de lo reflejado en la Encuesta de Población Activa, sólo puede obtener un calificativo y es el de magnífico. El epíteto sólo admite un pequeño pero, cual es la amplificación redundante de los buenos resultados gracias al cambio metodológico cuyos efectos se dejarán sentir a lo largo de todo el año. Por primera vez desde hace veinticinco años, la tasa de desempleo en España puede contabilizarse en un solo número natural, una novedad en un país que estaba acostumbrado a los dos dígitos cuando se hablaba de la medida relativa del paro. Cuatrocientos mil nuevos empleos en el último trimestre y un millón a lo largo del año son cifras de extraordinario calado nunca antes vistas.

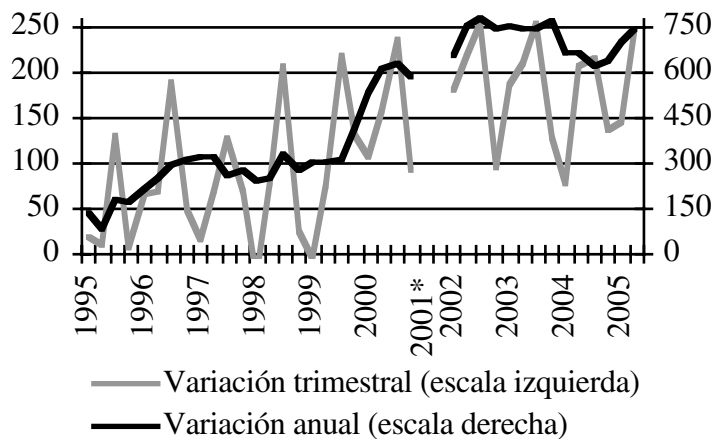
## 2. LA OFERTA DE TRABAJO

Casi un cuarto de millón de personas se incorporaron al mercado de trabajo sólo durante el segundo trimestre de 2005, a tenor de las cifras presentadas por la Encuesta de Población Activa. Es el crecimiento más grande de la población activa que se ha registrado nunca en un segundo trimestre desde que se tiene un recuento sistemático. Y ello pese a que los meses de abril a junio es un periodo ya de por sí propicio para las nuevas incorporaciones al mercado de trabajo, atraídos por la bonanza de empleos de la temporada estival o ligados al sector turístico. Es el tercer mejor trimestre

de la historia si se incorporan todos los trimestres, levemente superado por los terceros de 2002 y 2003. La evolución interanual es también importante, dado que a lo largo del último año se incorporaron al mercado de trabajo en España tres cuartos de millón de personas para un total que supera con holgura los veinte millones de activos. En este aspecto han existido periodos relativamente prolongados, como el que va de 2002 a 2003 en el que el crecimiento absoluto y relativo del número de activos ha superado el actual 3,7 por ciento.

No obstante, una parte de este crecimiento es ficticio ya que se explica exclusivamente en términos del cambio de la metodología de la Encuesta de Población Activa. Al menos el siete por ciento del crecimiento interanual total es el resultado de los ajustes para la mejora de este instrumento de medición del mercado de trabajo. Descontado este efecto, el aumento en casi setecientas mil personas en el número de nuevos incorporados al mercado de trabajo supone una ligerísima tendencia de recuperación sobre la situación de hace tan sólo un año, muy superiores a cualquier otro crecimiento registrado en el último cuarto del siglo XX, pero es insuficiente para alcanzar las cotas de atracción de nuevos entrantes que registraba el mercado de trabajo español en el bienio 2002-2003.

**VARIACIÓN ANUAL Y TRIMESTRAL DE LA POBLACIÓN ACTIVA, 1995-2005**  
(MILES DE PERSONAS)

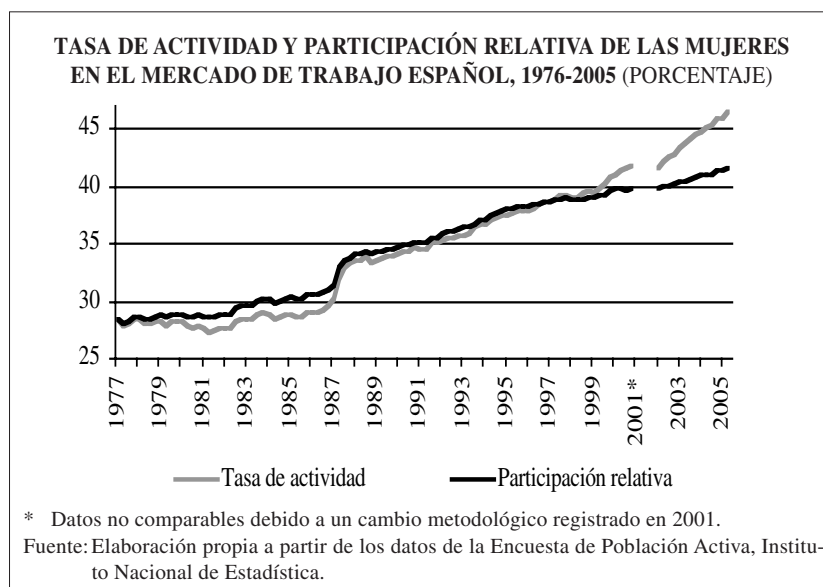


\* Datos no comparables debido a un cambio metodológico registrado en 2001.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Las mujeres son las grandes protagonistas de esta incorporación masiva al mercado de trabajo al captar más de la mitad del aumento total de activos. En concreto, el cincuenta y ocho por ciento de los nuevos entrantes durante el último trimestre fueron mujeres para un total interanual del cincuenta y dos por ciento. Por lo tanto, el mercado de trabajo español camina, aunque en pasos cortos, hacia una paulatina equiparación en razón de género. Los hombres continúan siendo una mayoría, situándose su cuota del mercado en un histórico, por lo bajo, 58,6 por ciento. No obstante, la diferencia en tasa de actividad de hombres y mujeres continúa siendo abismal en comparación con los países del entorno europeo circundante.

La tasa de actividad de los hombres se situó en el último trimestre en el 68,7 por ciento, cuatro puntos porcentuales desde su mínimo histórico registrado en 1997. Cuando muchos analistas pensaban que la tasa de actividad masculina ya no podía sino retraerse por efecto del envejecimiento población, la fortaleza de la economía consiguió su recuperación, asimilando una parte del contingente masculino a lo que se denomina el ejército de reserva, papel que se había reservado en exclusiva a las mujeres. La tasa de actividad de éstas, por su parte, ha registrado un crecimiento muy fuerte, pasando del veintiocho por ciento de 1978 hasta el 46,5 por ciento de la actualidad. Tan sólo en el último año la tasa de actividad se ha elevado un punto porcentual y medio. Pero, mientras avanza, a pasos agigantados la tasa de actividad femenina, la participación relativa de la mujer, en un mercado de trabajo en expansión que acoge casi por igual a hombres y a mujeres, está casi estancado.



La población extranjera también se constituye en un puntal del crecimiento de la población activa. En el último trimestre se incorporaron al mercado de trabajo más de cien mil extranjeros, lo que constituye el 43,8 por ciento del total de nuevos entrantes. Es, no obstante, una cifra ligeramente inferior a la registrada en los últimos años. La tasa de actividad de los extranjeros es muy superior a la de los españoles, en buena medida resultado de una pirámide de edad bastante menos sesgada hacia los tramos que corresponden propiamente a la jubilación. Mientras la tasa de actividad entre los extranjeros es del 76,5 por ciento, entre los españoles supera ligeramente la mitad del total de efectivos mayores de dieciséis años: el 55,6 por ciento.

La cifra de afiliados a la Seguridad Social, aunque entraría ya de lleno en el comportamiento de la demanda de trabajo, muestra esta evolución. A finales de septiembre había ya un millón cuatrocientos mil extranjeros no comunitarios pagando sus cotizaciones sociales. El treinta y siete por ciento se afilió, es decir, más de medio millón, se ha afiliado desde marzo, cuando se abrió la regularización extraordinaria de extranjeros. En comparación, en el mismo periodo del año anterior, el incremento de extranjeros no comunitarios en alza en la Seguridad Social hacía sido de treinta y ocho mil personas.

Del total de extranjeros afiliados, el sesenta y siete por ciento cotizaba en el Régimen General, el 10,6 por ciento lo hacía en el Régimen Especial Agrario, el 17,2 por ciento en el de Empleados del Hogar y un último 4,7 por ciento se retrataba en el Régimen Especial de Autónomos. El colectivo más numeroso es el de ecuatorianos con doscientos setenta y tres mil cotizantes, seguido del de marroquíes con doscientos cuarenta mil y de los rumanos y colombianos, con ciento cincuenta y cinco mil y ciento treinta y siete mil, respectivamente. El resto de nacionalidades, comenzando por peruanos, argentinos y chinos, no alcanza los sesenta mil cotizantes.

**AFILIADOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS AFILIADOS  
A LA SEGURIDAD SOCIAL POR NACIONALIDAD Y COMUNIDAD AUTÓNOMA  
DE COTIZACIÓN (PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL  
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA), 30 DE SEPTIEMBRE DE 2005\***

	<b>Ecuador</b>	<b>Marruecos</b>	<b>Rumania</b>	<b>Colombia</b>	<b>Otra</b>
Andalucía	11%	<b>28%</b>	12%	7%	6% (Argentina)
Aragón	15%	12%	<b>28%</b>	7%	4% (Argelia)
Asturias	<b>25%</b>	7%	6%	13%	6% (Argentina)
Baleares	<b>13%</b>	9%	2%	7%	3% (Argentina)
Canarias	7%	12%	2%	<b>19%</b>	8% (Cuba)
Cantabria	13%	6%	9%	<b>19%</b>	12% (Perú)

Castilla y León	13%	13%	11%	13%	<b>19% (Bulgaria)</b>
Castilla-La Mancha	16%	16%	<b>31%</b>	9%	4% (Bolivia)
Cataluña	15%	<b>22%</b>	6%	7%	5% (Perú)
Com. Valenciana	<b>19%</b>	13%	17%	12%	5% (Bulgaria)
Extremadura	7%	<b>47%</b>	11%	8%	4% (China)
Galicia	4%	7%	5%	<b>17%</b>	11% (Argentina)
Madrid	<b>27%</b>	8%	12%	11%	9% (Perú)
Murcia	<b>38%</b>	36%	2%	4%	3% (Ucrania)
Navarra	<b>36%</b>	11%	4%	12%	7% (Bulgaria)
País Vasco	16%	11%	8%	<b>19%</b>	5% (Bolivia)
La Rioja	12%	17%	<b>21%</b>	12%	9% (Pakistán)
Ceuta	0%	<b>91%</b>	0%	0%	2% (China)
Melilla	0%	<b>98%</b>	0%	0%	1% (China)
<b>TOTAL</b>	<b>19%</b>	<b>17%</b>	<b>11%</b>	<b>10%</b>	<b>4% (Perú)</b>

\* En negrita, nacionalidad mayoritaria

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Tesorería de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

### 3. LA DEMANDA DE TRABAJO

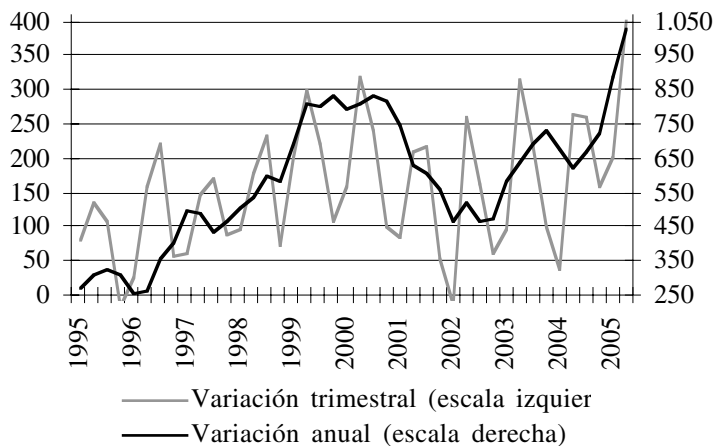
La ocupación registra un crecimiento aún mayor que la actividad tanto en términos absolutos como en términos relativos, lo cual da lugar a una reducción significativa de la tasa de desempleo. Durante el segundo trimestre de 2005 se crearon más de cuatrocientos mil empleos netos, lo cual en este caso sí que constituye una cifra récord nunca antes alcanzada. El mejor trimestre de la historia registrada del mercado de trabajo se quedó un veinticinco por ciento por debajo de la cifra alcanzada en el segundo trimestre de 2005. El tirón del empleo lleva la cifra del crecimiento interanual hasta por encima del millón de personas, una evolución tampoco antes conocida. No obstante, en este caso el trece por ciento del crecimiento se debe a motivos exclusivamente contables. Pero incluso si se toma la cifra de novecientos mil nuevos empleos creados durante el último año que arroja la estadística homogénea no sujeta a los cambios metodológicos, el resultado sería el mismo. Nunca antes la economía española, ni en sus momentos de mayor crecimiento económico, había mostrado semejante potencial para la creación de empleo.

Este pico histórico en la creación de empleo viene a coincidir con el aniversario de la década prodigiosa del empleo español. Tras un desastroso 1994 en términos de creación de empleo, 1995 fue el primer año que vio repuntar la creación de empleo que se mantiene hasta la actualidad en dos

olas bien diferenciadas y coincidentes con un ciclo económico expansivo de doble onda. El primer periodo de expansión del empleo, coincidente con la fuerte expansión económica del último lustro del siglo XX, coincidió con un aumento cada vez más acelerado de la creación de empleo. En el primer pico, alcanzado con el cambio de siglo, se crearon más de ochocientos mil nuevos puestos de trabajo por año.

La ligera recesión de principios de siglo, que fue tan ligera que el crecimiento económico nunca estuvo por debajo del dos por ciento, conllevó una desaceleración en el ritmo de creación de empleo, que, en cualquier caso se mantuvo en nivel bien por encima de los registrados en anteriores fases expansivas de crecimiento económico. En 2002, el peor de los últimos años en materia de creación de empleo, aún creció la ocupación en casi quinientos mil empleos netos. A partir de entonces se registra un nuevo impulso en la creación de empleo sostenido por la recuperación económica. En este nuevo tirón, la elasticidad empleo-PIB supera los niveles previos, ya de por sí muy altos, de modo que prácticamente cada nuevo punto de crecimiento económico se traslada a crecimientos del empleo. La cruz de esta moneda es que el crecimiento de la productividad laboral se encuentra en niveles muy bajos, muy cercanos a cero, y con escasas perspectivas de remontar en el corto plazo. Ha sido ese bajísimo crecimiento de la productividad laboral lo que, a la par que la extraordinaria capacidad para la creación de empleo, ha caracterizado el presente ciclo económico.

**VARIACIÓN ANUAL Y TRIMESTRAL DEL NÚMERO DE OCUPADOS, 1995-2005**  
(MILES DE PERSONAS)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.



La generación de empleo ha tendido a favorecer a las mujeres por encima de los hombres. El 61,5 por ciento del empleo neto creado en el segundo trimestre de 2005 fue a caer en manos de mujeres o, lo que es lo mismo, casi doscientos mil ocupadas nuevas. A lo largo del año, el empleo femenino acumula el cincuenta y ocho por ciento del empleo nuevo. Pero esta mayoría femenina en la recepción de los nuevos empleos creados es una tendencia bastante reciente. Sólo a partir de 2002 se ha observado una consistencia en la presencia mayoritaria de las mujeres entre los nuevos empleos. Desde entonces su cuota entre los puestos de empleo generado ha ido creciendo de manera constante, aunque a un ritmo muy limitado. Si en 2002 el 55,7 por ciento de los nuevos empleos los recibieron las mujeres, en 2004 ese porcentaje había ascendido al 58,3 por ciento, tres puntos porcentuales menos que el mismo ratio para el segundo trimestre de 2002.

En el pasado, esta circunstancia coincidió con fases muy prolongadas de expansión económica y, en el peor de los casos, con ciclos económicos de bonanza cercanos a la conclusión. De hecho, los mejores periodos para la igualación de las tasas de ocupación han sido aquellos en los que se ha producido una destrucción neta de empleo. El periodo entre 1978 y 1985 fue de pérdida de empleo para las mujeres, lo mismo que para los hombres. Las mujeres ganaron posiciones dado que su derrame neto de empleos fue menor que su participación en la fuerza de trabajo. Cuando el ciclo económico mejoró, el empleo femenino sólo creció con soltura en 1990 y 1991, momentos antes de la entrada en recesión. En los cinco años anteriores de bonanza económica la mayor parte del empleo creado fue a para a manos de los hombres.

La crisis económica y de empleo de 1992 a 1994 se concentró exclusivamente en el sector masculino, dado que las mujeres para 1995 ya habían superado con holgura su nivel absoluto de empleo de 1991. A los hombres les costó tres años más alcanzar las cotas de puestos de trabajo que tenían a la conclusión del periodo de bonanza económica. Como prolongación de los buenos números que presentaron en el periodo de crisis anterior, el presente ciclo económico se inició bien para las mujeres, al capturar el cincuenta y uno por ciento del nuevo empleo creado. Pero los hombres aumentaron su cuota sobre el empleo generado en cuanto la expansión comenzó a mostrar signos de sostenibilidad en el tiempo para sólo dejar su posición de privilegio una vez que comenzaron a verse los primeros signos de recesión económica.

**PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN EL NUEVO EMPLEO CREADO,  
1986-2005 (MEDIA ANUAL)**

1986	33,3
1987	50,1
1988	44,9
1989	40,9
1990	52,3
1991	105,9
1992	Destrucción neta de empleo
1993	Destrucción neta de empleo
1994	Destrucción neta de empleo
1995	50,5
1996	52,3
1997	45,9
1998	34,2
1999	49,0
2000	52,6
2001	48,6
2002	55,7
2003	56,8
2004	58,3

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

El presente momento de creación de empleo favorece con mayor intensidad a los grupos de edad adulta, que ya de por sí son los más favorecidos en el reparto de empleo. El treinta y ocho por ciento del empleo creado durante el último trimestre fue a parar a manos de los individuos de entre cuarenta y cuarenta y nueve años. Su cuota de nuevo empleo supera el treinta por ciento a lo largo del año para un crecimiento relativo interanual cercano al siete por ciento, casi dos puntos porcentuales por encima de la media. Este grupo, que sólo supone un cuarto de la fuerza de trabajo en España, tiende a monopolizar los buenos empleos, tanto en términos de seguridad en el empleo como de remuneraciones económicas.

Esta circunstancia tiende a provocar dos efectos contradictorios. Por un lado, esta tendencia a concentrar la creación de empleo sobre un grupo ya de por sí favorecido agudiza la segmentación por edades en el mercado de



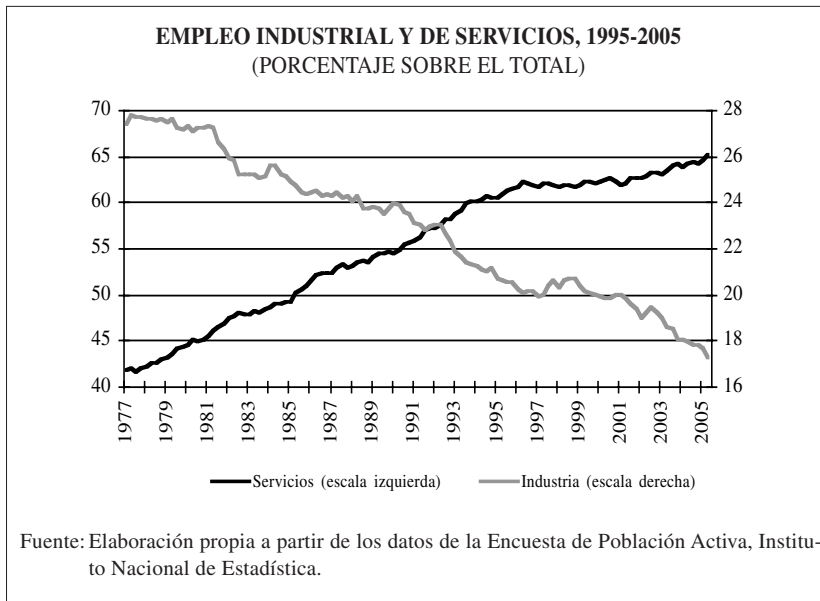
trabajo español. Por otra, dado que el sesenta por ciento del empleo creado para esa franja de edad es para las mujeres, que se incorporan por primera vez al mercado de trabajo o que regresan después de un periodo más o menos prolongado dedicado a la crianza de los hijos, la resultante es que la media del grupo de edad decae hasta acercarse a otras cohortes en peores circunstancias laborales.

En el extremo contrario, pierden peso en la fuerza de trabajo los menores de treinta años. Pese a que durante el pasado año casi doscientos mil jóvenes encontraron empleo, su tasa de crecimiento se situó ligeramente por debajo del cuatro por ciento o, lo que es lo mismo, dos puntos porcentuales por debajo de la media. Si bien la llegada de cohortes cada vez menores a la edad económicamente activa puede explicar en parte este comportamiento, o al menos el retraso en la entrada al mercado de trabajo, la aparición de un notable grupo de inmigrantes en estas edades tiende a compensar lo que sería, en caso contrario, una caída de su nivel global de empleo.

Una noticia alentadora es que se eleva la cantidad de empleo que reciben los mayores de cincuenta y cinco años, lo cual se debe a dos motivos complementarios. Por un lado se produce un ligero retraso en la edad media de jubilación. Entre 2001 y 2003 se elevó la edad de media de abandono del mercado de trabajo en casi un año para pasar de los 60,4 a los 61,4 años. Este umbral se sitúa justo en la media de la Unión Europea de los quince y supera en unos meses la media de la Unión Europea a veinticinco. Por otro lado, se reducen los niveles de paro e inactividad entre las cohortes de mayor edad. El resultado es que durante el último año el número de ocupaciones entre los mayores de cincuenta y cinco años creció casi en un nueve por ciento, con una impresionante elevación del quince por ciento para las mujeres en ese tramo de edad.

La evolución reciente del mercado de trabajo en España conduce a una configuración más acusada de terciarización. En el último trimestre casi el noventa por ciento de los puestos de trabajo se generaron en el sector servicios para un ochenta y tres por ciento en el total del año. La construcción aportó el resto y la industria se consoló con un crecimiento en el empleo del 0,1 por ciento en el último trimestre y del dos por ciento en el conjunto del año. En estas condiciones, el sector servicios consolida su mayor participación en el empleo, alcanzando el 65,1 por ciento del total.

El grueso de la creación de empleo durante el segundo trimestre de 2005 se debe al aumento del número de asalariados. De hecho, el número de trabajadores por cuenta propia disminuyó en casi setenta mil personas, quebrando una tendencia anterior de aumento. Este descenso general se divide también a contracorriente de la evolución previa en un leve crecimiento del número de empresarios y una reducción del 1,5 por ciento en la cantidad de autónomos. En conjunto, mientras estos últimos continúan superando los dos millones mientras que los empleadores no llegan al millón.



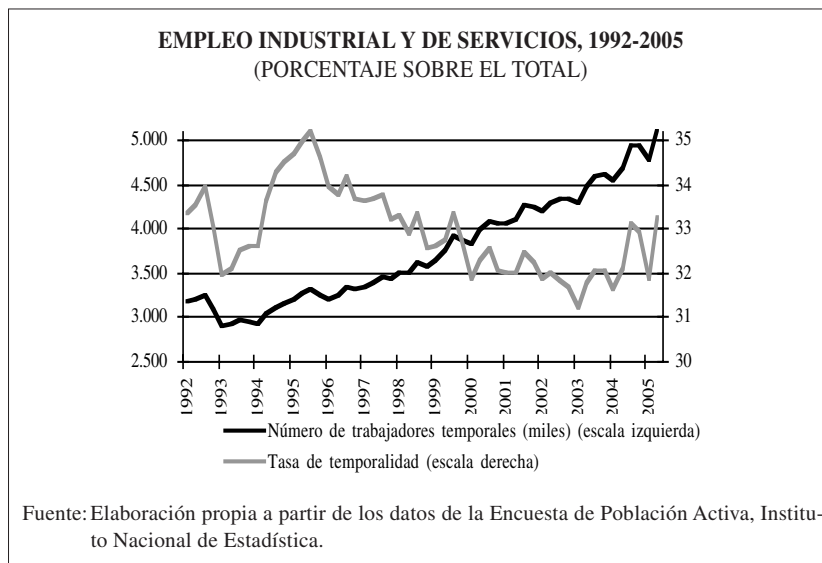
Del crecimiento de casi medio millón de asalariados durante el último trimestre para un total superior a los novecientos mil a lo largo del último año, dos terceras partes corresponden a un incremento de quienes tienen un contrato temporal. El número de trabajadores temporales supera por primera vez en la historia los cinco millones de personas. Quienes hoy tienen contrato de duración determinada duplican esa cantidad para una tasa de temporalidad que se acerca al umbral del tercio del total de asalariados: el 33,2 por ciento, que sería el 33,5 por ciento si se hubiese mantenido intacta la metodología previa.

La tasa de temporalidad, una de las características primigenias del mercado de trabajo español con relación a cualquier otro ya sea en los países desarrollados o subdesarrollados, vuelve a tomar una senda ascendente después de años de un descenso muy lento. Con independencia de la evolución del mercado de trabajo, con independencia de las medidas que se tomen desde instancias gubernamentales aplaudidas o consensuadas con los agentes sociales, e incluso con independencia del número de asalariados totales, la tasa de temporalidad se viene moviendo de manera constante en un arco que va desde el treinta al treinta y cinco por ciento.

La crisis del empleo de 1993 y 1994 registró una reducción de la tasa de temporalidad en cuanto que un grupo no muy numeroso de quienes tenían contratos temporales fueron a engrosar las cifras del desempleo al no ver renovados sus contratos. La tasa de temporalidad, no obstante, nunca estableció marcas por debajo del treinta y dos por ciento. La incierta recu-

peración produjo el recurso masivo a los contratos temporales mientras se oteaba el horizonte en busca de mejores perspectivas.

Para mediados de 1995 la tasa de temporalidad ya se había elevado tres puntos porcentuales hasta alcanzar la cota más grande nunca vista: el treinta y cinco por ciento. Desde ese punto álgido se produjo una ligera disminución de la tasa de temporalidad, mas no de los contratos temporales, que permanecieron con un vértice principal de las estrategias de contratación de los empresarios. Las sucesivas medidas acordadas por los agentes sociales, refrendadas y superadas por las instancias públicas de los distintos niveles de gobierno, parece que tuvieron escasa influencia sobre una ligera tendencia a la baja que era más de fondo y que coincidía con la buena marcha de la economía. Entre 1995 y 2003, al tiempo que el número de contratos temporales crecía en un cincuenta por ciento para pasar de los tres millones a los casi cuatro millones y medio, la tasa de temporalidad sufrió un leve descenso, alcanzando sus cotas mínimas a principios de 2003. Desde entonces se ha producido un nuevo repunte de la tasa de temporalidad que ha coincidido con la apertura de casi un millón de nuevos contratos temporales durante los últimos dos años.

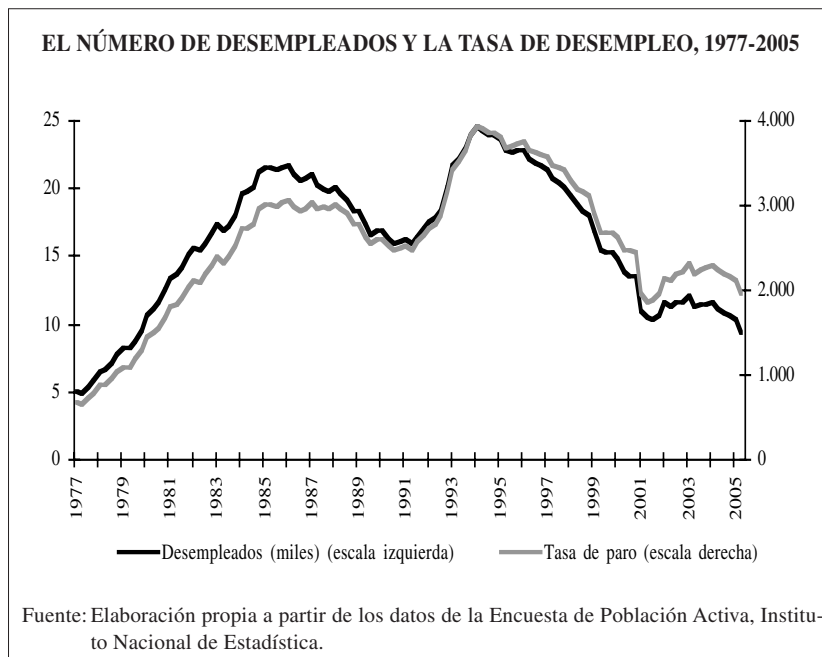


#### 4. DESEMPLEO

Por simple matemática, el aumento de doscientas cincuenta mil personas en la población activa y un aumento de la ocupación en más de cuatrocientas mil personas dan como resultado un descenso del número de

desempleados de más de ciento cincuenta mil personas. Se consigue con ello dos marcas: que el total de parados se sitúe por debajo de los dos millones de personas y que la tasa de desempleo en España pueda escribirse con un solo dígito. Mientras que el umbral de los dos millones de desempleados ya se había rebasado en un breve periodo en 2001, para encontrar cifras de la tasa de paro por debajo del diez por ciento habría que remontarse veinticinco años atrás, hasta tiempos tan remotos como 1979. No obstante, la comparación entre la situación del mercado de trabajo español entonces y ahora es abismal. Mientras que poco más de un millón de desempleados eran necesarios en los años setenta para superar el umbral del diez por ciento en tasa de paro, hoy casi se duplica el contingente de desempleados necesario para alcanzar la misma cifra.

Sin embargo, el desempleo, tanto en términos absolutos como en términos relativos, ha sufrido una evolución calcada y sujeta a los devenires del ciclo económico. La gran depresión económica de finales de los setenta y principios de los ochenta propició el salto de España de la categoría de país con una baja tasa de desempleo, inferior al cinco por ciento, a lo alto de la tabla internacional de las tasas de paro, con cotas superiores al veinte por ciento. Fue un increíble cambio de la posición internacional de España que costó sólo una década alimentar y que costaría otro tanto tiempo después olvidar.



La expansión económica de finales de los años ochenta apenas tuvo incidencia en la reducción del desempleo, que, sin embargo, sí se mostró muy sensible al ciclo económico cuando éste apuntó los números rojos de la recesión. Entre 1990 y 1994, la tasa de paro creció diez puntos, desde el quince por ciento a bordear el veinticinco por ciento o, lo que es lo mismo, un cuarto de la población activa. Desde ese punto álgido, y por mor de la reforma en el acceso a las prestaciones por desempleo y de la llegada de un ciclo económico que sí convirtió el crecimiento del Producto Interior Bruto en empleo, la tasa de desempleo se ha venido reduciendo de manera casi constante hasta alcanzar el umbral del nueve por ciento.

Pese al notable descenso de la tasa de desempleo durante los últimos años, España aún muestra una tasa superior a la media europea, aunque en la actualidad se encuentra a tan sólo seis puntos porcentuales. España es ya el sexto país de la Unión Europea con la tasa de desempleo más alta, por debajo de Polonia, Eslovaquia, Grecia, Francia y Alemania. En el caso de Polonia, su tasa de desempleo ya casi duplica a la española.

La nota más interesante para el futuro es que, mientras en buena parte de la Unión Europea la tasa de desempleo se mueve al alza o está estancada en unas condiciones de precariedad económica notoria, en España el continuado descenso del desempleo puede llevar a situarla, siguiendo la estela ya conocida de Irlanda, por debajo de la media de la Unión Europea. En todo caso, España reduce su tasa de desempleo a ritmos menores que los de Estonia, Lituania o Eslovaquia, por poner tres ejemplos. Y, por otra parte, aún se encuentra a años luz de la idea de paro friccional que pueden mostrar en la actualidad países como Irlanda, Estados Unidos, Japón, Reino Unido, Países Bajos y Dinamarca.

#### TASA DE PARO EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN OTROS PAÍSES DESARROLLADOS, SEGUNDO TRIMESTRE DE 2005

	Tasa de paro	Variación interanual (puntos porcentuales)
Polonia	17,5	-1,2
Eslovaquia	15,2	-2,6
Grecia	9,9	-0,6
Francia	9,6	-0,1
Alemania	9,6	-0,2
ESPAÑA	9,4	-1,4
Letonia	8,8	-0,9
<b>Unión Europea</b>	<b>8,7</b>	<b>-0,3</b>

<b>Zona euro</b>	<b>8,6</b>	<b>-0,3</b>
Finlandia	8,2	-0,7
Bélgica	8,0	+0,3
Italia	7,7	-0,2
República Checa	7,7	-0,6
Lituania	7,5	-3,2
Estonia	7,4	-1,7
Portugal	7,2	+0,3
Malta	6,4	-0,7
Hungría	6,4	+0,6
Suecia	6,3	+0,1
Eslovenia	5,8	-0,1
Luxemburgo	5,5	+0,6
Chipre	5,5	+0,5
Austria	5,2	+0,3
Estados Unidos	4,9	-0,5
Dinamarca	4,8	-0,6
Países Bajos	4,7	+0,2
Reino Unido	4,6	+0,0
Irlanda	4,3	-0,2
Japón	4,3	-0,5

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas, Comisión Europea.

Esta disminución del desempleo no sólo se refleja en el ámbito español sino también en las comunidades autónomas cuando se realiza una comparativa a escala europea. Actualmente las regiones españolas no copan ya los primeros lugares de las clasificaciones por tasas de paro, dado que Polonia y Eslovenia han adquirido el papel de relevancia abandonado por España.

En la tasa general de desempleo regional en el ámbito de la Unión Europea son las regiones francesas de ultramar las que acaparan los tres primeros lugares, con tasas de paro superiores al veinticinco por ciento. La práctica totalidad de los siguientes puestos van para Polonia con alguna región eslovaca intercalada. En el puesto veinticuatro, con una tasa de paro del 17,2 aparece Extremadura, pero después de cinco *länder* alemanes. Madrid, La Rioja, Aragón y Navarra se sitúan en la segunda mitad de la tabla regional de tasa de desempleo, bastante por debajo de la media europea.

## REGIONES DE LA UNIÓN EUROPEA SEGÚN TASA DE DESEMPLEO, 2004\*

Puesto	Región	País	Tasa de paro
1.	Reunión	Francia	32,8
2.	Guayana	Francia	25,7
3.	Guadalupe	Francia	25,1
4.	Dolnośląskie	Polonia	24,9
5.	Východné Slovensko	Eslovaquia	24,2
6.	Zachodniopomorskie	Polonia	23,8
7.	Lubuskie	Polonia	23,2
8.	Warmińsko-Mazurskie	Polonia	22,3
9.	Kujawsko-Pomorskie	Polonia	22,1
10.	Stredne Slovensko	Eslovenia	22,1
11.	Sachsen-Anhalt	Alemania	21,6
<b>24.</b>	<b>Extremadura</b>	<b>España</b>	<b>17,2</b>
25.	Sicilia	Italia	17,2
<b>26.</b>	<b>Andalucía</b>	<b>España</b>	<b>17,1</b>
<b>27.</b>	<b>Melilla</b>	<b>España</b>	<b>17,0</b>
36.	Mazowieckie	Polonia	14,6
<b>43.</b>	<b>Galicia</b>	<b>España</b>	<b>13,6</b>
<b>53.</b>	<b>Canarias</b>	<b>España</b>	<b>12,0</b>
<b>61.</b>	<b>Castilla y León</b>	<b>España</b>	<b>10,7</b>
<b>62.</b>	<b>Murcia</b>	<b>España</b>	<b>10,7</b>
<b>63.</b>	<b>Ceuta</b>	<b>España</b>	<b>10,7</b>
<b>64.</b>	<b>Cantabria</b>	<b>España</b>	<b>10,5</b>
<b>67.</b>	<b>Asturias</b>	<b>España</b>	<b>10,4</b>
<b>68.</b>	<b>Comunidad Valenciana</b>	<b>España</b>	<b>10,4</b>
<b>77.</b>	<b>País Vasco</b>	<b>España</b>	<b>9,7</b>
<b>78.</b>	<b>Cataluña</b>	<b>España</b>	<b>9,7</b>
<b>80.</b>	<b>Castilla-La Mancha</b>	<b>España</b>	<b>9,5</b>
<b>88.</b>	<b>Islas Baleares</b>	<b>España</b>	<b>9,1</b>
123.	Bretaña	Francia	7,1
126.	Londres	Reino Unido	6,8
<b>128.</b>	<b>Madrid</b>	<b>España</b>	<b>6,7</b>
133.	Baviera	Alemania	6,3
<b>145.</b>	<b>La Rioja</b>	<b>España</b>	<b>5,6</b>

<b>146. Aragón</b>	<b>España</b>	<b>5,6</b>
<b>150. Navarra</b>	<b>España</b>	<b>5,5</b>
190. Oberösterreich	Austria	3,7
191. Salzburgo	Austria	3,7
192. Sudeste de Inglaterra	Reino Unido	3,7
193. Este de Inglaterra	Reino Unido	3,6
194. Zelandia	Países Bajos	3,4
195. Tirol	Austria	3,3
196. Trento	Italia	3,2
197. Sudoeste de Inglaterra	Reino Unido	3,2
198. Valle de Aosta	Italia	3,0
199. Bolzano	Italia	2,7

\* Primeras y últimas diez regiones por tasa de desempleo, más todas las comunidades autónomas y las dos ciudades autónomas, junto al primer y último de cada uno de los grandes países (Alemania, Francia, Italia, Polonia y Reino Unido).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas, Comisión Europea.

La situación es menos propicia en la tasa de desempleo femenino dada la generalizada disparidad entre tasas de paro según sexos existente en España. En este caso, Extremadura, Melilla y Andalucía aparecen entre las once regiones con mayores tasas de desempleo femenino, sólo superadas por las regiones de ultramar francesas y un conjunto de territorios polacos. Mientras las regiones del Reino Unido muestran los menores niveles de paro femenino, España coloca a Madrid, Aragón, Navarra y La Rioja en la zona baja de la tasa de desempleo entre las mujeres.

#### REGIONES DE LA UNIÓN EUROPEA SEGÚN TASA DE DESEMPLEO FEMENINO, 2004\*

Puesto	Región	País	Tasa de paro femenino
1.	Reunión	Francia	34,2
2.	Guayana	Francia	29,8
3.	Guadalupe	Francia	28,0
<b>4.</b>	<b>Extremadura</b>	<b>España</b>	<b>27,3</b>
5.	Macedonia	Grecia	26,0
6.	Dolnośląskie	Polonia	25,5
7.	Zachodniopomorskie	Polonia	24,8
<b>8.</b>	<b>Melilla</b>	<b>España</b>	<b>24,7</b>
9.	Východné Slovensko	Eslovenia	24,6

10.	Warmi_sko-Mazurskie	Polonia	24,6
<b>11.</b>	<b>Andalucía</b>	<b>España</b>	<b>24,2</b>
13.	Sicilia	Italia	23,7
15.	Sachsen-Anhalt	Alemania	23,2
<b>32.</b>	<b>Galicia</b>	<b>España</b>	<b>19,3</b>
<b>42.</b>	<b>Castilla y León</b>	<b>España</b>	<b>17,2</b>
<b>44.</b>	<b>Castilla-La Mancha</b>	<b>España</b>	<b>17,1</b>
<b>53.</b>	<b>Murcia</b>	<b>España</b>	<b>15,9</b>
<b>55.</b>	<b>Canarias</b>	<b>España</b>	<b>15,8</b>
<b>59.</b>	<b>Asturias</b>	<b>España</b>	<b>14,9</b>
<b>60.</b>	<b>Cantabria</b>	<b>España</b>	<b>14,6</b>
61.	Mazowieckie	Polonia	14,0
<b>63.</b>	<b>Comunidad Valenciana</b>	<b>España</b>	<b>13,8</b>
<b>70.</b>	<b>Cataluña</b>	<b>España</b>	<b>12,3</b>
<b>72.</b>	<b>País Vasco</b>	<b>España</b>	<b>12,2</b>
<b>83.</b>	<b>Islas Baleares</b>	<b>España</b>	<b>11,2</b>
<b>110-</b>	<b>Madrid</b>	<b>España</b>	<b>8,3</b>
116.	Bretaña	Francia	8,2
<b>117.</b>	<b>Aragón</b>	<b>España</b>	<b>8,2</b>
<b>123.</b>	<b>Navarra</b>	<b>España</b>	<b>7,5</b>
<b>126.</b>	<b>La Rioja</b>	<b>España</b>	<b>7,3</b>
142.	Londres	Reino Unido	6,6
149.	Baviera	Alemania	6,2
188.	Noroeste de Inglaterra	Reino Unido	4,1
189.	Sur y Este	Irlanda	4,0
190.	East Midlands	Reino Unido	3,8
191.	Tirol	Austria	3,6
192.	Sudeste de Inglaterra	Reino Unido	3,5
193.	Este de Inglaterra	Reino Unido	3,5
194.	Bolzano	Italia	3,5
195.	Utrecht	Países Bajos	3,4
196.	Irlanda del Norte	Reino Unido	3,1
197.	Sudoeste de Inglaterra	Reino Unido	2,7

\* Primeras y últimas diez regiones por tasa de desempleo, más todas las comunidades autónomas y las dos ciudades autónomas, junto al primer y último de cada uno de los grandes países (Alemania, Francia, Italia, Polonia y Reino Unido).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas, Comisión Europea.



La reducción del número de desempleados durante el segundo trimestre de 2005 deja en los márgenes tanto a los más jóvenes como a los más viejos. En ambos colectivos se produjo un ligero repunte de la cantidad de desempleados, más intenso entre los más jóvenes. En concreto, durante el último trimestre el número de desempleados de entre dieciséis y diecinueve años aumento en un nueve por ciento.

En cambio, la reducción del desempleo afecta tanto a hombres como a mujeres, aunque a estas últimas con más intensidad. Un poco más de dos terceras partes de quienes abandonaron el colectivo de desempleados durante el último trimestre, lo mismo que durante el último año, fueron mujeres. De este modo, el número de desempleadas se redujo en términos interanuales en un dieciséis por ciento, casi el doble de la reducción experimentada por los desempleados varones. Las mujeres de entre veinticinco y cincuenta y cinco años aportan el cincuenta por ciento de la reducción en el colectivo de desempleados. Y pese a la notable reducción, las mujeres dan cuenta del cincuenta y cuatro por ciento del total del desempleo, manteniéndose su número por encima del millón de personas y su tasa en el entorno del doce por ciento.

Se observa que aún subsisten casi medio millón de hogares donde todos sus miembros permanecen en situación de desempleo, una cifra que se redujo en casi un quince por ciento a lo largo del último año. No obstante, la presente reducción del desempleo ha afectado con mayor intensidad a individuos que no son el cabeza de familia. Esta evidencia recrea la situación de que se están incorporando al mercado de trabajo individuos que permanecían en los márgenes o fuera de él, mientras que se mantiene un grupo bastante numeroso de parados que encuentran difícil encauzamiento en los actuales requerimientos del mercado de trabajo. Durante el último año, la tasa de desempleo entre los cabezas de familia se redujo en apenas un punto porcentual para un total del 5,6 por ciento. Mientras tanto, entre los cónyuges la tasa de paro alcanzó disminuciones de hasta tres puntos porcentuales. En concreto, la mayor reducción del paro se da entre los hijos que viven en el hogar de sus padres. Sus tasas de desempleo han pasado de casi el cuarenta por ciento en 1995 hasta el actual quince por ciento, que en cualquier caso se sitúa por encima de la media. La tasa de paro entre los cabezas de familia, ni en los peores tiempos del desempleo, ha superado el quince por ciento.

## 5. CONDICIONES DE TRABAJO

El coste laboral total en España en sectores no agrícolas creció en un 3,4 por ciento interanual por trabajador y mes durante el segundo semestre de 2005. La cifra disminuye al 1,5 por ciento cuando se consideran los costes por hora efectiva trabajada. Dos mil veintidós euros fueron el coste men-



sual por trabajador y de 14,7 el coste por hora trabajada. En cualquiera de los dos casos, la evolución del coste laboral está bastante por debajo del indicador de precios al consumo y, sobre todo, del deflactor real, lo cual indica que los trabajadores están perdiendo, por una parte, poder adquisitivo con la venta de la misma cantidad de trabajo y, por otra, posiciones con respecto a los beneficios empresariales en el reparto de la renta española.

El crecimiento en este periodo fue bastante homogéneo por sectores de actividad, moviéndose entre el 3,7 por ciento de la industria y el 3,3 de la construcción por trabajador y mes. El incremento bastante más moderado de las retribuciones por hora efectiva se debe al crecimiento de las horas efectivas, que se situó en ciento cuarenta y cuatro horas mensuales en ese segundo trimestre de 2005. El número de horas pactadas y no trabajadas ascendió a las 13,9 horas, una cantidad que se elevó hasta las dieciséis horas en la industria y que no se alcanza por más de dos horas en el sector de la construcción.

Según las cifras homogéneas y recientemente publicadas por el Instituto Nacional de Estadística, el coste laboral bruto en España en ocupaciones no agrícolas superó en 2004 los veinticinco mil euros anuales. El salario neto de los trabajadores representa un setenta y tres por ciento de ese coste total. Un veintitrés por ciento adicional va al pago de las cotizaciones sociales, de las cuales las obligatorias constituyen la abrumadora mayoría. Por cada euro de prestaciones sociales voluntarias se pagan treinta y dos en cotizaciones obligatorias. Al pago de indemnizaciones por despido va el 0,7 por ciento del coste laboral bruto. Esta cantidad se ve superada por el pago de indemnizaciones por fin de contrato para los trabajadores temporales, que implica el 1,3 por ciento del coste laboral bruto.

Los trabajadores de la industria implican para sus empleadores un coste laboral bruto un quince por ciento más que la media. Los asalariados de la construcción suponen un noventa y cinco por ciento del coste laboral medio y los del sector servicios, muy mayoritarios, una aportación de un punto porcentual mayor. No obstante, la distancia entre las ramas de actividad ha venido reduciéndose de manera continuada a lo largo de los años, de modo que se ha aumentado el coste relativo de los asalariados en el sector de la construcción mientras que se han acercado a la media los pagos por los trabajadores industriales. El coste laboral total aumentó en un 3,1 por ciento en promedio en 2004, una cifra que se elevó al cinco por ciento en la construcción y que tuvo un comportamiento más moderado en la industria, con un aumento del 3,5 por ciento, y en el sector servicios, donde el incremento fue del 2,8 por ciento.

La distribución por conceptos tiene fuertes diferencias por sectores de actividad. Quienes reciben íntegro más parte del coste laboral bruto son los trabajadores de los servicios, donde este epígrafe supone el 73,6 por ciento del total. En el extremo contrario, son los asalariados de la construcción quie-

nes perciben mayor diferencia entre los que le cuestan a sus empleadores y lo que reciben. Esta última percepción es un 70,8 por ciento de la primera. Son las cotizaciones sociales las que explican esta diferencia, dado que las cotizaciones sociales representan, en promedio, un cuarto del coste laboral bruto de los trabajadores de la construcción. Por el contrario, son los asalariados del sector industrial los que reciben mayores pagos en especie. Siempre en cantidades por encima de la media, el 1,2 por ciento del coste laboral bruto de éstos últimos procede de prestaciones sociales directas; el 0,4 por ciento es parte de los abonos por su formación, una cantidad que se reduce al 0,1 por ciento entre los asalariados de la construcción; y el 0,4 por ciento se va a gastos en transporte y otros gastos sociales. En promedio, el gasto en formación profesional supone un pírrico 0,34 por ciento del coste laboral bruto en España.

#### COSTE LABORAL POR TRABAJADOR Y AÑO, 2004 (EUROS)

	Total	Industria	Construcción	Servicios
<b>COSTE BRUTO</b>	<b>25.060</b>	<b>28.909</b>	<b>23.860</b>	<b>24.090</b>
Sueldos y salarios	18.280	20.923	16.897	17.721
Cotizaciones obligatorias	5.716	6.618	6.080	5.357
Cotizaciones voluntarias	178	275	72	171
Prestaciones sociales directas	266	337	109	276
Indemnizaciones por despido	169	315	48	146
Gastos en formación profesional	84	107	28	89
Gastos en transporte	18	48	23	8
Gastos de carácter social	32	55	6	31
Otros*	315	231	596	289
Subvenciones y deducciones	222	264	164	220
<b>COSTE NETO</b>	<b>24.838</b>	<b>28.645</b>	<b>23.696</b>	<b>23870</b>

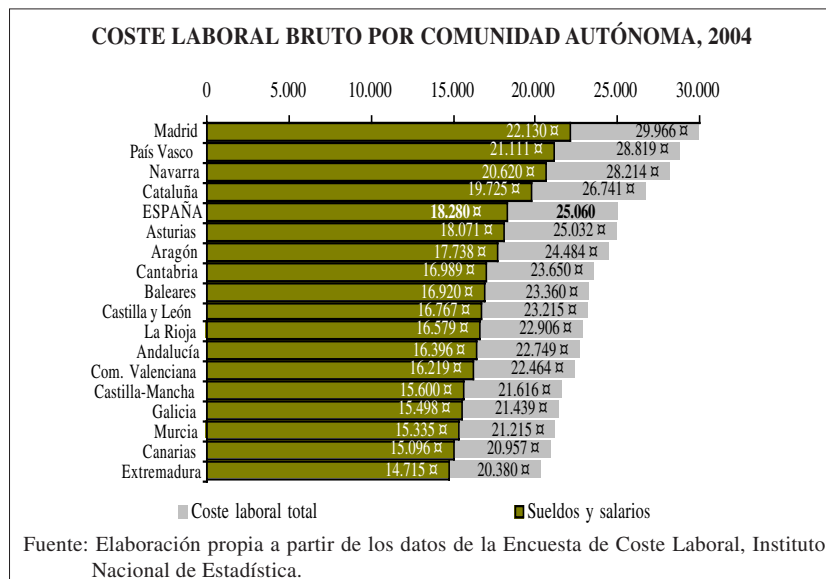
\* Incluye indemnizaciones por fin de contrato para los trabajadores temporales, pagos compensatorios, herramientas, ropa de trabajo y otros gastos afines.

Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Coste Laboral, Instituto Nacional de Estadística.

Por comunidades autónomas, el mayor coste laboral se da en Madrid, que arrebató ese puesto de privilegio a los tradicionales líderes del norte en este apartado: País Vasco y Navarra. La diferencia es más notable en lo que se refiere a sueldos y salarios, donde la percepción del asalariado medio madrileño, está un veintiún por ciento por encima de la media española y supera en un cincuenta por ciento a los emolumentos brutos medios de los trabajadores extremeños, que son los que presentan un coste laboral bruto más bajo, en el entorno de los veinte mil euros anuales.

Entre las comunidades autónomas con menores costes laborales se sitúan Extremadura, Canarias, Murcia y Galicia. El hecho de que todas estas regiones muestren tasas de desempleo por encima de la media española es un indicio claro de que el coste laboral es sólo uno de los muchos elementos que influyen sobre la creación de empleo. Estas referencias indican la subsistencia en España fuertes distancias en los costes laborales que no pueden explicarse exclusivamente en términos de una estructura productiva diferenciada según grados de especialización por ramas productivas. Durante el último año, los mayores crecimientos de los costes laborales brutos se dieron en Baleares, Cantabria, Canarias, Murcia y Navarra. En todos ellos se superó el cuatro por ciento de aumento. Por el contrario, en Galicia y Aragón no llegó a superarse el cuatro por ciento de crecimiento en lo que se refiere al coste laboral bruto. En Andalucía y Extremadura dicho aumento se mantuvo ligeramente por debajo del 2,5 por ciento.

Quienes más dedican al pago de cotizaciones sociales obligatorias son, por este orden, cántabros, asturianos y riojanos. Por el contrario, son catalanes y, sobre todo, madrileños los que menos ven reducir su salario bruto por motivo de las cotizaciones sociales obligatorias. Los madrileños y los asturianos, por su parte, están a la cabeza de las cotizaciones sociales voluntarias, un apartado en el cual donde menos coste laboral se dedica es en Canarias, Andalucía y Murcia. Los cántabros y canarios son quienes cuentan con mayores recursos dedicados a prestaciones sociales directas, un concepto en el que en La Rioja, Andalucía y Murcia no se supera el uno por ciento del coste laboral total.



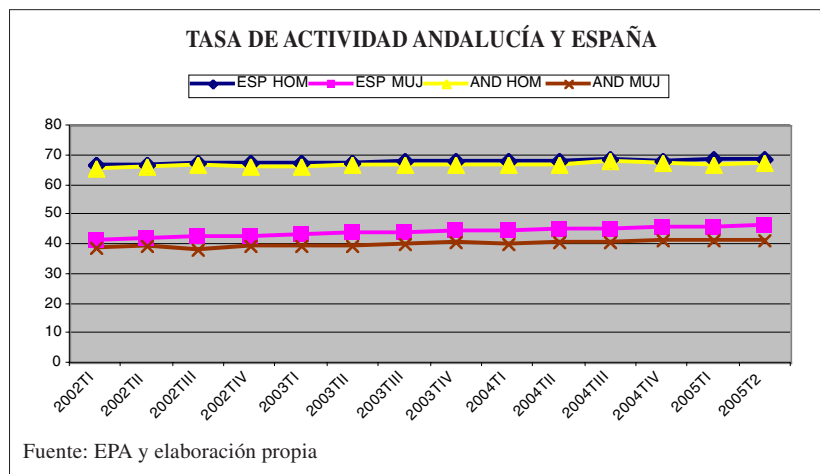
## 6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

En el contexto de crecimiento económico y de buen comportamiento de las variables laborales españolas al que nos hemos referido anteriormente, se inscribe la evolución de la economía andaluza. Como en ocasiones anteriores, vamos a proceder a analizar con cierto detenimiento la evolución de la oferta, la demanda y el equilibrio del mercado laboral en Andalucía en el segundo trimestre de 2005, para posteriormente dedicar algunas consideraciones al estudio de la evolución del coste laboral y el tiempo de trabajo. Pero antes hay que hacer una importante acotación para recordar que desde el primer trimestre de 2005 se ha realizado un profundo cambio en la metodología de elaboración de la EPA y que las comparaciones intertemporales deben ser tomadas con cautela.

En Andalucía, el número total de personas laboralmente activas se situó en el segundo trimestre de 2005 en 3.415.600 personas, lo que supone un aumento de 39.200 personas respecto al trimestre anterior. El incremento de población activa en este trimestre se distribuyó en 22.700 hombres y 16.500 mujeres. El crecimiento de la población activa se mantiene sostenido desde hace tres años, reduciendo la diferencia entre ambos colectivos.

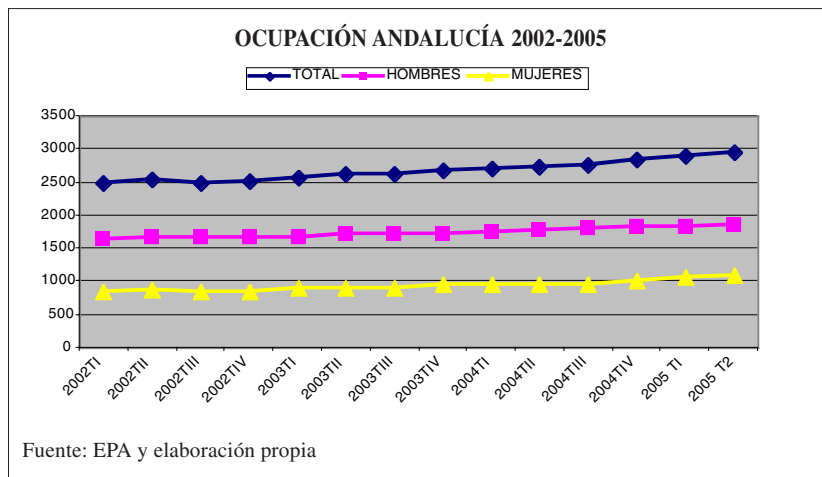
Como consecuencia de esta evolución, la tasa de actividad de Andalucía se ha situado en 54,13%, aumentando 0,38 puntos en el trimestre. La diferencia con la tasa media de actividad nacional (57,35%) se ha situado en 3,22 puntos. Esta diferencia media debe matizarse si atendemos a comportamientos de distintos colectivos.

La tasa de actividad masculina ha crecido en el trimestre de referencia en casi medio punto (0,42) alcanzando la cifra de 67,23% acercándose a la media nacional (68,71%) situando la diferencia en prácticamente nula. Por

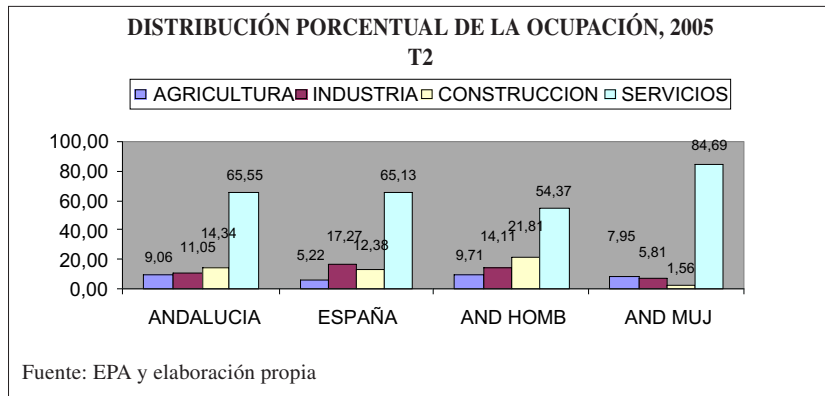


el contrario, la tasa femenina alcanza el 41,56%, siendo el valor nacional 46,49%, una diferencia significativa. Por tanto, la convergencia en la tasa de actividad masculina es prácticamente total entre Andalucía y España, mientras que se sigue reduciendo la diferencia entre las tasas de actividad femeninas nacional y regional aunque todavía hay una brecha significativa.

El aumento sostenido de la oferta de trabajo en Andalucía se ha mantenido en paralelo con el aumento de la demanda de trabajo medida por la evolución del empleo. En el segundo trimestre de 2005, la ocupación en Andalucía ha crecido entre los hombres (19.600) y sobre todo entre las mujeres (29.700). En términos porcentuales, el crecimiento de la ocupación femenina es muy superior al masculino (2,81% con respecto a 1,07%). Por edades, en ambos casos, el empleo crece fundamentalmente en el tramo de los 30 a los 44 años.

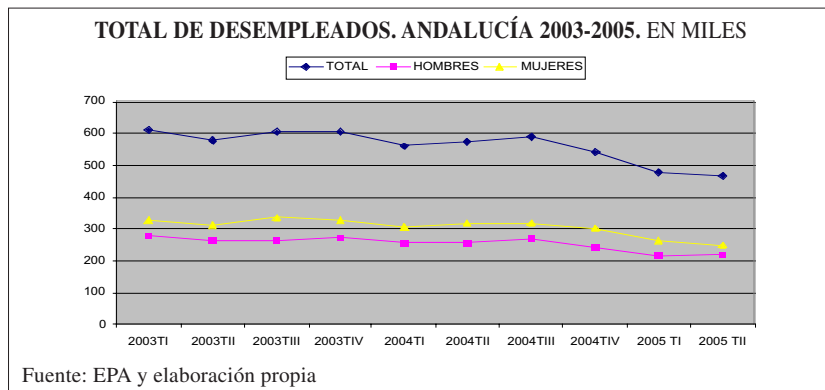


En cuanto a los sectores de actividad económica, el empleo ha crecido en el segundo trimestre fundamentalmente en el sector servicios (55.400 personas, de las que 40.200 son mujeres), seguido del sector industrial (14.600 personas, mayoría de hombres: 9.900). Por el contrario, el empleo se ha reducido en la agricultura (14.100 personas) y la construcción (6.700). En términos absolutos, el empleo en Andalucía sigue concentrado básicamente en los servicios en un porcentaje muy elevado. Sin embargo, es interesante considerar la estructura de la ocupación en comparación entre el conjunto nacional el de Andalucía y su división por géneros. Como se observa en el gráfico, la ocupación masculina es más equilibrada que la femenina, que está muy concentrada en el sector servicios y, por el contrario, es casi inexistente en el sector construcción.



En lo referente a modo en que se formaliza la ocupación, en el segundo trimestre de 2005, ha crecido el empleo a tiempo completo (21.300 hombres y 33.200 mujeres) mientras que el empleo a tiempo parcial se ha visto ligeramente reducido (-5.200 personas). La ocupación a tiempo parcial ocupa al 25,9% del total del empleo femenino, mientras que sólo ocupa al 5,71% de los hombres. Esta proporción es algo menos acusada en el conjunto nacional 24,9% y 4,68% respectivamente..

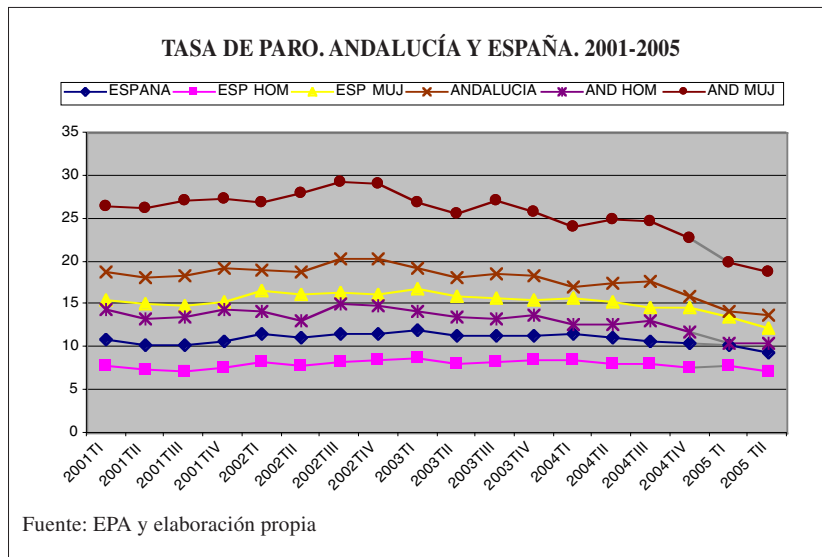
En este segundo trimestre de 2005, la ocupación está especialmente concentrada en el grupo de los asalariados, que ocupan en Andalucía a 2,395.600 personas. Sin embargo, hay algunas diferencias entre el empleo en sector público y privado de los asalariados. Casi una cuarta parte de las mujeres asalariadas están empleadas en el sector público, frente a un 19,16% de los hombres asalariados. Este sesgo hacia el empleo en el sector público de las mujeres es una tendencia mantenida en los últimos años y paralela a la incorporación de la mujer al mercado laboral. Por el contrario, en lo referente al tipo de contrato, el porcentaje de asalariados con contrato indefinido se sitúa en el 56,33% entre los hombres y en el 52,76% entre las mujeres.



En lo que se refiere al desajuste de la oferta y demanda de trabajo en Andalucía, según los datos de la EPA referidos al segundo trimestre de 2005, el número de desempleados se situó en 470.800 personas, lo que supone una reducción de 10.200 en este trimestre, lo que significa una caída del 2,11% en este trimestre. Esta favorable evolución, situó la tasa de paro andaluza en este segundo trimestre de 2005 en el 13,78% una cifra baja en términos históricos y que mantiene la tendencia a la reducción de la tasa de paro en Andalucía, acentuando la convergencia con la media nacional, cuyo diferencial se ha situado en 4,45 puntos.

La reducción del desempleo en este trimestre ha afectado fundamentalmente a las mujeres (13.200) mientras que ha aumentado ligeramente el número de hombres desempleados (3.000 más). Según los diversos tramos de edad, el desempleo se ha reducido este trimestre entre los trabajadores de 30 a 44 años. En términos absolutos, la cifra de desempleados en la región se ha situado en 219.500 hombres y 251,200 mujeres y si atendemos a los tramos de edad, hay 210.300 desempleados menores de 29 años y 166.100 entre los 30 y los 44 años.

La evolución descrita anteriormente ha situado la tasa de paro en Andalucía en el 13,78%, algo más de cuatro puntos superior a la media española. La diferencia entre la tasa masculina (10,56%) y la femenina (18,79%) es todavía muy amplia, mayor que en el caso de esta misma diferencia en términos nacionales. El Dato del desempleo registrado por el Boletín de Estadísticas Laborales también presentan valores positivos, aunque en el paro registrado de junio se presenta un cambio de tendencia, mientras que los



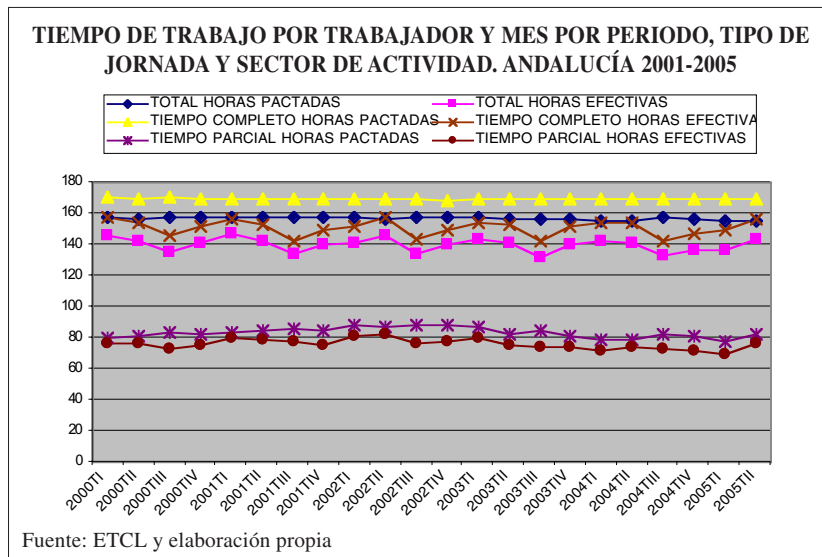
cinco meses anteriores el desempleo registrado se ha ido reduciendo, en junio ha subido por primera vez en el año.

Para terminar con el análisis del desempleo hay que hacer constar que la reducción de las tasas de paro, ha sido muy significativa en España y en especial en Andalucía en los últimos trimestres, fundamentalmente desde mediados de 2003. Ello se ha debido a que el aumento de la oferta de trabajo se ha visto compensado por un aumento de la ocupación incluso mayor. Por ello debemos hacer constar la posibilidad de que un cambio en el ciclo económico que afecte a la creación de empleo pueden volver a abrir la diferencia entre las tasas de paro nacional andaluza.

## TIEMPO DE TRABAJO

El análisis de la evolución de las variables laborales andaluzas a las que hemos hecho referencia puede completarse con una visión panorámica de la evolución del tiempo de trabajo y del coste laboral a partir de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral elaborada por el Instituto Nacional de Estadística.

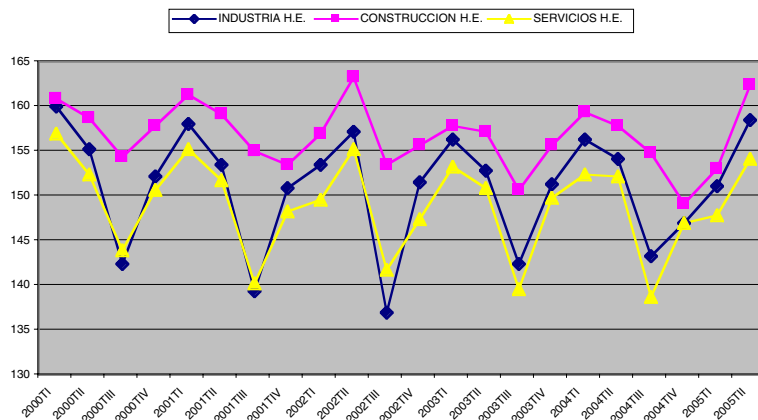
En lo referente al tiempo de trabajo, si atendemos al tipo de jornada del trabajador, como es lógico, los trabajadores a tiempo completo presentan un mayor tiempo de trabajo que los trabajadores a tiempo parcial. Sin embargo, hay interesantes diferencias entre las horas pactadas y las horas efectivas



tivas de ambos colectivos, que puede explicarse por la propia naturaleza de la relación laboral de ambos tipo de contratos. En el caso de los trabajadores a tiempo completo, las horas efectivas tienen un típico comportamiento estacional, mientras que las horas pactadas presentan una evolución estable aunque con una ligera tendencia a la reducción en el periodo considerado. Por el contrario, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial, las horas pactadas y efectivas tienen una evolución paralela, pero más cercana entre ambas. En el periodo considerado, el porcentaje de las horas pactadas y las efectivas en los trabajadores a tiempo completo se encuentra entre un 7% y un 15%, según el trimestre considerado, en el caso del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial varía entre un 4,5% y un 14%, de forma paralela. Si se observa que el porcentaje de la diferencia tiene una tendencia a crecer en el periodo.

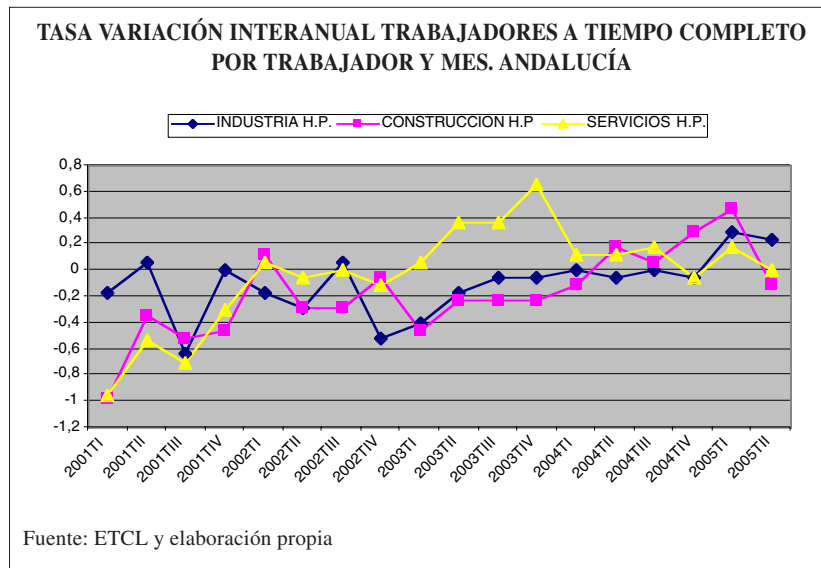
Si bien las horas de trabajo se mantienen bastante estables en general, las diferencias entre los sectores productivos son significativas. En lo que corresponde a las horas de trabajo efectivas encabeza el sector de la construcción (que en el periodo considerado se mantiene como el sector que mayores tasas de crecimiento de la ocupación ha presentado en los últimos años). El tiempo de trabajo en la industria y los servicios presenta una evolución muy semejante. En términos tendenciales, la evolución del tiempo de trabajo efectivo en el periodo considerado (2001-2005) es claramente decreciente.

**TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO TRABAJADORES A TIEMPO COMPLETO.  
ANDALUCÍA 2001-2005**



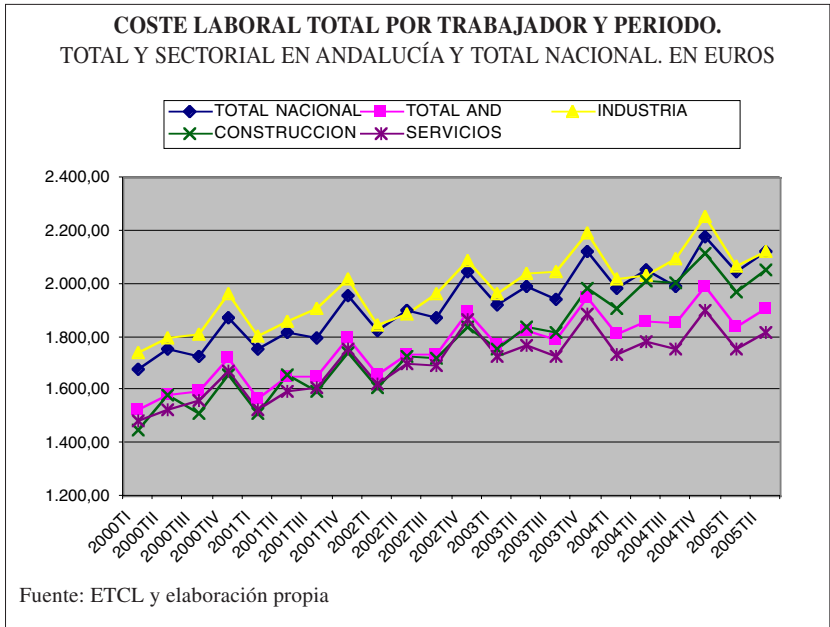
Fuente: ETCL y elaboración propia

Si por el contrario, consideramos las horas de trabajo pactadas, y analizamos la tasa de variación interanual se observa una tendencia al aumento en el caso de los servicios hasta finales de 2003, pasando de tasas negativas a positivas. Tendencias parecidas, aunque más moderadas se dan en los sectores de la industria y la construcción.

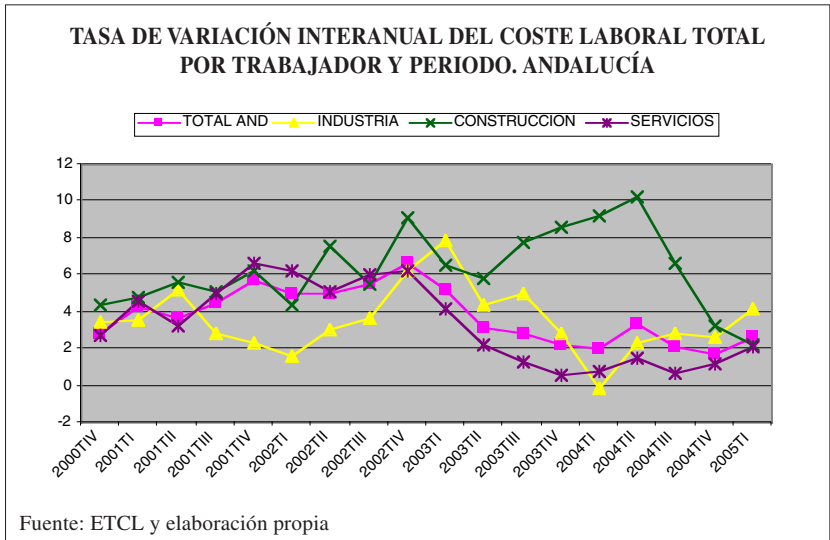


## COSTES LABORALES

La evolución de los costes laborales en Andalucía ha experimentado un incremento sustancial en términos nominales desde el primer trimestre de 2001. Sin embargo, hay importantes matices que deben tenerse en cuenta a la hora de considerar la evolución de los diferentes sectores productivos. En primer lugar, podemos constatar que el coste laboral por trabajador y periodo es superior para el total nacional que para el total en Andalucía. Esta diferencia se mantiene en torno a una media durante el periodo (primer trimestre 2001 segundo trimestre 2005) del 11,6% del coste total nacional. Los costes laborales en Andalucía, sólo son superiores a la media nacional en el sector industrial y, en los últimos cuatro trimestres considerados, en el sector de la construcción. Los costes laborales totales por trabajador en Andalucía son más reducidos que la media en el sector de los servicios.

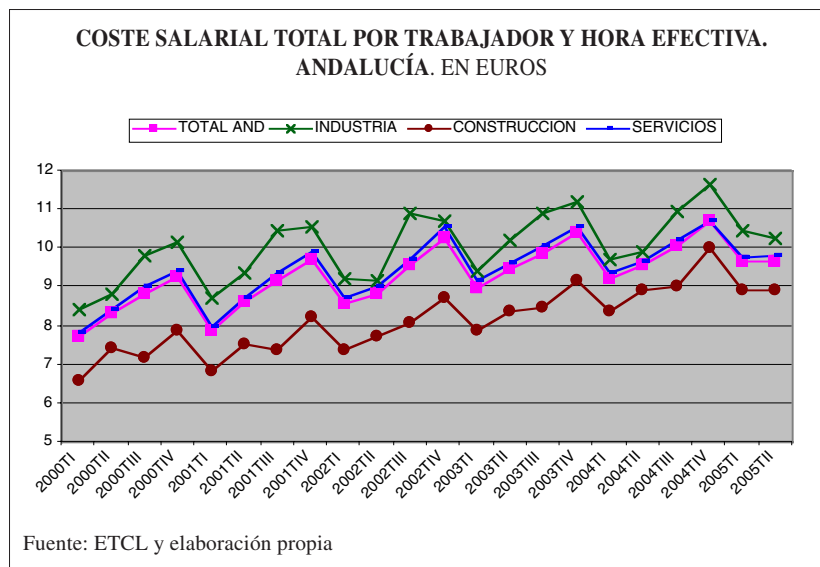


Podemos señalar que el aumento del coste laboral total por trabajador del sector de la construcción coincide en el tiempo con el tirón de la demanda que se ha planteado en otros informes anteriores, y se encuentra una importante convergencia entre los costes salariales por trabajador en la cons-



trucción y en la industria, que tradicionalmente han sido los más altos. Como se observa en el Gráfico, la tasa de crecimiento de los costes laborales en la construcción es superior a la media de la región desde el tercer trimestre de 2002, manteniéndose el crecimiento incluso en periodos en los que las tasas de crecimiento de los costes laborales en el sector de la industria y los servicios se ven reducidos a partir del primer trimestre de 2003. La caída de la tasa de variación interanual del coste laboral total de la construcción se produce a partir del segundo trimestre de 2004, produciéndose una convergencia abrupta con las correspondientes a los otros sectores.

Los comentarios anteriores sobre la evolución de los costes laborales totales, pueden ser complementados si exponemos la evolución de los costes salariales por hora de trabajo efectiva. En este caso, se constata que la diferencia entre la industria y la construcción se ha mantenido a lo largo del periodo considerado. Se puede concluir que los mayores costes totales deben considerarse atenuados por un aumento de las horas de trabajo realizadas, como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior dedicado al tiempo de trabajo. Todo ello puede considerarse como otro ejemplo de importante tirón de la demanda y la producción del sector de la construcción en el periodo considerado.







3

---

# Comentarios de Jurisprudencia







## NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

### CONVENIO COLECTIVO: RETROACTIVIDAD Y ULTRAACTIVIDAD

*Sentencia Tribunal Supremo de 2005, de 29 de diciembre*

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ \*

**SUPUESTO DE HECHO:** Tras la entrada en vigor del II Convenio Colectivo del Grupo Unión Fenosa, los sindicatos CC.OO, USO y UGT plantean demanda de conflicto colectivo al entender que habría de aplicarse el nuevo convenio a la retribución y compensación de las horas extras realizadas por los trabajadores de dicha empresa en el período que media desde el fin de la vigencia del anterior convenio colectivo a la aprobación del nuevo, ya que éste se declara retroactivamente aplicable a dicho período. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha de 26 de mayo de 2003 desestimando las demandas planteadas por los citados sindicatos. Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por parte de la representación de las mismas organizaciones sindicales. En dicho recurso, la parte actora aducía la indebida aplicación del art. 38 del II Convenio Colectivo del Grupo Unión Fenosa en relación con el art. 37.1 CE, art. 82, 1 y 3 y 86.1 y 4 ET. Asimismo, se afirmaba la infracción del art. 2 Cc en relación con el art. 9.3 CE y 3.3 y 86.4 ET.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo admite a trámite el recurso de casación interpuesto y resuelve el mismo circunscribiendo el hecho litigioso al marco de la sucesión temporal de convenios colectivos, así como a la potencialmente conflictiva relación entre ultraactividad y retroactividad. El problema se plantea, a juicio del Alto Tribunal, en el período comprendido entre el 31 de diciembre de 1999 —momento del fin del período de vigencia del I Convenio colectivo—, y el 29 de abril de 2002 —fecha de la firma del

\* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



II Convenio Colectivo. En dicho espacio temporal es dable mantener la aplicación de ambos convenios, dado que el II Convenio se declaró retroactivo desde el momento en que el I Convenio llegó a la fecha del fin de su vigencia. El Tribunal Supremo entiende que la solución a semejante controversia ha de partir del pleno reconocimiento de la libertad que en nuestro ordenamiento jurídico tienen atribuidas las partes negociadoras para fijar la duración del convenio colectivo. En virtud de esta libertad, el Tribunal acepta la posibilidad de la aplicación retroactiva del convenio también al período en el que el anterior convenio colectivo regía por aplicación de la ultraactividad. Pero para ello es preciso que las partes lo dispongan expresamente. En caso contrario, no habría posibilidad de aplicar retroactivamente el nuevo convenio colectivo.

#### ÍNDICE

1. RETROACTIVIDAD Y ULTRAACTIVIDAD. REGLAS Y EXCEPCIONES: LA LIBERTAD DE NEGOCIACIÓN
2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL ACTUAL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. IMPOSIBILIDAD DE FIJAR REGLAS GENERALES. EL ANÁLISIS DE LOS CASOS CONCRETOS

### 1. RETROACTIVIDAD Y ULTRAACTIVIDAD. REGLAS Y EXCEPCIONES: LA LIBERTAD DE NEGOCIACIÓN

La delimitación de la temporalidad del convenio colectivo viene determinada, en nuestro ordenamiento jurídico, básicamente por la amplia capacidad reconocida a las partes negociadoras para determinar el momento de inicio y finalización de la vigencia del fruto de la negociación. Esta facultad se encuentra fundamentada, por otro lado, en la propia capacidad negociadora de las partes. Esto es, en el marco de la negociación de un convenio, las partes no sólo están capacitadas para determinar los aspectos relacionados con su contenido, sino que también van a poder gobernar la vida del convenio en el tiempo.

Sin embargo, es la atribución de esta facultad la que puede llegar a generar conflictos de aplicabilidad del convenio en un determinado lapso temporal. Esta posibilidad de conflicto se generará sobre todo respecto a aquellas facultades que extienden la aplicación del convenio colectivo más allá incluso del período de vigencia del mismo convenio. Esta posibilidad tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, dos manifestaciones diferentes: la ultraactividad y la retroactividad del convenio.

En cuanto a la primera de dichas posibilidades, la ultraactividad, ésta supone que un convenio colectivo extenderá, como regla general, la aplica-

ción de sus cláusulas normativas más allá de la fecha prevista para la vigencia del convenio. Con anterioridad a la aprobación de las significativas reformas de 1994, la ultraactividad trascendía la autonomía colectiva, por cuanto que se había de considerar necesariamente presente en todos los casos. Sin embargo, esa reforma, embarcada en la labor de aumentar algunas de las posibilidades de la negociación colectiva, configuró el art. 86.3 ET como dispositivo para las partes negociadoras al permitir la eliminación de la ultraactividad antaño obligatoria de las cláusulas normativas. De este modo, a los efectos que aquí interesan, por expresa voluntad del legislador la vigencia del convenio colectivo se puede extender más allá de la fecha prevista en el mismo para finalizar su vigencia, salvo que las partes negociadores manifiesten lo contrario.

El objetivo de esta previsión estatutaria no es otro que evitar el vacío normativo en el período que media desde la fecha de extinción del anterior convenio hasta la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo. Es decir, se pretende evitar que las partes se vean sometidas, durante el proceso negociador, a la presión adicional que supone saber que mientras que dicha negociación dure no existe un instrumento convencional aplicable. Un problema que se vio agravado como consecuencia de la retirada de la ley en buena parte de los ámbitos tradicionalmente regulados por el legislador. Por otro lado, cabe decir que este carácter protector a la ultraactividad se ve confirmado por el deseo de la patronal de suprimir la ultraactividad en un futuro modelo de negociación colectiva.

El convenio colectivo denunciado no es el único instrumento aplicable al período entreconvenios, sino que el nuevo convenio colectivo se puede declarar retroactivo y aplicable a dicho período. Efectivamente, en la generosa fórmula contenida en el art. 86.1 ET tendría cabida dicha posibilidad. De esta manera, como ya avanzamos anteriormente, se produciría la paradoja de que un período temporal desprovisto formalmente de convenio aplicable se encontraría hiperregulado convencionalmente, con los problemas que ello acarrearía.

No obstante, la finalidad de ambas instituciones no se configura como igual. Mientras que la ultraactividad se presenta como un instrumento de garantía del necesario clima de distensión que toda negociación exige, básicamente en beneficio del banco social, la retroactividad no ha de responder, a priori, a ningún objetivo de favorecimiento de una u otra parte negociadora.

Como consecuencia de todo lo descrito, nos encontramos ante un supuesto que incrementa considerablemente los problemas de sucesión convencional y que trasciende los márgenes previstos en los arts. 82.4 y 86.4 ET. Cuando estos artículos establecen que el nuevo convenio colectivo sustituirá íntegramente el convenio colectivo anterior lo hace previendo una

sucesión normativa continua en el tiempo. Sin embargo, el supuesto se complica cuando se trata de determinar hasta dónde puede llegar la aplicación retroactiva del convenio y su influencia sobre las situaciones que fueron reguladas en su momento por el convenio colectivo en situación de ultraactividad.

## 2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL ACTUAL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El problema resuelto por la sentencia ahora comentada surge del hecho de que mientras el Convenio Colectivo anterior había dispuesto en su art. 3 que se mantendría en vigor hasta el 31 de diciembre de 1999, viendo prorrogada su vigencia durante la negociación del II Convenio, en este último se estableció, en su art. 5, que él mismo estaría en vigor desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2005. En concreto, el tema litigioso se centra en la necesidad de determinar cómo habrán de calcularse las retribuciones de las horas extraordinarias nocturnas o trabajadas en días de descanso durante el período de 1 de enero de 2000 al mes de marzo del mismo año, período en el que tuvo vigencia prorrogada el primer convenio y al que también extendió su vigencia retroactiva el nuevo convenio. La pretensión de la parte actora no es otra que conseguir la aplicación de la nueva regulación introducida en el II Convenio colectivo en lo que respecta al régimen de retribución de las horas extraordinarias, al entender que este último resultaba más ventajoso para los trabajadores que el contenido en el convenio colectivo cuyas cláusulas normativas se habían prorrogado merced a la ultraactividad. Esta pretensión se basaba primordialmente en el hecho de que en este último convenio se contiene una cláusula genérica de retroactividad, aplicable, por tanto, al supuesto en cuestión.

Ante la sentencia desestimatoria de sus pretensiones dictada por la Audiencia Nacional, las tres organizaciones sindicales firmantes de ambos convenios colectivos interponen recurso de casación al que da respuesta el Tribunal Supremo en una línea semejante a la mantenida, en última instancia, por la Audiencia, pero aportando un amplio e interesante aparato justificativo de dicha ratificación.

En primer lugar, respondiendo a los actores, la sentencia circunscribe el litigio a la posibilidad de que la aplicación del convenio colectivo anteriormente vigente y cuyas cláusulas se prorrogaron chocara con la voluntad genéricamente manifestada por los negociadores del nuevo convenio de que éste fuera de aplicación desde el momento fijado por el primer convenio como fecha límite de su vigencia. La sentencia entiende que ha de partirse de dos argumentos básicos y enfrentados entre sí: por un lado, la aplicación



del nuevo convenio colectivo encontraría su justificación en el propio reconocimiento constitucional a la negociación colectiva en el art. 37 CE y en lo expresamente establecido en los arts. 85, 86.1 y 90.4 ET, que atribuye amplias facultades a los negociadores, como manifestación de su genérico derecho a la negociación colectiva, para determinar la duración del convenio colectivo. Sin embargo, también la posición contraria encuentra su aval normativo, este caso en el art. 2.3 Cc, según el cual los hechos se rigen por la norma que se hallaba en vigor en el momento de aquéllos producirse, esto es, el primer convenio colectivo, salvo que expresamente se dispusiera lo contrario.

En relación al primero de los argumentos, que avalaría la aplicación del convenio requerido por los representantes de los trabajadores, ha sido reiteradamente traído a colación por nuestra jurisprudencia con el ánimo de aumentar las posibilidades de regulación convencional, y en algunas ocasiones, como es el caso de los ejemplos utilizados por la sentencia ahora comentada, para alcanzar conclusiones claramente perjudiciales para los trabajadores afectados.

El problema de la retroactividad de los convenios colectivos no se circunscribe a la posibilidad de aplicarse únicamente al período entre convenios regido por el convenio colectivo en situación de ultraactividad. Apoyándose, igualmente, en el mismo precepto estatutario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido especialmente generosa a la hora de permitir esta capacidad derogatoria del nuevo convenio colectivo cuando la nueva regulación alcanzada tras el período negociador supone un retroceso en los derechos de los trabajadores consagrados en las anteriores convenios. En este sentido, el Tribunal Supremo entra a valorar en diversas sentencias la posibilidad de que por un convenio colectivo posterior se modifiquen retroactivamente determinados extremos regulados en convenios colectivos anteriores.

Respecto a estas posibilidades, y con una finalidad sistematizadora, pueden distinguirse dos hipotéticas situaciones. Por una parte, la situación de los derechos que se pretenden derogar y, por otra, la condición de trabajador respecto a la empresa en el momento en que se lleva a cabo la disposición. Pasaremos brevemente a describir cuál ha sido la posición jurisprudencial predominante partiendo de esta clasificación. Sin embargo, puede adelantarse el hecho de que en la mayor parte de los casos nos encontramos ante resoluciones judiciales que dan respuesta a la pretensión de los trabajadores afectados por la retroactividad para que no se les aplique el nuevo convenio. Es decir, la jurisprudencia se ha centrado en delimitar cuál es la capacidad dispositiva de derechos reconocidos en los convenios colectivos anteriores merced a la retroactividad del nuevo convenio. Como se puede comprobar fácilmente, el caso que nos ocupa es justamente el contrario, pues son los tra-

bajadores los que solicitan que se les aplique el nuevo convenio retroactivamente. Quizás sea ésta la razón que justifique la nueva línea doctrinal.

En relación a dichos pronunciamientos jurisprudenciales, como la propia sentencia ahora comentada se encarga de recordar, éstos han sido bastantes proclives a aceptar la extensión de la capacidad del convenio colectivo para la disposición de los derechos de los trabajadores anteriores a la aprobación del nuevo convenio. A este respecto, la jurisprudencia suele distinguir entre aquellos derechos que ya se habían incorporado al patrimonio del trabajador respecto de aquellos otros en los que aún no se ha producido dicha incorporación. En lo que cabe a los primeros, no podría predicarse la mencionada retroactividad, mientras que respecto de los segundos nada obstaría para que así fuera. Es decir, se trataría de aplicar al ámbito de la sucesión de convenios la teoría general de las fuentes. El problema se plantea, sin embargo, respecto de todos aquellos derechos cuyo período de disfrute se prolonga considerablemente en el tiempo. Éstos ya se habían incorporado al patrimonio del trabajador, pero su disfrute se prolongará más allá de la vida del convenio bajo cuya vigencia se perfeccionaron e incorporaron a dicho patrimonio. En relación a estos derechos, puede detectarse una línea jurisprudencial favorecedora a que el nuevo convenio colectivo pueda hacer *tabula rasa* de todos ellos. Respecto a los derechos adquiridos conforme a la norma anterior y en trance de disfrute, la doctrina parece más unánime al admitir que la norma colectiva debería poder afectar a tales situaciones de ejercicio de derechos adquiridos, desde luego sin efectos retroactivos, sino a partir de un determinado momento hacia el futuro<sup>1</sup>. La solución contraria supondría en la práctica una excesiva rigidez, ya que el convenio posterior se encontraría vinculado por el anterior, viéndose mermada su capacidad normativa.

La problemática fundamental surgida en este punto consiste en precisar qué ocurriría en aquellos supuestos en los que la sucesión normativa afectara negativamente a situaciones de disfrute continuado cuyo titular fuera un trabajador que, en el momento de la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo, ya no se encontrara vinculado con la empresa en la que con anterioridad venía desempeñando sus funciones<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> En este sentido, la STCo 277/88 (Fundamento Jurídico Noveno) consideró que no existe retroactividad cuando una norma regula de manera diferente y *pro futuro* situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos afectos no se han consumado. En el mismo sentido, la STCo 210/90, de 20 de diciembre.

<sup>2</sup> En el supuesto de que la cláusula fuera más beneficiosa que la anterior, la jurisprudencia ha mantenido la posibilidad de la aplicación retroactiva del convenio colectivo a los trabajadores que cesaron en su actividad laboral con anterioridad a la fecha de publicación y suscripción del nuevo convenio. Llegando a considerar, incluso, que no se precisa de una men-



Una respuesta afirmativa en torno a la vinculación de estos antiguos trabajadores pudiera justificarse en base a dos criterios fundamentales: entender que el jubilado sigue vinculado al convenio colectivo como consecuencia de que con anterioridad estuvo sometido al mismo y que los negociadores de un convenio colectivo ostentan una representación institucional extensible a todos aquellos que han prestado servicios con anterioridad a la fecha de suscripción del nuevo convenio<sup>3</sup>; o bien entender que es el empresario el que está vinculado al convenio colectivo, por lo que también estará sometido al cumplimiento de éste respecto a las mejoras post-contrato que tuviera asumidas.

El Tribunal Supremo entra a valorar en las sentencias citadas la posibilidad de que por un convenio colectivo posterior se modifiquen determinados extremos de las pensiones de jubilación cuyo resarcimiento depende de la propia empresa. En concreto, la sentencia de 1992<sup>4</sup>, partiendo del origen convencional de la mejora que ahora se trata de suprimir, entiende que ésta debe seguir el destino de las demás disposiciones convencionales, considerando en su Fundamento de Derecho Primero que «los convenios colectivos limitan su vigencia al ámbito temporal pactado, sin que, vencido éste y sustituido el convenio por otro posterior, puedan mantener eficacia cláusulas de aquél que fueran contrarias a las contenidas en éste, incluso cuando la nueva cláusula, comparada con la precedente, puede ser considerada menos favorable». Manteniendo los mismos principios de esta última sentencia, otra de 1996<sup>5</sup>, en su Fundamento Jurídico Tercero, equipara plenamente a todos los destinatarios del convenio colectivo, independientemente de su situación laboral, a la hora de aplicar el principio de modernidad que ha de presidir la sucesión temporal de las normas convencionales.

En resumen, nuestros Tribunales se han esforzado en ampliar las posibilidades derogatorias de los convenios colectivos en relación a situaciones nacidas en anteriores convenios colectivos, con un objetivo, a nuestro entender, claro: potenciar el poder dispositivo del convenio colectivo y su nuevo papel de flexibilización de las condiciones de trabajo. Esto es, en el marco

---

ción expresa por parte del convenio colectivo para considerarlo de aplicación a dichos trabajadores. En este sentido, pueden verse las siguientes sentencias: STS de 20 de septiembre de 1992 (Ar. 6830); 23 de noviembre de 1992 (Ar. 8828); 14 de julio de 1995 (Ar. 6255); 26 de julio de 1995 (Ar. 6722); 20 de diciembre de 1996 (Ar. 9812); STCT de 25 de septiembre de 1986; y la STSJ de La Rioja de 29 de febrero 1997 (AS 204).

<sup>3</sup> Una posición favorable a este planteamiento puede verse en las SSTS 17 de enero de 1996 (Ar. 4121) y de 26 de febrero de 1996 (Ar. 1507) y SAN de 18 de mayo de 1996 (Ar. 1788).

<sup>4</sup> 11 de mayo (Ar. 3542).

<sup>5</sup> 26 de mayo (Ar. 1507).



de un aumento general de la utilización del convenio colectivo como instrumento de gestión empresarial, la retroactividad es un mecanismo más en manos de los negociadores para adaptar los niveles de derechos de los trabajadores de la empresa a las condiciones económicas de la misma.

En el marco de esta misma concepción de la negociación colectiva y, por ende, del convenio colectivo, la otra institución que afecta a la vida del convenio fuera de los márgenes establecidos en su período de vigencia, la ultraactividad, también ha visto alteradas sus tradicionales notas distintivas. Como mantuvimos con anterioridad, la ultraactividad se configura como un instrumento destinado a asegurar un marco negociador adecuado fuera de la presión que un dilatado período de vacío normativo podría acarrear. La necesidad alegada de flexibilizar los procesos negociadores llevó a que en la gran reforma de la década de los noventa se convirtiera en dispositiva para los propios negociadores, al menos parcialmente, la obligatoriedad de dicha ultraactividad.

En definitiva, el marco del que se ha de partir para comprender en toda su extensión la sentencia ahora comentada es el siguiente: por una parte, se aprecia una tendencia hacia el aumento de las facultades retroactivas de los convenios colectivos con el objetivo de aumentar su incidencia en la disposición de los derechos de los trabajadores afectados; por otra parte, se alega la necesidad de disminuir el excesivo rigor de la ultraactividad, que puede ser eliminada, en relación a las cláusulas normativas, por los negociadores del convenio.

### 3. IMPOSIBILIDAD DE FIJAR REGLAS GENERALES. EL ANÁLISIS DE LOS CASOS CONCRETOS

Partiendo del contexto descrito, la interpretación de la STS de 29 de diciembre de 2004 (Ar. 2309/05) cobra una especial significación. Efectivamente, al contrario de lo que viene siendo la doctrina habitual de este tribunal en relación a la ampliación de las facultades retroactivas del convenio y retroceso de los espacios de la ultraactividad, el Tribunal Supremo en el caso presente tiene a bien llevar a cabo una interpretación justamente contraria. Por un lado, declara que, pese a la literalidad del nuevo convenio colectivo, éste no se ha de extender al período en cuestión respecto a la regulación de las horas extraordinarias, considerando que es de aplicación prioritaria el anterior convenio colectivo que, en el marco de la genérica extensión de las cláusulas normativas, también reguló para el mismo lapso temporal la retribución de dichas horas extraordinarias.

Nos encontramos ante un supuesto opuesto a lo que suele ser la tónica general. El nuevo convenio colectivo introduce una regulación más favora-



ble que la hasta ese momento existente en relación a dicha retribución. Paradójicamente, pues, se contradice la doctrina claramente mayoritaria en relación a la retroactividad cuando cambia el tenor de la sucesión respecto de los trabajadores.

La STS contraponen dos argumentos a favor de las dos posibilidades que plantea el caso. Por una parte, considerar que la libertad de contratación que las partes tienen reconocida en el art. 37 CE y que después encuentra acomodo en el propio Estatuto de los Trabajadores implica aceptar la posibilidad de que el convenio colectivo sea de aplicación retroactiva, al menos durante el período entre convenios. Por el contrario, la posición contraria a este argumento habría de justificarse en el art. 2.3 Cc, según el cual los hechos se rigen por la norma que se hallaba en vigor en el momento de éstos producirse; esto es, en principio el primer convenio, aunque éste en realidad ni siquiera se encontraba *strictu sensu* en vigor.

Ante la imposibilidad declarada por el Tribunal de establecer un criterio generalmente válido respecto a los límites susceptibles de imponer a la retroactividad convencional, aquél se decanta por la necesidad de acudir al caso particular. Es decir, será la clara mención, en el convenio colectivo, de sus propios límites temporales, la que determinará el alcance de la fuerza retroactiva del convenio. Sin embargo, este planteamiento jurisprudencial choca, en este caso en cuestión, con que el convenio colectivo —cuyos efectos retroactivos pretenden defender los trabajadores afectados— expresamente pretendió la retroactividad convencional. El tribunal acepta que en el convenio se contiene una mención genérica, pero que ésta no es suficiente, pues, a su juicio, hay otras materias «más concretadas», lo cual viene a invalidar aquella mención genérica en lo que respecta a aquellas cuestiones que no llegan a concretarse. Es decir, ni siquiera en el supuesto en cuestión existe una exclusión, ni tampoco el convenio colectivo diferenció entre distintas materias a la hora de extender la retroactividad para excluir la retribución de las horas extraordinarias. Sin embargo, dado que hay otras materias más concretadas, mantiene el Tribunal, no es posible extender la retroactividad a semejante cuestión.

Evidentemente, la posición mantenida por el Tribunal Supremo adolece de importantes defectos. El propio ponente así lo entiende y ha de terminar su razonamiento con la cita de autoridad de un importante aparato de sentencias con las que pretende justificar su posicionamiento. Sin embargo, por paradójico que parezca, la mayor parte de las sentencias citadas mantiene justo una posición contraria. Esto es, la de extender la retroactividad convencional a materias de carácter prácticamente idéntico a la enjuiciada en esta ocasión, sin, al mismo tiempo, aseverar la necesidad de esa mención expresa que el Tribunal mantuvo como imprescindible. Es más, los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes, siempre enjuiciando supuestos

claramente perjudiciales para los trabajadores afectados por la retroactividad, llegan a mantener la posibilidad de la aplicación retroactiva del convenio a aquellos trabajadores que ni tan siquiera pertenecen ya a la empresa<sup>6</sup>.

Dado que el convenio colectivo no mencionó expresamente la materia en cuestión, puede considerarse que la retroactividad no se encontraba, para este caso, en la voluntad de los negociadores. Esa voluntad de los negociadores, y sólo ella, es la que posibilita excepcionar la regla contenida en el art. 6.3 Cc. Por tanto, dado que la retribución de las horas extras no se encuentra entre las materias privilegiadas con la retroactividad por los negociadores, habrá que, aplicando la regla general del Código Civil, excluir la misma. Este posicionamiento es justificado por el Tribunal Supremo en base al argumento de que el régimen de retribución de las horas extraordinarias es una obligación de hacer cuyo régimen jurídico ha de ser el del momento en el que aquéllas se prestaron. Sin embargo, en realidad, lo que está juzgándose no es el régimen de realización de dichas horas extraordinarias, sino que lo que los trabajadores pretenden que se les aplique es el régimen de retribución del nuevo convenio colectivo. Es decir, nada tiene que ver con el supuesto traído a colación por el Tribunal Supremo como antecedente de su pronunciamiento. En concreto, la STS 26 de junio de 1995 (Ar. 2985) se refiere al cómputo de dichas horas, relacionado, pues, directamente con su realización y no con su posterior retribución. Este argumento se ve reafirmado si comprobamos que el propio Tribunal sí que extiende la retroactividad al resto del sistema de retribución. Es por ello que el Supremo trate por todos los medios de afirmar, mediante dudosos argumentos, que el régimen de retribución de las horas extraordinarias posee una naturaleza distinta al del resto del sistema de remuneración, al que sí se aplica retroactivamente el convenio. En concreto, considera que la retribución de las horas extraordinarias lo era «fundamentalmente» en especie, o sea — continúa el fundamento de derecho segundo— que «no era una retribución de naturaleza esencialmente económica y, además se trata de una retribución específica». Basándose en estos dos argumentos, considera que «existen motivos para pensar que la voluntad de la norma paccionada era la de que a ella no alcanzara la retroactividad genérica del art. 5».

El Tribunal Supremo, como queda evidenciado por lo dicho hasta ahora, esgrime muy diversos argumentos para impedir la aplicación retroactiva del sistema de retribución de las horas extraordinarias. En primer lugar, acepta que es la voluntad de los negociadores la que determina la extensión de la retroactividad convencional. Por ello, ha de conseguirse extraer del texto del convenio colectivo algún indicio de que la voluntad de los negociadores

<sup>6</sup> Véase la STS 6 de octubre de 2003; 10 de mayo 2004 (Ar. 4714).



es contraria a lo que claramente expresa la letra del mismo, que incluye claramente el periodo entre convenios al afirmar que la norma «estará en vigor desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2005». Curiosamente, de esta parca expresión deduce que se excepciona de esta aplicación general el sistema de remuneración de las horas extraordinarias, pues no se menciona expresamente, a pesar de que expresamente no se menciona tampoco ninguna otra partida salarial. Consciente de ello, diferencia la retribución de las horas extras del resto de las retribuciones que obtienen los trabajadores por entender que, en parte, estas horas extras se compensan por descanso, por lo que en realidad no son partidas económicas. Este argumento, lógicamente, no sirve para explicar porqué no se aplica la retroactividad, al menos a la parte que sí resulta ser una compensación económica. Por otra parte, esta argumentación, basada en la deducción de una hipotética voluntad de los negociadores, chocaría con el hecho de que es el banco social en su totalidad el que solicita que se interprete la cláusula convencional en sentido contrario al mantenido por el Tribunal en última instancia.

Conforme a esta posición jurisprudencial, un importante período de la vida de las relaciones de trabajo —la que queda entre la finalización de la vigencia de un convenio y la aprobación del siguiente— se sujeta a una significativa incertidumbre. Como regla general, el contenido normativo de un convenio colectivo queda en situación ultraactividad, pero, como ya adelantamos, esta regla general puede ser excepcionada por la voluntad de los negociadores del mismo. De esta manera, una vez finalizado su período de vigencia, la totalidad del convenio dejaría de producir efecto alguno. Nos encontramos ante un período de vacío normativo evidente que sólo se puede suplir, con todas las deficiencias que ello implica, por la autonomía de la voluntad individual. Esta situación, no obstante, puede ser paliada tras la negociación del nuevo convenio colectivo, que, en el marco de la capacidad de los negociadores para determinar el período de vigencia del convenio, lo pueden declarar retroactivo en todo o parte de su contenido. Sin embargo, a tenor de la doctrina jurisprudencial emanada de nuestra sentencia, sólo será posible admitir dicha aplicación retroactiva si la materia en cuestión ha sido expresamente mencionada entre las que poseen esa privilegiada aplicación, pues, según el Tribunal Supremo, no basta una mención genérica en este sentido. De este modo, como es evidente, aumenta significativamente la inseguridad de los trabajadores y puede afirmarse que incluso se condiciona la negociación de las partes.

Para concluir, hemos de destacar que el Tribunal Supremo no acudió en ningún momento a argumentos tradicionales de nuestro Derecho del Trabajo tales como el principio *pro operario* o el de norma más favorable. Respecto a este último, el Tribunal no menciona en ningún momento la posibilidad de que aplicando dicho principio, dada la incertidumbre sobre la voluntad de los negociadores, hubiera podido aplicarse el II Convenio



retroactivamente. Se trataría, por otro lado, de uno de los escasos supuestos en que tendría cabida dicho principio, aún presente formalmente en nuestro Derecho.





## PODERES EMPRESARIALES

Universidad de Córdoba

# PODERES EMPRESARIALES Y USO DEL CORREO ELECTRÓNICO POR EL SINDICATO

*Sentencia Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2001*

CARMEN MORENO DE TORO \*

**SUPUESTO DE HECHO:** El Sindicato CCOO, desde febrero de 1999, envía a los trabajadores de la empresa Grupo BBVA SA por correo electrónico la información de acción sindical, desde el servidor externo de Comfia.net, a través del servidor interno de la empresa, sin oposición de la misma. Ello se realizó así hasta que el 13 de febrero de 2000 el servidor de la empresa rechazó todos los correos por producirse una avalancha masiva de los mismos, con desmesurado tamaño. La Empresa, pues, decidió filtrar la entrada desde aquella dirección, siendo rechazados los correos, con notificación al remitente del rechazo. Por la representación de Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (Comfia, CCOO) se planteó conflicto colectivo del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional reclamando que se declarara el derecho del Sindicato y de sus Secciones Sindicales, en las empresas del Grupo BBVA demandadas, a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico. La sentencia de la Audiencia Nacional, de 6 de febrero de 2001 <sup>1</sup>, reconoció el derecho del sindicato a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico.

**RESUMEN:** Contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se presenta recurso de casación por la empresa Grupo BBVA SA, interesando que dictara sentencia conforme a sus pretensiones en la

\* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

<sup>1</sup> AS 2001/84.



medida en que la recurrida carecía de precisión, necesaria en todas las resoluciones judiciales y ello porque permite al sindicato el uso del correo electrónico «... con la mesura y normalidad inocua con que lo venía realizando desde el 2 de febrero de 1999 hasta el momento en que emitió una cantidad de mensajes 13 de febrero de 2000 que colapsó el servidor interno de la empresa», lo que no revestía la claridad necesaria para determinar cuáles eran los límites de ejercicio del derecho e infringía los preceptos 18, 20 y 28 de la Constitución Española, el art. 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y el art. 3.1 del Código Civil, planteándose pues la existencia de la obligación empresarial, declarada en la primera sentencia, de facilitar medios informáticos al sindicato para la difusión de noticias sindicales entre sus afiliados y los trabajadores en general de la empresa, obligación que es rechazada por el Tribunal Supremo. En la actualidad, se ha planteado recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

#### ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO: PODER EMPRESARIAL Y DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES
2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2001
3. PERSPECTIVAS DE FUTURO

### 1. PLANTEAMIENTO: PODER EMPRESARIAL Y DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

La utilización de los medios informáticos se ha convertido en un tema central ante el avance de las nuevas tecnologías; la fijación de las reglas de por dónde debe transcurrir tal utilización deviene esencial a la hora de la delimitación de los derechos de las partes intervinientes: de un lado, el empresario, en tanto dueño de los medios existentes en la empresa y de otro, los trabajadores, usuarios de los mismos. Concurren enfrentados de un lado, el derecho del propietario del empresario y a la vez su derecho de vigilancia y control del uso de tales medios por sus empleados, su poder de dirección en suma y de otro, el derecho del trabajador a usar los medios que se ponen a su disposición, los límites que circunscriben ese uso y su derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones al amparo del art. 18 CE.

Si volvemos la vista al Estatuto de los Trabajadores, la cuestión la vemos reflejada en alguno de sus preceptos; de una parte, nos encontramos con el art. 5.c a cuyo tenor «Los trabajadores tienen como deber básico cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus actividades directivas»; en la misma línea, el art. 20 establece que «el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del



empresario» y, de otro lado y en relación con el empresario, este mismo precepto establece que «el empresario podrá adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana». En este poder de dirección radica el principal fundamento del derecho del empresario a acceder y controlar las comunicaciones electrónicas realizadas por los trabajadores y comprobar si realizan un uso adecuado y correcto de estos instrumentos que ha puesto a disposición del trabajador para el cumplimiento de la prestación laboral.

Esta normativa nos permite plantearnos no ya si el trabajador puede recibir información sindical a través de medios que el empresario le ha facilitado y el sindicato a mandarlos sino si el mismo empresario está habilitado para acceder al contenido de los mensajes que el trabajador recibe y emite. La propiedad de los medios no puede habilitar al empresario para acceder indiscriminadamente a la actividad que el trabajador realiza con correos electrónicos pues se verían afectados derechos fundamentales del mismo ya mencionados.

Y hay que tener en cuenta que la inclusión del trabajador como parte de la relación laboral no le priva de sus derechos constitucionales y en especial de los fundamentales; como ha establecido el Tribunal Constitucional «... La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, trabajador, de los derechos que la Constitución le reconocen como ciudadano...» y, continúa diciendo la misma resolución, «Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del Texto Constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional»<sup>2</sup>; aunque también el mismo Tribunal reconoce la existencia de limitaciones al señalar que: «... cuando nos situamos en el ámbito de una relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de relaciones recíprocas que condicionan... de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de aquella relación»<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Vid. STC 88/1985, de 19 de julio

<sup>3</sup> Vid. STC 120/1983, de 15 de diciembre; también, SSTC 88/1995, de 6 de junio; 126/1990, de 5 de julio 4/1996, de 16 de enero.

y además, señala que: «...dicho ejercicio (el del derecho fundamental) debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 del Código Civil expresa con carácter general al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»<sup>4</sup> aunque ello no suponga «la existencia de un deber genérico de lealtad con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema Constitucional de relaciones laborales»<sup>5</sup>. De ahí que para alcanzar un ejercicio equilibrado de estos derechos sea necesario determinar si la restricción de los mismos es imprescindible, lo que exigirá un análisis casuístico de las circunstancias concurrentes; de forma que como manifiesta el mismo Tribunal Constitucional: «La imprescindibilidad no es sino consecuencia de la posición prevalente que en nuestro derecho poseen los derechos fundamentales, de modo que si la existencia de la relación contractual puede llegar a imponer algún límite al ejercicio de los derechos fundamentales, este límite se ve asimismo «limitado» por la noción de imprescindibilidad»<sup>6</sup>. Se admite, pues, que el derecho fundamental no es un derecho absoluto «pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho»<sup>7</sup>.

Como señala PEDRAJAS MORENO, en la confrontación entre poderes empresariales y derechos personales van a prevalecer éstos últimos, que no tendrán más limitaciones que las que deriven de exigencias imprescindibles de la actividad productiva<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Vid. STC 120/1983, de 15 de diciembre; también, SSTC 88/1995, de 6 de junio; 6/1995, de 10 de enero.

<sup>5</sup> Vid. SSTC 88/1985, de 19 de julio y 6/1995, de 10 de enero. Para una crítica a estos límites. Vid. MOLERO MANGLANO, C., «El derecho al honor y a la intimidad del trabajador». *Actualidad Laboral* 2001-2, págs. 494 y ss. para el cual sí existe un deber genérico de lealtad al que el trabajador ha de acomodar sus actuaciones y no considera que el principio de la buena fe sea el fundamento del que derive la limitación de los derechos fundamentales de la persona en la relación de trabajo. Más acertado le parece hablar de «un necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional, (...) considerando que debe procederse a una ponderación adecuada entre unos valores y otros que respete la correcta definición y valoración del derecho fundamental de que se trate».

<sup>6</sup> Vid. STC 90/1999, de 26 de mayo.

<sup>7</sup> Vid. STC 57/1994, de 28 de febrero y 143/1994, de 9 de mayo.

<sup>8</sup> Vid. del autor, «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y límite de su ejercicio». *Actualidad Laboral* 2000-1, págs. 51 y ss. También, vid. APILLUELO MARTÍN, M., «Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judi-



Concurren, pues, una serie de derechos que se van a ver limitados en el juego de sus relaciones.

## 2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2001<sup>9</sup>

Analicemos la sentencia. La cuestión a resolver por la sentencia es si el sindicato tiene derecho a exigir que tal vía de comunicación le sea forzosamente aceptada por la empresa

El recurso de casación se presenta fundado en los siguientes motivos:

- 1.º Al amparo del art. 205 d) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral por error en la apreciación en la prueba, pretendiendo que se modifique el apdo. 3.º del relato de hechos probados de la sentencia recurrida para que se haga constar que el uso que el sindicato accionante hizo del sistema de transmisión objeto de debate fue sólo «en alguna ocasión esporádica».
- 2.º Al amparo del apdo. c) del mismo artículo y cuerpo legal, infracción del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que se declare la nulidad de la sentencia recurrida por infracción del mandato de precisión del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exige que las sentencias sean claras, precisas y congruentes, al carecer la de instancia de la precisión necesaria.
- 3.º Al amparo del art. 205 e) del mismo cuerpo legal, denunciando infracción por interpretación errónea de los artículos 18, 20 y 28 de la Constitución Española, art. 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y 3.1 del Código Civil.

En relación al primer motivo del recurso, la sentencia señala que aunque no hay constancia de remisión de mensajes de forma reiterada, el motivo no puede prosperar puesto que los documentos presentados no son exhaustivos y además, la precisión es irrelevante puesto que lo que la sentencia ha de decidir es si el Sindicato tiene derecho a exigir que tal vía de comunicación le sea forzosamente aceptada. Para ello no es trascendente que el uso del medio telemático del que se sirvió en tiempo pretérito fuera esporádico o regular, en cuanto que no se pretende deducir el derecho de una reiteración de su uso. Y es más, podemos preguntarnos ¿existe el derecho a utilizar el medio informático por el sindicato?, ¿existe ese derecho porque

cial». *Aranzadi Social* núm. 4 mayo 2003, pág. 3. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Contrato de trabajo e intimidad del trabajador». *Discurso de investidura como doctor «Honoris Causa»*. Universidad de Huelva. 2004, págs. 36 y ss.

<sup>9</sup> RJ 2002/3270.

utilizó tal medio durante un año sin la oposición empresarial? No parece que pueda derivarse tal derecho del uso pacífico durante un año por el sindicato. El Tribunal Supremo no le reconoce tal derecho al sindicato. Es más considera que para que pueda servirse de los medios informáticos de la empresa ha de haber un consentimiento expreso del mismo: «... la utilización deberá ser expresamente consentida por la demandada».

En el segundo motivo del recurso de casación se ataca la sentencia recurrida por imprecisión, y ello por fijar como límites para el ejercicio del derecho en cómo se estaba realizando el uso con anterioridad a una determinada fecha, es decir, como dice la sentencia «... con la mesura y normalidad inocua con que lo venía realizando desde el 2 de febrero de 1999 hasta el momento en que emitió una cantidad de mensajes el 13 de febrero de 2000 que colapsó el servidor interno de la empresa». Evidentemente, de aquí es difícil extraer cuál deba ser la frecuencia y extensión que deban tener las comunicaciones reclamadas sobre lo que no había acuerdo alguno anterior entre las partes. Por ello el Tribunal da la razón al recurrente declarando que la precisión de una sentencia entraña la posibilidad de que se pueda ejecutar directamente sin necesidad de operaciones intermedias y afirmando que la recurrida adolece de falta de precisión. «Al no delimitar de manera clara los contornos del derecho que reconoce, será imposible saber si el cumplimiento del pronunciamiento se está llevando a cabo de acuerdo con lo resuelto... Si se tiene en cuenta que la sentencia remite al uso que se hizo en el pasado, sobre cuyo extremo ya han manifestado las partes su desacuerdo y en los hechos probados no se precisan los contornos de tal uso, no es aventurado temer que en ejecución puedan darse conflictos de difícil solución». Al dar la razón al recurrente está apreciando que existe un vicio procesal en la sentencia recurrida, sin embargo el Tribunal no se limita a declarar su nulidad remitiendo los autos a la Audiencia Nacional sino que, por razones de economía procesal, entra en la cuestión de fondo: si el Sindicato tiene derecho a exigir el medio de comunicación discutido, que es el tercero de los motivos del recurso.

Al entrar en la cuestión hay que destacar tres hechos indubitados al haber sido admitidos por las partes:

- 1.º que el correo electrónico se estableció por el banco como una herramienta de trabajo a disposición de los empleados pero al servicio de la empresa para el desarrollo de las funciones encomendadas.
- 2.º la inexistencia de pacto alguno ni de manifestación unilateral de la empresa que otorgue al Sindicato el derecho a utilizar tal herramienta.
- 3.º que el Sindicato ha utilizado el medio durante cerca de un año hasta que se produjo el colapso del servidor del banco por envío masivo de correos a los trabajadores.



Hay que recordar aquí que una anterior sentencia del mismo Tribunal en la que se planteó esta cuestión, la sentencia de 13 de octubre de 1995<sup>10</sup>, no reconoció derecho alguno al sindicato. Se solicitaba, entre otras pretensiones, que se reconociera a los representantes sindicales el derecho a acceder al libre uso de los llamados tablón y correo —programa de ordenador sobre información general y correo interno— con el fin de comunicarse con sus representados. En esta ocasión el Alto Tribunal consideró que no se vulneraba el art. 28.1 de la Constitución Española, invocado por la parte reclamante, dado que dicho precepto fundamental no contenía mandato alguno que afectara a la cuestión litigiosa relativa al uso de concreto medio de comunicación por los representantes sindicales, por lo que era obvio que la norma no había sido infringida. Razonamiento, a nuestro juicio, demasiado simplista que no entró en el meollo de la cuestión planteada.

Nuevamente se plantea en esta sentencia el problema del uso del correo electrónico; por tal hay que entender un sistema de comunicación, un servicio donde dos comunicantes transmiten un mensaje digital entre dos ordenadores a través de un servidor, mensaje que se mantiene registrado hasta el momento en que el receptor accede a él. Se viene distinguiendo entre un uso laboral del mismo cuyo objetivo va a ser el desarrollo de las actividades que el trabajador tiene encomendadas y un uso particular, ajeno a dichas actividades.

En el caso enjuiciado nos encontramos en este segundo tipo; se nos plantea el uso del correo por el sindicato y, a la vez, por el trabajador que accede a la información sindical vertida por este medio, además del empleo por el trabajador del tiempo de trabajo para acceder a dicha información<sup>11</sup>.

Desde luego, el art. 20 reconoce el derecho del empresario a utilizar medios de control para supervisar la actividad de sus empleados; la propiedad empresarial de los medios parece ser la cualidad que prevalece en la

<sup>10</sup> AS 1995/7749.

<sup>11</sup> Recuérdese que la STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2000 (AS 3444) sancionaba esta pérdida de tiempo y consideraba al despido procedente ya que «concorre así un acreditado incumplimiento laboral del trabajador sancionado, ya que su actitud supone la pérdida de tiempo de trabajo efectivo, tanto del trabajador al confeccionar y enviar los mensajes como de sus compañeros al recibirlos y leerlos». En el mismo sentido, la STSJ de Galicia de 4 de octubre de 2001 (AS 2001/3366).

Como señala LUJÁN ALCARAZ, el uso particular no sólo tiene un coste económico para el empresario y supone un consumo de tiempo de trabajo retribuido, sino que puede servir de cauce para la perpetración de actos irregulares e incluso ilícitos, como la sustracción y/o revelación de secretos de la empresa, la recepción y difusión de los llamados virus informáticos, la lesión de los derechos de propiedad intelectual o artística o para ofender o acosar sexualmente a compañeros de trabajo o a superiores. (Vid. del autor, «Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación». AS núm. 3/2001. Bib 2001/602, pág. 4).

jurisprudencia a la hora de enjuiciar el control por el empresario del correo que usa su empleado, fallando los Tribunales de manera muy restrictiva a los derechos del trabajador en este ámbito; y así se define al ordenador como «instrumento de trabajo propiedad de la empresa y que no debe ser empleado para otros fines distintos y diferentes que la realización de la actividad laboral, por lo que no cabe hablar de documentos personales incorporados al mismo»; por esa razón no se puede decir que el empleador viola el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)<sup>12</sup> cuando supervisa el ordenador de su empleado<sup>13</sup>; y en esta línea se llega a decir que no se trata, pues de correspondencia privada entre particulares sino de «una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales, pudiendo la empleadora ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios, que son de su propiedad»<sup>14</sup>.

Una cosa es el control del «asunto» o «destinatario» del mensaje y otra bien diferente es acceder sin más, indiscriminadamente al contenido de los mensajes salientes o entrantes. Esto no estaría justificado, mas que con las garantías de llevarse a cabo durante la jornada laboral y en presencia del representante de los trabajadores, tal como señala el ET para los registros en el trabajo<sup>15</sup>.

El control del correo por el empresario sería lícito si se atienden a los siguientes requisitos: 1) La necesidad de un propósito especificado, explícito y legítimo, 2) que el control o la supervisión sea una respuesta proporcionada sobre un posible riesgo; 3) y la mínima repercusión sobre los derechos a la intimidad de los trabajadores afectados. Requisitos que no son sino la aplicación de la doctrina constitucional.

Así el Tribunal Constitucional ha declarado en reiteradas ocasiones que el ejercicio de la facultad de control empresarial ha de efectuarse conforme al criterio de la proporcionalidad. En efecto, el ejercicio de esta prerrogativa empresarial no puede suponer una violación de derechos fundamentales que el trabajador ostenta. Se busca «el necesario equilibrio entre las obliga-

<sup>12</sup> Las comunicaciones amparadas por este precepto son aquéllas que, en cuanto proceso de comunicación, contienen mensajes, expresiones de pensamiento, articulados e inteligibles y, además, se realizan por medios técnicos, excluyéndose de esta tutela las comunicaciones que se realizan «cara a cara».

<sup>13</sup> Vid. la STSJ Andalucía/Málaga de 25 de febrero de 2000 (AS 562). También, la STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2004 (AS 2004/443).

<sup>14</sup> Vid. la STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2000 (AS 3452); también la STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 2004 (AS 2004/1231).

<sup>15</sup> Sobre los límites que derivan del derecho al secreto de las comunicaciones para el empresario, vid. MARÍN ALONSO, I., «El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones». Ed. Tirant lo Blanch. *Tirant monografías*. Valencia. 2004, págs. 158 y ss.



ciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito —modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente— de su libertad constitucional»<sup>16</sup>. Pues «dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto u adecuado desenvolvimiento de la actividad productiva. Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo»<sup>17</sup>. Esta proporcionalidad se ha de dar en atención a las restricciones que sufren los derechos enfrentados de manera que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: juicio de idoneidad: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; juicio de necesidad: si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y juicio de proporcionalidad en sentido estricto: si, finalmente, la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto<sup>18</sup>.

La concurrencia de estas condiciones es ponderada por los Tribunales a la hora de determinar si la actuación controladora del empresario es conforme a Derecho<sup>19</sup>.

### 3. PERSPECTIVAS DE FUTURO

No se puede dar la espalda a los cambios introducidos por la tecnología ni a los rápidos avances en la comunicación; así se ha manifestado el

<sup>16</sup> *Vid.* la STC 6/1988, de 21 de enero.

<sup>17</sup> *Vid.* STC 98/2000, de 10 de abril, y continúa diciendo la sentencia «Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y las estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear éstas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad».

<sup>18</sup> *Vid.* STC 186/2000, de 10 de julio. También, SSTSJ de Madrid de 10 de abril de 2003 (AS 2003/3257), de Madrid de 13 de mayo de 2003 (AS 2003/3649).

Sobre la aplicación de estos requisitos *vid.* el comentario a la STSJ de Madrid de 6 de julio de 2004 en BORRAJO DACRUZ, E. «Derecho a la intimidad del trabajador y control videográfico del lugar de trabajo». *Actualidad Laboral* núm. 4 de febrero de 2005, págs. 443 y ss.

<sup>19</sup> *Vid.* APILLUELO MARTÍN M., «Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador...», *op. cit.*, pág. 9.

Tribunal Constitucional en su sentencia de 3 de abril de 2002<sup>20</sup>: «Ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos,...». Desde esta posición la propia cuestión hay que ponerla en relación con los derechos que la Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce al trabajador en el art. 8. Según tal precepto los trabajadores afiliados pueden «distribuir información sindical» si bien «fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal en la empresa»<sup>21</sup>; en su apartado 2 también reconoce a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos la posibilidad de disponer de un tablón de anuncios<sup>22</sup>.

Estos derechos no hacen sino facilitar el ejercicio de la acción sindical en la empresa. Como bien señala el T. Constitucional: «la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y los afiliados, entre los delegados sindicales y los trabajadores es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical. Por ello el legislador debe garantizar y garantiza la libre difusión de este tipo de comunicaciones»<sup>23</sup>.

Una interpretación amplia del contenido de este precepto quizá diera luz al problema del uso del correo electrónico de la empresa por los sindicatos. De dicho precepto deriva la obligación que tiene el empresario de permitir la difusión de noticias sindicales dentro de su empresa<sup>24</sup>. Si en un primer momento la difusión se realiza mediante «entrega de mano en mano», hay que pensar que hoy bien puede hacerse mediante una comunicación informática; lo que no es sino aplicar en la interpretación de las normas los

<sup>20</sup> Vid. la STC 70/2002, de 3 de abril.

<sup>21</sup> Aunque en este punto, podemos volver la vista al art. 68 del ET sobre las garantías de los miembros del comité de empresa y delegados de personal de aplicación a los representantes sindicales que otorga un tratamiento más amplio al referirse a la «posibilidad que tienen de publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa»; es decir, cabría realizar la distribución durante las horas de trabajo.

<sup>22</sup> En el mismo sentido, el art. 81 del ET en relación a los derechos que en esta línea ostenta la representación unitaria.

<sup>23</sup> Vid. la STC 94/1995, de 19 de junio.

<sup>24</sup> El art. 7.8 de la LISOS considera infracción grave «La transgresión de los derechos de los representantes de los trabajadores y de las secciones sindicales en materia de... tableros de anuncios, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos».

criterios contenidos en el art. 3.1 del C. Civil, entre otros, que las normas se interpretarán según «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» y además «atendiendo al espíritu y finalidad de aquéllas». Tales criterios nos dan la razón. El espíritu de este artículo 8 no es sino permitir que la información sindical fluya en la empresa entre los afiliados y los trabajadores en general y el criterio anterior nos lanza a la actualidad: la aplicación de las nuevas tecnologías en todos campos, incluida la empresa y hay que tener presente que hoy el correo electrónico ha sustituido al teléfono y al papel. Lo mismo se ha de decir respecto al tablón de anuncios que necesariamente ha de permitir el empresario en las dependencias de la empresa; puede entenderse actualmente el tablón de anuncios como una página web u otro programa de ordenador de información general que pudiera tener la empresa donde el sindicato pueda colgar su información a través de enlaces o «links».

Si es claro que la realidad nos lleve a la utilización de la informática, también es claro que dicha utilización exija una regulación. No existe, en nuestro Derecho, ninguna regulación legal al respecto<sup>25</sup>. Sin embargo, consideramos que un forma adecuada de regulación debiera ser a través de los convenios colectivos. En los mismos las partes podrían negociar la manera de utilización de estos medios, ya por los trabajadores, ya por los representantes de los trabajadores, para fines de acción sindical en la empresa o fuera de ella, el fin para el que está destinado el correo electrónico y, a la vez, el posible control que pudiera tener el empresario sin que supusiera lesión a ningún derecho fundamental del trabajador, la eventual responsabilidad del trabajador que incumple las previsiones contenidas en dichas normas inter-

<sup>25</sup> En nuestro entorno, Gran Bretaña aprobó una normativa sobre la materia: la «Regulation of Investigatory Powers 2000», que reconoce unos poderes de control limitado al empresario. En España, a raíz de las sentencias del TSJ de Cataluña de 5 de julio y 14 de noviembre de 2000 se presentaron unas iniciativas parlamentarias por la oposición y rechazadas por el P. Popular por las que se aspiraba a lograr una regulación de la materia. Concretamente, el Grupo Parlamentario Mixto presentó una proposición de ley sobre uso del correo electrónico en la empresa (2001). Se pretendía que se garantizara el derecho de cada trabajador a un buzón personal en la empresa; el derecho de los sindicatos a comunicarse con los trabajadores a través de un buzón sindical y el libre acceso de los representantes sindicales al correo electrónico e Internet en la empresa. La proposición daba una nueva redacción a los artículos 81 del ET, 8.1.c y 8.2 a) de la LOLS previendo que se facilite a los representantes un lugar en la Intranet de la empresa y los medios técnicos necesarios para garantizar la comunicación electrónica entre los trabajadores y la representación legal; a los trabajadores afiliados que no tengan buzón personal se les faciliten los medios técnicos necesarios en lugares comunes para tener acceso a la información sindical y a los sindicatos y secciones sindicales se les permita dirigirse a sus afiliados por medio del correo electrónico, se les facilite un lugar en la Intranet de la empresa, un buzón sindical de libre acceso y los medios electrónicos necesarios para garantizar la libre comunicación electrónica.

nas, las sanciones a imponer en caso de vulneración de tales normas de manera que haya un conocimiento previo de las mismas por parte de los trabajadores... No excluye esto que, individualmente, por contrato de trabajo, el empresario y el trabajador puedan establecer también las directrices para el uso del correo. De la misma manera, la empresa puede establecer a título particular una normativa sobre la materia aunque sería exigible el informe previo de los representantes de los trabajadores al encontrarnos en el supuesto de implantación o revisión de sistemas de organización o control del trabajo, al que se refiere el art. 64.1.4.ºd) ET; precisamente, en la sentencia comentada se nos hace referencia a que la empresa BBVA SA estableció una «Normas de actuación para el uso racional del Correo Electrónico y fomento del mismo», conteniendo una serie de prácticas a evitar, entre ellas, la remisión a uno o varios usuarios de correos no solicitados, especialmente si esto se hace de forma masiva (actividad conocida como «sapm»); estas normas las estableció con posterioridad a la prohibición que impuso al sindicato de usar el correo, mencionando esta práctica que precisamente fué la que provocó el bloqueo del servidor de la empresa. En concreto, se fija cuál es el destino del uso del correo al señalar estas normas que: «El correo electrónico es una herramienta de productividad que el grupo pone a disposición de los empleados, para el desarrollo de las funciones que les tiene encomendadas. Los usos ajenos a estos fines son por tanto considerados inapropiados y en el límite podrían configurar falta laboral». La empresa limita, pues, el uso a fines estrictamente laborales.

En el caso enjuiciado el empresario controla la información que el empleado va a recibir en la medida en que los medios utilizados —el servidor y el correo electrónico— son de su propiedad y se justifica la prohibición de un uso, tácitamente consentido —llevaba un año usándolo— por la perturbación que produjo en el funcionamiento de la empresa. Y si hay unas normas sobre el uso del correo electrónico, no hay unas negociadas que regule dicho uso por el Sindicato; la regulación sobre la materia existente en la empresa se reduce a unas normas unilaterales dadas por la misma y que circunscribe el uso de este correo al ámbito de la actividad laboral.

Como señala la sentencia comentada, «no hay norma jurídica alguna que conceda al sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos del banco para realizar la comunicación con sus afiliados y con las secciones sindicales». Se impone como necesaria la regulación negociada de la materia con intervención y consentimiento de los representantes. Como declara la propia sentencia, «la utilización del sistema que hoy se niega podrá ser objeto de negociación colectiva o acuerdo de cualquier tipo, pero mientras no se obtenga, la utilización deberá ser expresamente consentida por la demandada».



## PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

# FORMALISMO ANTE LA SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO DE SOCIOS TRABAJADORES DE COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO: LA PARCIAL DESPROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN SITUACIONES PARADÓJICAS

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 16 de mayo de 2005*

SOFÍA OLARTE ENCABO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Tres socias trabajadoras de la Sociedad Cooperativa de Trabajo Asociado «Textil Foz» trabajaban en ésta como modistas a tiempo completo. Desde el comienzo de su actividad en 1996 la Sociedad Cooperativa tuvo pérdidas que fueron en aumento en los años siguientes hasta llegar a tener pérdidas de en el año 2000 de 5.258.121 pesetas, según informe del auditor de cuentas. El 14 de diciembre de 1999 recibieron respectivamente una comunicación en la que se les comunica el acuerdo del Consejo Rector de la Cooperativa de proceder a la extinción de sus contratos de trabajo por causas objetivas, concretamente por causas técnicas y organizativas, al amparo de lo previsto en el artículo 52, apartado c) del Estatuto de los Trabajadores, teniendo efectividad la extinción el día 15 de diciembre de 1999. Dicho acuerdo se fundamenta en la reorganización del proceso productivo para incrementar el proceso de eficacia del ciclo económico de la empresa, lo que ha comportado cambios en los métodos de trabajo que hacen de imposible acomodo su permanencia, además de haber quedado abandonado el tipo de producto que dichas trabajadoras manufacturaban por el cambio de tendencia del mercado. Y a los efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el art. 53 del Estatuto de los Trabajadores se puso simultáneamente a su disposición la indemnización señalada en el apar-

\* Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

tado b) del núm. 1 de dicho precepto, es decir, 20 días por año de servicio trabajado con un máximo de doce mensualidades. Posteriormente recibieron finiquito el día 15 de diciembre de 1999. Posteriormente, con fecha 22 de diciembre de 1999 las trabajadoras solicitaron la prestación por desempleo, siéndoles denegada por resolución del INEM de fecha 26 de enero de 2000 por «no encontrarse en situación legal de desempleo, dado que a pesar de cesar con carácter definitivo en la prestación de trabajo, el cese no ha sido debidamente contrastado por la autoridad laboral a través del expediente de regulación de empleo. Posteriormente, las actoras interpusieron reclamación previa contra la resolución del INEM, siendo desestimada por Resolución de 10 de marzo de 2000. Agotada la vía administrativa previa se inicia la vía judicial.

**RESUMEN:** La Sentencia del TS que aquí se comenta y sirve de punto de partida para un análisis crítico del régimen de protección por desempleo de los socios cooperativistas de las cooperativas de trabajo asociado (STS de 16 de mayo de 2005, rec 3943/2003), resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INEM contra la Sentencia del TSJ de Galicia de 10 de mayo de 2003, en recurso de suplicación núm. 1217/2001, interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo de 20 de diciembre de 2000 y autos acumulados.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del INEM. Casando y anulando la Sentencia del TSJ de Galicia de 10 de mayo de 2003 y resolviendo el debate en suplicación estima el de igual naturaleza formulado por el IEM, revocando la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo y autos acumulados recaídos en los Juzgados núm. 1 y núm. 2 de Lugo y desestimando la demanda. La razón fundamental esgrimida por el TS en esta Sentencia es que en modo alguno cabe considerar sustituida la normativa instaurada por el Real decreto 1043/1985, de 19 de junio por el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social. Y es que dicho Reglamento sólo contempla una posibilidad de extinción objetiva por causas económicas, sin distinción en cuanto al número de trabajadores afectados, exigiendo la intervención de la Autoridad Laboral, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.b) y 4 del RD 1043/1985.

#### ÍNDICE

1. EL PROGRESIVO Y PARCIAL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE LOS SOCIOS TRABAJADORES DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA DE LA STS DE 16 DE MAYO DE 2005
3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS A MODO DE CONCLUSIÓN



## 1. EL PROGRESIVO Y PARCIAL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE LOS SOCIOS TRABAJADORES DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

La accidentada historia normativa del aseguramiento de los socios trabajadores de las cooperativas es quizá el mejor exponente de la compleja condición jurídica de estos trabajadores, siempre a medio camino entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo autónomo<sup>1</sup>. En efecto entre la sociedad cooperativa y el socio se establece una relación cuya naturaleza es muy peculiar, siendo, además, variable en función del tipo de cooperativa en el marco más amplio del sector denominado economía social. Pero a diferencia de las Sociedades Laborales, cuyos socios trabajadores han quedado plenamente encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social, los socios de las cooperativas de trabajo asociado permanecen en un sistema excepcional, en cuanto se ha seguido un modelo opcional de encuadramiento, completamente excepcional en un Derecho como es el de la Seguridad Social compuesto por normas de derecho necesario absoluto.

Desde que la OM de 17 de junio de 1947 dispusiera la afiliación de los cooperativistas a las mutualidades de trabajadores autónomos, nuestro ordenamiento ha oscilado entre su asimilación a trabajador por cuenta ajena y su consideración como trabajador por cuenta propia, habiéndose planteado la posibilidad de un Régimen Especial propio tan sólo en una ocasión (LSS 1974).

Refiriéndonos ya al Derecho positivo vigente, la LGSS incluye a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado en su campo de aplicación (art. 7.1 c) LGSS y las modalidades de integración en el Sistema de Seguridad Social (D.A. 4.<sup>a</sup>). En los mismos términos se establece dicha integración tanto en la Ley General de Cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio), como en la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas (Ley 2/1985 de 2 de mayo), que regulan las modalidades de integración de éstos mediante un sistema de encuadramiento opcional en el Sistema de Seguridad Social.

La Disposición Adicional Cuarta de la LGSS establece lo siguiente:

*«Modalidades de integración de los socios trabajadores y de los socios de trabajo de las cooperativas. 1.—Los socios trabajadores de las Cooperativas de*

<sup>1</sup> Sobre la complejidad de la relación que une al socio trabajador a la cooperativa, los paralelismos y diferencias con las normas que disciplinan el trabajo por cuenta ajena, *vid.* por todos ORTIZ LALLANA, M.C.: *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*, Bosch, 1989 y GONZÁLEZ DE PATTO, R.: «El nuevo régimen jurídico de las relaciones de trabajo en las cooperativas de trabajo asociado: ambivalencias en el proceso de laborización del socio trabajador (Particular referencia a la Ley 22/99) de Sociedades Cooperativas Andaluzas», *TL* núm. 53, 2000.

*trabajo asociado disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa entre las modalidades siguientes:*

*a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad.*

*b) Como trabajadores autónomos en el Régimen Especial correspondiente. Las cooperativas ejercerán la opción en los Estatutos, y sólo podrán modificar la opción en los supuestos y condiciones que el Gobierno establezca.*

*2.—...*

*3.—En todo caso, no serán de aplicación a las Cooperativas de Trabajo Asociado..., las normas sobre cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.*

*4.—...*

*5.—Se autoriza al Gobierno para regular el alcance, términos y condiciones de la opción prevista en la presente disposición, así como, en su caso, adaptar las normas de los Regímenes de la Seguridad Social a las peculiaridades de la actividad cooperativa».*

Nuestro ordenamiento parece pues haber descartado la opción del régimen especial para los socios trabajadores de las cooperativas, sin renunciar —tal y como expresamente dispone la disposición adicional 4.<sup>a</sup> LGSS— a la existencia de *peculiaridades*, que habilitan al Gobierno, en su caso, para la adaptación de las normas de los correspondientes regímenes a la actividad cooperativizada y que tienen en la exclusión del Fondo de Garantía Salarial su primera peculiaridad legal. Y aunque el término «peculiaridades» no sea sinónimo de restricciones, al menos en la doctrina constitucional (por ejemplo en relación con la libertad sindical de los funcionarios públicos ex art. 28 CE), lo cierto es que en el tema que nos ocupa parece identificarse.

El abandono de la posibilidad de haber creado un Régimen Especial de Sociedades Cooperativas es una opción de política del derecho coherente con la más general en el Derecho de la Seguridad Social de reducir al máximo el número de regímenes especiales (tendencia a la simplificación y equiparación de colectivos). Y, desde ese punto de vista, intachable. Sin embargo, no es menos cierto que el acoplamiento de estos regímenes —fundamentalmente el Régimen General y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos— a las peculiaridades de estas relaciones laborales-societarias<sup>2</sup> no siempre es fácil y ya son varios los puntos en los que se detecta cierta fricción entre el Derecho Societario y el Derecho Laboral. Ello es visible tanto en el caso del RETA (en el que no cabe el alta y cotización a tiempo

<sup>2</sup> Sobre esta problemática *vid.* nuestro trabajo, «Sociedades Cooperativas de Trabajo Asociado y trabajo a tiempo parcial: la adaptación de las normas de Seguridad Social», en *TL* núm. 64, 2002.



parcial, cuando, por el contrario, la legislación cooperativa, nacional y autonómicas, admiten la figura del socio trabajador a tiempo parcial en coexistencia con el socio trabajador con dedicación a tiempo completo), como también en el Régimen General (respecto al que persiste un tratamiento menos favorable, especialmente en materia de prestaciones del Fondo de Garantía Salarial y desempleo).

Fricciones y rigidez que no siempre se explican por el hecho de que todos los socios hayan de tener el mismo Régimen de Seguridad Social, una vez ejercida la opción en los Estatutos a favor de uno y otro Régimen. Y es que el legislador —en el ámbito de la Seguridad Social— sigue tratando a estas empresas con cierto recelo, temeroso de que sean la «puerta falsa» para el acceso de prestaciones de forma fraudulenta. Y de este recelo y rigidez es precisamente ilustrativa esta Sentencia, que prima la interpretación literal y formal por encima de la justicia material y la interpretación finalista, al menos en cuanto al supuesto de hecho concreto se refiere.

El derecho de opción a la asimilación bien a trabajadores por cuenta ajena, bien a trabajadores por cuenta propia fue objeto de desarrollo reglamentario por el RD 225/1989, de 3 de marzo. En él dejaba claro que la opción ha de realizarse en los Estatutos y alcanza a todos los socios trabajadores, no pudiéndose modificar la opción antes de cinco años como mínimo. Además, y esto es importante subrayarlo, el RD 225/1989, establecía que, una vez realizada la opción y producida la correspondiente integración a un Régimen, se aplicarían a los socios trabajadores las normas reguladoras del respectivo Régimen «en su integridad»<sup>3</sup>. Con posterioridad el RD 225/1989 fue derogado por el RD 84/1986, de 26 de enero, por el que se aprobó el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. Sin embargo, el art. 8 de este Reglamento se limita a reproducir íntegra y literalmente lo establecido en la norma reglamentaria a la que derogaba, por lo que, aún en el marco de este Reglamento General el régimen del derecho de opción permanece inalterado.

<sup>3</sup> Es interesante observar que se regulaba, igualmente, la responsabilidad en materia de Seguridad Social de la cooperativa. En efecto, en caso de haber optado por el Régimen General u otro Régimen Especial de Trabajadores por cuenta ajena, corresponderán a la cooperativa las obligaciones que en esta materia se imponen al empresario (afiliación, altas, bajas, cotización...). De otro lado, cuando se opte por el Régimen de Trabajadores por cuenta propia u otro Especial de trabajadores por cuenta propia, la cooperativa es responsable solidariamente con cada socio de la obligación de cotización, y, subsidiariamente, de las obligaciones de afiliación, alta, baja y variaciones de datos que correspondan a los socios cooperativistas. Desde nuestro punto de vista, la imposición de esta responsabilidad es una muestra más del recelo del legislador hacia esta forma de trabajo.

Hasta aquí, y en el tema que ahora nos ocupa, el régimen jurídico de la prestación por desempleo de los socios trabajadores de la cooperativa, parece claro que en los caso en que los Estatutos de la cooperativa dispongan la integración en el Régimen General —o Especial de trabajadores por cuenta ajena— se han de aplicar en su integridad las normas de este Régimen, sin más excepción legal que la exclusión expresa de la cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.

Con anterioridad, se procedió a la inclusión de la prestación por desempleo por vía reglamentaria, primero por el RD. 1043/1985 y después por el RD. 42/96, que ampliaron la protección por desempleo en los supuestos de cese temporal de la prestación de trabajo o reducción de al menos una tercera parte de la jornada de trabajo del socio trabajador con privación o proporcional reducción, respectivamente, de los anticipos laborales, siempre que ambas situaciones deriven de causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor<sup>4</sup>, constatadas por la autoridad laboral. Con posterioridad, el régimen jurídico de esta prestación ha sido objeto de algunas modificaciones que mantienen, en lo sustancial, la situación anterior, por el RD. 1278/2000, de 30 de junio, por el que adapta determinadas disposiciones de Seguridad Social para su aplicación a las sociedades cooperativas.

De acuerdo con la mencionada norma reglamentaria se considera situación legal de desempleo del socio: a) el cese durante el período de prueba por decisión unilateral de la cooperativa; b) la expulsión del socio por acuerdo del Consejo Rector declarada judicialmente improcedente; c) la baja obligatoria justificada por causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor *constatadas* por la Autoridad laboral y d) suspensión de la relación de trabajo o reducción de la jornada fundadas en las causas anteriores.

Son precisamente los dos últimos supuestos los que plantean problemas, al exigirse la «constatación» de dichas circunstancias o causas por la Administración Laboral, previo informe preceptivo de la Inspección de Trabajo. La norma no se refiere detenidamente al procedimiento al efecto, por lo que en la doctrina se ha defendido la aplicación del procedimiento del art. 51 ET —expediente de regulación de empleo—, eso sí «con algunos ajustes técnicos inevitables cual es la supresión de la fase de consultas-ne-

<sup>4</sup> Esta normativa fue duramente criticada en la doctrina científica, que no dudó de calificar la situación de desprotección relativa la situación de los socios trabajadores en materia de desempleo. *Vid.* RAMOS QUINTANA, M.I.: «Sujetos beneficiarios de la protección por desempleo», *RL*, 1989 (I) y VIQUEIRA, C.: *La prestación por desempleo*, Tirant lo blanch, 1990.

gociación con los representantes legales de los trabajadores...»<sup>5</sup>, aunque no faltan posiciones más matizadas, que compartimos, de que la constatación es una «intervención administrativa que no puede ser equiparada en su finalidad y efectos a la autorización administrativa prevista en el artículo 51 para los trabajadores por cuenta ajena, sin que resulte éste de aplicación a dichos socios-trabajadores...»<sup>6</sup>. En todo caso, es cierto que no hay remisión expresa y, desde nuestro punto de vista se acerca más a la intervención prevista para los supuestos de fuerza mayor, que no se refiere a una actividad administrativa propiamente de autorización sino de constatación, limitándose a comprobar la veracidad de las circunstancias, sin ningún margen de discrecionalidad.

Otro problema distinto es la interpretación que se haya de dar sobre si la extinción objetiva es o no considerada como situación legal de desempleo en estos casos. En efecto, la norma que se analiza en la STS (RD. 1043/1985) no considera situación legal de desempleo la extinción por causas objetivas tal y como es conocida en la legislación laboral ex art. 52 ET. Sin embargo, dado que ni el RD 1043/1985, ni la legislación cooperativa distinguen entre despido colectivo mayor y despido colectivo menor (éste último considerado despido objetivo ex art. 52 c) ET), en función del número de trabajadores afectados, lo correcto, y así lo entiende el TS, es admitir como situación legal de desempleo (protegible) cualquier cese por estas causas, con independencia del número de socios afectados.

Finalmente, se han de tener en cuenta las modificaciones que este Reglamento ha tenido con posterioridad: el RD. 42/1996, de 19 de enero, modificó el art. 4 apartados 3.b) y 4 y la Ley 45/2002, de 12 de diciembre el art. 3.a) y añadió la disposición adicional tercera<sup>7</sup>.

A partir de estas consideraciones que sitúan normativamente la situación de los socios trabajadores en el Sistema de Seguridad Social y en especial ante la acción protectora por desempleo (habiendo constatado el alcance parcial de la misma), pasamos a continuación a analizar la posición del TS y sus razonamientos jurídicos.

<sup>5</sup> GONZÁLEZ DE PATTO, «El nuevo régimen jurídico de las relaciones de trabajo en las cooperativas de trabajo asociado...», *op. cit.*, pág. 86.

<sup>6</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 116. Además considera que no genera situación legal de desempleo la extinción por causas objetivas.

<sup>7</sup> Puede verse un análisis de estos cambios en la doctrina, SEMPERE NAVARRO, A.: «La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: una visión panorámica», *Repertorio de Jurisprudencia*, Estudio, núm. 41/2002 y LÓPEZ GANDÍA, J.: «Las prestaciones por desempleo en empresas de economía social. Especial referencia al pago único», *Aranzadi Social*, Estudio, núm. 19/2002.

## 2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA DE LA STS (4.ª) DE 16 DE MAYO DE 2005

Tal y como se ha adelantado, la cuestión litigiosa consiste en determinar si los socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado se encuentran en situación legal de desempleo cuando son despedidos por causas objetivas (por razones técnicas y productivas), al cesar definitivamente en su actividad, sin que se hubiera tramitado expediente administrativo por la autoridad laboral para constatar la existencia de situación legal de desempleo.

Se plantea por los recurrentes la infracción de lo establecido en el art. 2, 3 y 4 del RD 1043/1985, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado. Preceptos cuya vigencia se defiende, sin que le afecte en sentido derogatorio la reforma operada en virtud de la Ley 11/1994, por el carácter general de ésta frente al especial del RD 1043/1985, de 19 de junio.

Recuerda el TS que el art. 1, 1.º f) del RD 625/1985, de 2 de abril, en el caso de despido objetivo, el mismo se acreditará mediante «comunicación escrita al trabajador en los términos previstos en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores», si no se impugna judicialmente por el trabajador, estándose en caso de reclamación a lo dispuesto en la letra v), es decir, a la acreditación mediante acta de conciliación o resolución judicial efectiva —en los mismos términos que establece el art. 208.1,1 d) de la LGSS, ya que el en su apartado 2.2 exceptúa de la necesidad de impugnar el despido el supuesto de extinción basado en causas objetivas.

Es claro, por tanto, que régimen de los socios trabajadores es distinto ya que el RD 1043/1985, contemplaba entre las causas de situación legal de desempleo, el cese con carácter definitivo por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, exigiendo en el artículo 3 que la existencia de tales causas sea debidamente constada por la Autoridad Laboral, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 en el que se determina la Autoridad Laboral competente y procedimiento a seguir, precepto éste último afectado por la reforma llevada a cabo en virtud del RD 42/1996 de 19 de enero, por el que resultó ampliada la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en situación de cese temporal o reducción temporal de la jornada.

El TS, analizando tanto la normativa cooperativa como el reglamento regulador del desempleo de los socios trabajadores, considera que éste existe una sola fórmula que acoge las dos modalidades contempladas en el ET, el despido colectivo del art. 51 y el despido objetivo por causas económicas del art. 52 c) ET, cuyo tratamiento diferenciado en materia de prestaciones por desempleo se traslada a los apartados 1.1.a) y 1.1.d) del artículo 208 de

la LGSS. Por tanto, para el TS «no cabe duda de que mientras en la situación legal de desempleo del trabajador no cooperativista el artículo 208 de la LGSS contempla dos posibilidades diferenciadas de despido, el apartado 1.1.a) realizado en virtud de expediente de regulación de empleo y el despido objetivo del apartado 1.1.d) en el que no existe intervención administrativa, en el régimen específico de las prestaciones por desempleo para los trabajadores de cooperativa asociados, introducido por el Real Decreto 1043/1985, de 19 de junio, tan sólo contempla una posibilidad, sin distinción en cuanto al número de trabajadores afectados, exigiendo la intervención de la Autoridad Laboral, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.b) y 4 éste último regulador del proceso para declarar la situación legal de desempleo» (F.J. 2.º). Por tanto, y en este sentido no cabe oponer nada, la protección por desempleo de los socios trabajadores no alcanza a los despidos objetivos, de tal forma que el denominado despido colectivo menor sólo es objeto de tutela frente a la contingencia por desempleo en la medida en que es considerado un despido por causa económica, técnica, organizativa o de producción. Incluso, para el TS es irrelevante que en el caso enjuiciado se hayan seguido los trámites y se hayan cumplido las exigencias del despido objetivo, incluida la puesta a disposición de la indemnización de forma simultánea a la comunicación del despido. Lo que inevitablemente lleva a la conclusión de la exigencia de intervención de la Administración laboral, que en el supuesto litigioso no se ha producido.

En el mismo Fundamento Jurídico, el TS introduce otra línea de argumentación relativa a los cambios normativos acaecidos en la regulación de la prestación de desempleo a nivel general. Y al respecto afirma rotundamente que éstos no afectan al régimen instaurado por RD 1043/1985 de 19 de junio. Así afirma claramente que «En modo alguno cabe considerar sustituida la normativa instaurada por el Real Decreto 1043/1985 de 19 de junio por el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado en virtud del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio. No sólo no resultó contemplada su derogación el nuevo texto de la Ley General de la Seguridad Social sino que con posterioridad al mismo, el Real Decreto 42/1996 de 19 de enero amplía la protección iniciada por el Real Decreto 1043/1985 de 19 de junio a las situaciones de cese temporal o reducción temporal de jornada». El TS utiliza como razón complementaria lo dispuesto en la Disposición Final Segunda del RD 42/1996, en la que, para lo no contemplado expresamente en el mismo, se remite a la LGSS y al RD 1043/1985. Esta remisión, desde nuestro punto de vista no es del todo excluyente de cambios ya que también remite a lo dispuesto en la LGSS.

No cabe duda de que alguna duda sobre la justicia y razonabilidad del fallo alberga el TS cuando afirma «No sólo no deberá existir duda sobre la vigencia del Real decreto 1043/1985, de 19 de junio, sino tampoco acerca

de la legitimidad con la que se reguló en la materia encomendada al Real decreto 1043/1985, sino tampoco acerca de la legitimidad con la que se reguló la materia en encomendada... al no existir exceso normativo respecto al título habilitante». En efecto, en su día este Reglamento fue objeto de críticas doctrinales por introducir una tutela que más allá de peculiaridades encubre un tratamiento diferenciado y menos favorable comparativamente hablando respecto a las normas de la LGSS, especialmente en lo que a la definición de la situación legal de desempleo se refiere. En todo caso no es una cuestión planteada al TS en la que, sin embargo, se atreve a entrar sin la lógica «contraprestación» en estos casos, es decir, una fundamentación jurídica desde una perspectiva legal y constitucional, a la luz del principio de igualdad y no discriminación y en relación al carácter objetivo y razonable de esta diferencia de trato. Que dicho sea de paso, entendemos que el RD 1043/85 no resistiría.

Finalmente, el TS se remonta al título habilitante, la Ley 31/1984, cuyo artículo 3.4.º disponía lo siguiente: «El Gobierno podrá ampliar la cobertura de la contingencia por desempleo a otros colectivos en las condiciones que se determinen reglamentariamente». Para el TS, este precepto no sólo autorizaba la posibilidad de definir subjetivamente la protección sino de condicionarla reglamentariamente por lo que «no es forzosa la remisión con carácter absoluto al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social..., gozando de plena validez las normas que reglamentariamente condicionan la prestación por desempleo de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado».

Este es quizá uno de los párrafos en los que esta Sentencia se apega a la letra de la Ley de una forma estrictamente formalista sin ninguna concesión a la realidad enjuiciada, al contexto jurídico y social ni a la finalidad de la relación misma de Seguridad Social ante situaciones de necesidad debidamente acreditadas, en este caso judicialmente. En efecto, y desde una perspectiva formal, como la propia Sentencia, no se puede desconocer que el Reglamento regulador del derecho de opción preveía que una vez se produzca ésta serán de aplicación las correspondientes normas en su integridad, por ello el RD debiera haber sido analizado desde un prisma constitucional y no de mera habilitación legal. De otro lado, y aunque la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, debemos tener en cuenta la buena fe de la empresa, en este caso una cooperativa que considerando que al afectar la medida sólo a tres trabajadoras se trataba de un despido objetivo y coherentemente puso a disposición de las socias trabajadoras la correspondiente indemnización, siendo la buena fe un criterio atemperador del rigor legal en el ámbito de la Seguridad Social, especialmente en materia de responsabilidad en orden a prestaciones. Por último, y desde una perspectiva teleológica, tratándose de trabajadores en alta, al corriente en cotizaciones,



habiéndose producido una extinción involuntaria y a la que sólo le puede objetar un incumplimiento administrativo, parecería más lógico atender a un criterio de interpretación material, comprobando la veracidad de la situación económica de la empresa, es decir, de la causa justificativa, y proceder en tal caso a dispensar la protección solicitada. Porque, la protección ante situaciones de necesidad es la finalidad última del Sistema de Seguridad Social, y mal se sirve al mismo denegando una prestación cuando se llega al convencimiento de que efectivamente se trata de una situación de necesidad protegida.

### 3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS A MODO DE CONCLUSIÓN

El rigorismo del TS es extremo porque en el caso enjuiciado no sólo se parte de hechos probados que corroboran la existencia de causa económica y productiva evidente sino por el hecho de que con fecha 18 de julio de 2000 (mucho antes de dictar esta Sentencia) la liquidadora de la sociedad cooperativa Textil Foz, tuvo entrada en el registro administrativo general de la delegación provincial de relaciones laborales escrito interesando autorización para extinción de relaciones laborales por causas económicas de otras nueve trabajadoras, distintas de las actoras, presentando la documentación oportuna sobre la situación de la empresa en fecha 19 de septiembre de 2000, unos meses después de la denegación de la prestación por desempleo a las actoras. Se remitió copia del expediente al INEM, como entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Inspección provincial de trabajo y, finalmente, al resultar acreditada la situación económica negativa de la empresa, la delegación provincial de la Consellería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales autorizó la extinción de las relaciones laborales solicitadas por la representante de la entidad mercantil, la Cooperativa Textil Foz.

Desde nuestro punto de vista la realidad y veracidad de la causa alegada debiera haberse tenido en cuenta, no como una subsanación sino como criterio de interpretación, lo que unido a la evidenciada buena fe de la empleadora, hubiera abierto una línea jurisprudencial flexibilizadora que compensaría no sólo una situación materialmente injusta sino jurídicamente discutible cual es la no protección por desempleo ante el despido objetivo, que desde nuestro punto de vista exige una pronta rectificación legal ampliando a estos supuestos la protección por desempleo, tan importante como la acometida en relación con el trabajo a tiempo parcial.

Desde nuestro punto de vista, es evidente que la protección por desempleo de los socios trabajadores exige de ciertas modalizaciones de lo dispuesto con carácter general para los trabajadores por cuenta ajena, como por



ejemplo pone en evidencia la regulación de la situación legal de desempleo en caso de despido colectivo, ya que el procedimiento de constatación ha de ser diferente del previsto en el art. 51 del ET. Sin embargo, ello no significa que deban quedar sin protección situaciones equiparables como fue el caso del trabajo a tiempo parcial (del que los cooperativistas no se benefician si la cooperativa optó por el RETA) y creemos será también el de los despidos objetivos, en cualquiera de sus causas.

Se podrá objetar que el despido objetivo por causa económica tiene su protección por la vía del despido colectivo, sin embargo ello supone una mayor carga sobre este tipo de empresas de economía social y, en todo caso, deja fuera el resto de supuestos de despido objetivo (ineptitud, falta de adaptación o absentismo). Y en cuanto al caso que nos ha ocupado, ateniéndonos al derecho positivo creemos que si bien no corresponde al TS el cambio normativo bien puede aplicar criterios flexibilizadores tal y como en otros ámbitos del Derecho de la Seguridad Social que podrían ser aplicados aquí analógicamente (buena fe del empresario, reiteración o conducta ocasional, realidad subyacente... tal y como se observa en las exigencias de cotización o altas). En todo caso, creemos que es tiempo de liberar a las cooperativas de la sombra de la duda, ante el fraude en la obtención de prestaciones.



## DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

### INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA RELACION LABORAL ESPECIAL DE LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES EXTRANJEROS

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
de 12 de abril de 2005, asunto c-265/03, Igor Simutenkov*

JOSÉ LUIS LÁZARO SÁNCHEZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Un jugador profesional de fútbol —Igor Simutenkov—, con nacionalidad rusa y con tarjeta de residencia y permiso de trabajo en España, presta sus servicios en virtud de un contrato de trabajo suscrito con el Club Deportivo Tenerife y con licencia federativa como jugador no comunitario o no perteneciente al EEE. En enero de 2001 presentó a través de su club una solicitud a la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) para que procediera al cambio de su licencia por la de jugador comunitario, al amparo del Acuerdo de colaboración y cooperación celebrado entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación de Rusia, por otra, firmado en Corfú el 24 de junio de 1994 y aprobado en nombre de las Comunidades mediante la Decisión 97/800/CECA, CE, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 30 de octubre de 1997 (Acuerdo de las Comunidades con Rusia). Dicha Federación denegó la solicitud con arreglo a los artículos 173 y siguientes del Reglamento general de RFEF y al Acuerdo de 28 de mayo de 1999 entre ésta y la Liga Nacional de Fútbol Profesional. Contra esta resolución el Sr. Simutenkov interpuso un recurso ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo el cual fue desestimado mediante sentencia contra la que el Sr. Simutenkov interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Nacional. Ésta resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad del referido Acuerdo de las Comunidades con Rusia con la normativa deportiva nacional, en con-

\* Profesor TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



creto de las limitaciones establecidas para los extranjeros no pertenecientes al Espacio Económico Europeo (EEE).

**RESUMEN:** El TJCEE, en la sentencia objeto de este comentario, resuelve la cuestión considerando que el Acuerdo de las Comunidades con Rusia se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad rusa de una norma adoptada por una federación deportiva nacional de un Estado Miembro en virtud de la cual los clubes sólo pueden alinear en las competiciones de ámbito estatal un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el EEE.

#### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. SOBRE LAS REGLAS QUE ORDENAN EL ACCESO AL TRABAJO DE LOS COMUNITARIOS B
3. LAS NOVEDADES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DE LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES EXTRANJEROS
4. ACERCA DE LA LICENCIA DEPORTIVA
5. CONSIDERACIONES FINALES

## 1. INTRODUCCIÓN

De nuevo fijamos nuestra atención en una sentencia que resuelve las controversias suscitadas con ocasión de la intervención administrativa en el desarrollo de la actividad laboral de los deportistas profesionales nacionales de países no pertenecientes al EEE pero que han firmado acuerdos de colaboración o cooperación con la Unión Europea. En este sentido, en el número 62 de esta Revista analizamos esta problemática a partir de una sentencia de un Juzgado de lo Social, en concreto del de Gáldar de 17 de marzo de 2001. Desde entonces se han producido algunas resoluciones judiciales relevantes, tanto a nivel nacional, como de la Unión Europea, comentadas estas últimas también en anteriores números de esta Revista <sup>1</sup>.

Sin embargo, y a pesar de que la jurisprudencia viene manifestándose en un mismo sentido, siguen planteándose nuevos casos en los que la cuestión debatida sigue siendo la misma: las limitaciones que los citados deportistas profesionales encuentran para el pleno desarrollo de su actividad fruto de la aplicación de normativas nacionales que regulan la práctica profe-

<sup>1</sup> Nos referimos a la sentencia TJCEE, de 8 de mayo de 2003, Caso Kolpak, comentada en el núm. 71/2003 de forma expresa por MOLINA MARTÍN, A.M., págs. 211-220, y, dentro de una reflexión más general acerca del deporte profesional, por CASTRO PASCUAL, J.M., págs. 139-159: «Los deportistas profesionales no comunitarios en nuestro derecho del trabajo: evolución y perspectivas».



sional de distintas modalidades deportivas. La razón por la cual la conflictividad no ha terminado ha de encontrarse en la persistencia por parte de las administraciones deportivas en sus criterios iniciales, a pesar de que las resoluciones judiciales los consideran contrarios a derecho. No ha de extrañar esta actitud por cuanto el Consejo Superior de Deportes (CSD) reaccionó a la sentencia del asunto Kolpak de forma inequívoca y continuista, como evidenciaba su comunicado emitido el mismo 8 de mayo de 2003<sup>2</sup>.

Y tal como decíamos en el comentario citado, las cuestiones que afloran en estos litigios son diversas, fundamentalmente de índole procesal, planteándose qué orden jurisdiccional, el social o el contencioso-administrativo es el competente por razón de la materia, así como el alcance de los distintos acuerdos de colaboración o cooperación celebrados, o lo que es igual el análisis de la prohibición de discriminación contenida en los mismos. Pero como advertíamos entonces y reiteramos ahora, nuestro análisis se va a centrar en los aspectos relacionados con la actividad administrativa, y en concreto, en la licencia federativa, como acto en donde se manifiesta la intervención de la administración deportiva.

No obstante, nos referiremos también a otra clase de intervención administrativa, previa a ésta y competencia de la administración laboral —el permiso de trabajo—, ya que es ésta quien posee competencias en la autorización del trabajo de los extranjeros en España. Ello nos va a permitir comentar una normativa reciente, en concreto la Resolución de 12 de agosto de 2005, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 15 de julio de 2005, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia y el desarrollo de actividades laborales deportivas profesionales por extranjeros<sup>3</sup>.

## 2. SOBRE LAS REGLAS QUE ORDENAN EL ACCESO AL TRABAJO DE LOS COMUNITARIOS B

Aunque ya advertido, precisamos de nuevo que a efectos de nuestro comentario entendemos por extranjeros no sólo los deportistas nacionales

<sup>2</sup> Dicho comunicado, recogido por MOLINA MARTÍN —pág. 218—, aunque expresaba que el CSD «acatará y respetará lo que en cada caso determinen los Tribunales de Justicia, tanto nacionales como internacionales», añadía que aquél «seguirá actuando en defensa de la identidad del deporte español, y en consecuencia, de los deportistas españoles, velando por la aplicación de las medidas acordadas en cumplimiento de la proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 20 de abril de 1999, sobre la disminución del número de jugadores extranjeros que participan en competiciones no oficiales».

<sup>3</sup> BOE de 22 de agosto.

de países no pertenecientes al EEE sino los que, además, lo sean de países que hayan celebrado acuerdos de colaboración o cooperación con la Unión Europea, caso de Rusia, país del que es nacional el demandante en la sentencia de referencia<sup>4</sup>.

Ello determina la configuración de una categoría de extranjeros, conocidos normalmente como comunitarios B, que se sitúan en un terreno intermedio —cuya extensión precisamente es objeto de controversia en los litigios que, como el nuestro, interpretan el significado de tales acuerdos—, entre el que ocupan quienes siendo extranjeros se equiparan, prácticamente, a los que tienen nacionalidad española —los pertenecientes al EEE— y el formado por el resto de extranjeros.

Dentro de los comunitarios B puede incluso admitirse una ulterior distinción entre los nacionales de países que han firmado acuerdos de asociación, a los que se les reserva la denominación de comunitarios B, y los de estados con acuerdos de colaboración, a quienes se alude bajo la expresión comunitarios C. Las diferencias entre ambos tipos de acuerdos tienen que ver con el contenido y objetivos previstos en ellos, y, como se destaca en las conclusiones presentadas por el Abogado General en nuestro asunto de referencia —apartados 33 y 34— básicamente, se refieren, por una parte, a su contenido material, porque los segundos no crean una zona de libre comercio y, precisamente en materia de libre circulación, no prevé tantos derechos como los acuerdos europeos de asociación. Por otra parte, también sus disposiciones institucionales muestran una serie de diferencias, como por ejemplo, el mecanismo de resolución de conflictos. A esto hay que añadir que el los acuerdos de colaboración no persiguen una asociación, y aún menos una adhesión, de la parte contratante a la UE.

Esta es un cuestión abordada por la sentencia del asunto *Simutenkov*, en tanto se analiza si la circunstancia de que el Acuerdo con Rusia fuese de colaboración determina que el principio de discriminación contenido en el mismo presente un alcance del diferente al que tendría si el acuerdo fuese de asociación. En este sentido, el Tribunal señala —apartados 35 y 36 de la sentencia— que «es cierto que, al contrario que el Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia, el Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia no tiene por objeto crear una asociación con vistas a la integración progresiva en las Comunidades Europeas del Estado tercero de que se trata, sino que persigue lograr «una integración gradual entre Rusia y un área más amplia de cooperación en Europa». Sin embargo, ni del

<sup>4</sup> Otros países que tienen un acuerdo del mismo tipo que el firmado con Rusia son Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Kazajistán, Kirguizistán, Moldavia, Mongolia, Turkmenistán, Ucrania y Uzbekistán.



contexto ni de la finalidad del citado Acuerdo de colaboración se desprende en modo alguno que éste pretendiese atribuir a la prohibición de «discriminación por motivos de nacionalidad, por lo que respecta a las condiciones de trabajo [...], en comparación con los nacionales de ese mismo Estado» un significado distinto del que resulta del sentido ordinario de estos términos. De esta forma, y a los efectos que nos interesan, no existen diferencias apreciables que justifiquen una separación dentro de esta clase de extranjeros en función del tipo de acuerdo celebrado entre sus países y la UE.

Pues bien, para los extranjeros no pertenecientes al EEE, las reglas que ordenan su acceso al mercado de trabajo en España son comunes a todos ellos, con independencia de que sean nacionales de países que hayan celebrado o no algún tipo de acuerdo con la UE. En efecto, por un lado, la normativa de extranjería es aplicable según el artículo 1 de Ley Orgánica 4/2000, (LEX), conforme a su redacción actual, a quienes carezcan de la nacionalidad española, con la importante salvedad prevista para los nacionales de un país miembro de la Unión Europea, y para los sometidos al derecho comunitario, regidos todos ellos por la normativa europea, y por disposiciones nacionales específicas para ellos, caso del RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el AEE. Es decir, que para el resto de extranjeros, la normativa aplicable es la mencionada LEX, así como las disposiciones que la desarrollen. Y precisamente, dentro de éstas y de forma específica para el ámbito del deporte profesional contamos con la citada Resolución de 12 de agosto de 2005, que expresamente señala que es aplicable a todos los deportistas profesionales extranjeros que no sean nacionales de países pertenecientes al EEE.

Así pues, el dato fundamental a efectos del régimen jurídico aplicable lo representa tener o no la nacionalidad de un Estado miembro de la UE o parte del Acuerdo sobre el EEE. De esta forma, tener la nacionalidad de un país que haya celebrado con la UE un acuerdo de asociación o colaboración no constituye, desde el punto de vista del acceso al empleo, un dato relevante, siendo aplicable sin más el régimen *general* de extranjería, el de la LEX.

Este extremo es abordado por la sentencia de referencia en tanto se discutía si el contenido del Acuerdo de las Comunidades con Rusia era aplicable a la fase de acceso al empleo. Al respecto, el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo establece lo siguiente: «1. Salvo lo dispuesto en la legislación, las condiciones y los procedimientos aplicables en cada Estado miembro, la Comunidad y sus Estados miembros velarán por que el trato que se conceda a los nacionales rusos, legalmente empleados en el territorio de un Estado miembro, no implique ninguna discriminación por motivos de nacionalidad, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, la remuneración o el

despido, en comparación con los nacionales de ese mismo Estado». Y la cuestión se plantea debido a que la parte demandada —Ministerio de Educación y RFEF— estima que la prohibición de discriminación contenida en este Acuerdo no se aplica a la fase de acceso al empleo, que es a juicio de esta parte en donde se produce el conflicto. Se pretende, por tanto, la no aplicación del Acuerdo, al considerar que las restricciones impuestas al demandante están justificadas por la normativa reguladora del acceso a la contratación, ámbito no mencionado en el Acuerdo y, consiguientemente, excluido del mismo. Sin embargo, el Tribunal, en el apartado 22 de la sentencia, señala que los trabajadores que se benefician de lo dispuesto en el Acuerdo son aquellos que tengan nacionalidad rusa y estén contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro; es decir, que el objeto del litigio no está en la fase de acceso al empleo, terreno en el que los demandantes quieren situarlo, sino en el de las condiciones de trabajo, en tanto se trata de trabajadores ya contratados legalmente. En definitiva, el Acuerdo de las Comunidades con Rusia, como otros de similar contenido, no se aplica a la fase de acceso al empleo, por cuanto esta es materia reservada a las disposiciones sobre extranjería en cada país. De lo que se desprende que éste y otros acuerdos no afectan a la aplicación a sus nacionales del régimen *general* de extranjería.

El que hayamos concluido que los comunitarios B quedan dentro del ámbito de aplicación de la LEX y sus normas de desarrollo determina, a su vez, el sentido que damos a lo dispuesto en la normativa que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. Como se sabe, el RD 1006/1986, regulador de esta relación, se remite —artículo 2— a la legislación vigente para los trabajadores extranjeros en lo que respecta a su contratación, si bien, añade, «sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas sobre participación en competiciones oficiales». Este matiz ha generado dudas acerca de su alcance, en el sentido de cuestionar si la contratación de deportistas profesionales extranjeros además de regirse por la normativa *general* de extranjería lo haría también por esas otras normas específicas. Ya nos manifestamos en el comentario publicado en el número 62 de esta Revista que a nuestro juicio la contratación de deportistas extranjeros sólo se rige por las disposiciones en materia de extranjería, y que las otras normas sólo inciden en la participación de los deportistas extranjeros, una vez contratados, en las competiciones oficiales de sus respectivas disciplinas deportivas. Reiteramos ahora y nos remitimos a los argumentos entonces expuestos<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Especialmente en págs. 242 a 245.



### 3. LAS NOVEDADES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DE LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES EXTRANJEROS

Como hemos venido diciendo, en materia de contratación de deportistas profesionales extranjeros —no pertenecientes a la UE o al EEE—, se rige por disposiciones recientes que han venido a desarrollar la LEX en este punto.

Es oportuno indicar que el Reglamento de desarrollo de la LEX, regulado a través del RD 2393/2004, de 30 de diciembre<sup>6</sup> (REX), prevé especialidades en la contratación de deportistas profesionales, por cuanto dentro de las situaciones de residencia temporal y trabajo contempladas en el Capítulo II del Título IV, dedicado a la residencia, incluye una sección específica —artículos 55 a 57— para el desarrollo de ciertas actividades, entre las que figura la de los deportistas profesionales. Para éstos, las particularidades que presenta la autorización para trabajar consisten en que deben estar en posesión de las licencias profesionales que fueran exigibles para la práctica de la modalidad deportiva de que se trate en cada caso, y lo que pudiera denominarse un compromiso de regreso<sup>7</sup>. Estos dos elementos se añaden a los requisitos generales previstos en el artículo 50 REX para las autorizaciones por cuenta ajena, que se refieren a la situación nacional de empleo<sup>8</sup>, a la garantía de actividad continuada, a la situación de la empresa —dada de alta en Seguridad Social y al corriente de sus obligaciones de Seguridad Social y tributarias—, y, en fin, al trabajador —que posea la titulación requerida para el trabajo que va a realizar, que no esté en situación irregular en España y que carezca de antecedentes penales—.

La existencia de reglas específicas en la contratación de deportistas profesionales significa una novedad en la normativa de extranjería, ya que el anterior Reglamento, el aprobado a través del RD 864/2001, de 20 de julio<sup>9</sup>, no contenía particularidades respecto de estos profesionales. Ello revela la necesidad, al menos para la Administración, de ordenar de forma diferenciada la contratación de estos trabajadores. En realidad, dentro de los colectivos para los que se regula esta específica autorización para trabajar, los deportistas profesionales, junto con el resto de profesionales incluidos

<sup>6</sup> BOE de 7 de enero de 2005.

<sup>7</sup> «Que el trabajador extranjero se comprometa a regresar a su país de origen, una vez finalizado el contrato de trabajo. El incumplimiento de esta obligación podrá ser causa de denegación de ulteriores solicitudes de autorizaciones para trabajar, durante los tres años siguientes al término de la autorización concedida».

<sup>8</sup> Hay que tener en cuenta que la práctica profesional deportiva se encuentra dentro del catálogo de las ocupaciones de difícil cobertura, lo que de acuerdo con el artículo 50 REX facilita el cumplimiento de este requisito.

<sup>9</sup> BOE de 21 de julio.

en la letra c) del artículo 55.2 REX<sup>10</sup>, son para los que menos particularidades existen, ya que si se observan las prescripciones de los artículos 55 y siguientes REX, las especialidades afectan sobre todo a las autorizaciones para los trabajos de temporada o campaña, y para las de los trabajos de instalación o montaje de plantas industriales. No obstante, la exigencia de licencia deportiva sí constituye un elemento relevante en la tramitación de la autorización para trabajar.

En efecto, el artículo 56.2 REX exige con carácter previo a la resolución administrativa relativa a la autorización para trabajar que el deportista cuente con la referida licencia, interpretación ésta acerca del momento en que se debe poseer el documento deportivo que se desprende también de las reglas acerca del procedimiento para obtener la autorización<sup>11</sup>. Así, la Resolución de 12 de agosto de 2005 incide, en la segunda de sus instrucciones, en el procedimiento a seguir para obtener la autorización para trabajar, y lo hace señalando quién debe presentarla —la entidad deportiva—, dónde debe hacerlo —oficina de extranjeros o dependencia del Ministerio de Trabajo de la provincia en donde vaya a ejercerse la actividad deportiva profesional— y forma de hacerlo —en el modelo oficial correspondiente, y adjuntando la documentación del citado artículo 51.2 REX—. Y añade, que a los efectos de esta documentación, en concreto la que exigen los apartados c) y f) de este último precepto<sup>12</sup>, será válida «la certificación expedida por las correspondientes federaciones deportivas, Ligas profesionales o entidades asimiladas, y visada por el Consejo Superior de Deportes, en la que se haga constar: a) el reconocimiento de la empresa solicitante como entidad deportiva inscrita y autorizada para participar en las actividades y competiciones deportivas contempladas en la Instrucción Primera, y/o, en su caso, la capacidad de la entidad deportiva para poder contratar como deportista profesional, en aplicación de las normas específicas sobre participación en competiciones deportivas, al trabajador extranjero objeto de la solicitud, y b) que el deportista se encuentra en posesión de una licencia deportiva que le habilita para el ejercicio de la actividad deportiva».

<sup>10</sup> Personal de alta dirección, artistas en espectáculos públicos, así como otros colectivos que se determinen mediante orden del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales

<sup>11</sup> En cuanto al procedimiento para solicitar la autorización para trabajar de los deportistas profesionales, el artículo 57.1 REX se remite a las prescripciones generales para la tramitación de los permisos de trabajo, recogidas en el artículo 51 REX.

<sup>12</sup> «c) Cuando la autoridad competente lo considere necesario para asegurar que el empresario podrá hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, éste deberá acreditar, con los documentos que expresa y motivadamente se le requieran, los medios económicos, materiales o personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a dichas obligaciones. f) La titulación o acreditación de que se posee la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión, cuando proceda, debidamente homologada».

Por tanto, la licencia deportiva es documento que debe formar parte de la que se aporta en la solicitud de autorización para trabajar. Además, en la medida que los dos aspectos referidos en la certificación visada por el CSD se corresponden respectivamente con los de los apartados c) y f) del artículo 51.2 REX, la licencia federativa se considera una titulación o acreditación que capacita para el ejercicio de la profesión.

Esta consideración de la licencia intenta condicionar la resolución administrativa acerca de la autorización para trabajar, en el sentido expuesto en el artículo 53.1, h) REX, que contempla como causa de denegación de la autorización que el trabajador «carezca de la titulación especial exigida para el ejercicio de la concreta profesión o de la homologación o de la colegiación cuando así se requiera». Ya expusimos que a nuestro juicio resulta muy discutible que la licencia federativa pueda considerarse una titulación<sup>13</sup>. Además, como entonces dijimos, el problema respecto de los comunitarios B no es que carezcan de licencia, y por tanto, no puedan obtener la preceptiva autorización para trabajar, sino el tipo de licencia que las autoridades deportivas les conceden.

Para finalizar el análisis de la normativa vigente sobre contratación de deportistas profesionales extranjeros, nos referimos a otro aspecto de la reiterada Resolución de 12 de agosto de 2005, que vuelve a revelar la importancia que se le concede a la licencia deportiva en la contratación de los deportistas profesionales. En concreto aludimos al inicio de la relación laboral de éstos, respecto del cual el artículo 57.5 REX no introduce ninguna modificación al esquema general, lo que significa que una vez producida, de forma favorable, la resolución administrativa sobre la autorización de residencia y trabajo, ésta queda suspendida hasta ser complementada posteriormente, en su caso, con el correspondiente visado. Sin embargo, la Resolución de 12 de agosto de 2005 sí altera la regla general, por cuanto prevé que la referida certificación visada por el Consejo Superior de Deportes, una vez comunicada a la autoridad competente para resolver la solicitud de autorización de residencia y trabajo, y siempre que se proceda con carácter previo al cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de seguridad social, autoriza al inicio de la práctica deportiva profesional. Es decir, la licencia deportiva es válida hasta que se resuelva la solicitud administrativa de autorización de residencia y trabajo. Mientras, y para que aquella despliegue provisionalmente eficacia de autorización, debe comunicarse a las autoridades competentes en materia de extranjería<sup>14</sup>, y la actividad la-

<sup>13</sup> *Temas Laborales* núm. 62, 2001, pág. 248.

<sup>14</sup> «La utilización de esta validez provisional de la licencia deportiva como autorización de residencia y trabajo deberá ser comunicada de forma previa, por la entidad solicitante, a la Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que vaya a desempeñarse la actividad

boral como deportista profesional queda limitada al exclusivo desarrollo en la entidad solicitante.

A pesar que lo expuesto lo ha sido desde una perspectiva de novedad, lo cierto es que el papel que la licencia deportiva tiene en la actualidad ya lo tuvo con anterioridad. En efecto, antes del RD 1006/1986, la relación laboral de los deportistas profesionales se reguló a través del RD 318/1981, de 5 de febrero. Y en él se definía a estos trabajadores como «quienes, en posesión de la correspondiente licencia federativa, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución, cualquiera que sea su forma cuantía y clase». Como se ve, la licencia federativa era un elemento central en la contratación del deportista, lo que suponía que el ámbito deportivo condicionaba, y de forma trascendental, el laboral. Dicho de otra forma, se producía una confusión entre los espacios que le son naturales a las normas deportivas y a las laborales.

Precisamente, la entrada en vigor del RD 1006/1986 fue saludada por la doctrina porque, entre otras cosas, terminaba con esa situación, y suponía que la licencia era una cuestión que afectaba exclusivamente al ámbito deportivo, pero no al laboral<sup>15</sup>. Y es que, la condición de trabajador no puede depender de las normas que regulan la participación en competiciones deportivas oficiales<sup>16</sup>. Parece, por tanto, que regresamos a esquemas pasados, donde se quería evitar la lógica jurídica a favor de una pretendida lógica deportiva. La cuestión es que aquél modelo de regulación no es que estuviera ya superado, es que ha sido rechazado a nivel judicial, ya que la jurisprudencia, especialmente la comunitaria, ha considerado que las consideraciones de carácter deportivo no justifican excepciones a las disposiciones generales, especialmente en el terreno del deporte profesional.

#### 4. ACERCA DE LA LICENCIA DEPORTIVA

No obstante lo comentado en el apartado anterior, el contrato de trabajo entre el deportista profesional y la entidad deportiva constituye el ele-

---

laboral, o a la Delegación del Gobierno en el caso de Comunidades Autónomas uniprovinciales, a la Dirección General de Inmigración de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, y a la Comisaría General de Extranjería y Documentación de la Dirección General de la Policía».

<sup>15</sup> SAGARDY BENGOCHEA, J.A. y GUERRERO OSTOLAZA, J.M.: «*El contrato de trabajo del deportista profesional*», Civitas, 1991, pág. 49.

<sup>16</sup> RUBIO SÁNCHEZ, F. —*El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, 2005, págs. 157 a 161— expone las negativas consecuencias que tenía la supeditación del contrato de trabajo a la licencia, conforme al esquema del RD 318/1981.



mento central en el proceso de contratación de los deportistas profesionales. Se autoriza a trabajar en tanto el extranjero disponga de un contrato, amén de otros requisitos, pero sin la existencia de aquél no cabe autorización alguna. Y más aún para los deportistas profesionales que, conforme a lo analizado, pueden empezar su prestación sin tener la autorización para trabajar. De esta forma, la pregunta es ¿qué papel juega la licencia deportiva en la actividad laboral del deportista profesional?

Partiendo de la obligatoriedad de estar en posesión de la misma, y desde la perspectiva del fútbol como modalidad deportiva en la que se plantea el litigio resuelto por la sentencia elegida para este comentario, la licencia es, en palabras del Reglamento de la Liga de Fútbol Profesional (LFP), el documento expedido por RFEF que habilita al jugador para participar y alinearse en la Competición Profesional y División a la que se halle adscrita la Sociedad Anónima Deportiva o Club, y que previamente ha sido inscrito a favor del Club solicitante. Se trata, por tanto, de un documento que afecta a la participación del deportista profesional en la competición, a la posibilidad de ser alineado en partidos y competiciones oficiales.

Por otro lado, como precisa la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2003, la licencia es «una manifestación de la llamada Administración Corporativa, cuya función viene sometida al derecho administrativo, y a su régimen de recursos, de modo que los actos realizados en ejercicio de la función delegada por la administración deportiva son recurribles ante el Consejo Superior de Deportes, cuyas resoluciones agotan la vía administrativa (artículos 3.3 Real Decreto 1835/1991 y 5.2 de los Estatutos de la R.F.E.F)». De ahí que esta sentencia, y otras posteriores —sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de septiembre y de 6 de octubre de 2003, resuelva la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo en lo que a los recursos contra la concesión de licencias se refiere.

Éste es su ámbito y no otro, caso de la contratación del deportista, que es fruto exclusivamente del acuerdo entre las partes, ni del acceso al mercado de trabajo en España, competencia de la Autoridad Laboral., manifestada a través de la autorización administrativa para trabajar. Es decir, a priori la licencia deportiva no está llamada a incidir en el acceso al empleo, terreno en el que sin embargo la ha situado la comentada Resolución de 12 de agosto de 2005.

Puede que la intención de las instrucciones contenidas en esta Resolución sea la de agilizar la contratación del deportista profesional, ya que como hemos visto, la obtención de la licencia habilita provisionalmente al extranjero para trabajar lícitamente en España. Pero también pudieran ser otras, como por ejemplo situar a la licencia deportiva dentro de la faceta de acceso al empleo. Si así fuera, la concesión de la licencia, al estar dentro de la

fase de acceso al empleo, no quedaría sometida a los principios que rigen los acuerdos de asociación o de cooperación entre la UE y terceros países, lo que posibilitaría una concesión diferenciada y restrictiva para sus nacionales. Sin embargo, si esta fuera la finalidad se estaría procediendo de forma contraria a la calificación que a estos efectos ha realizado el Tribunal Europeo de esta clase de acuerdos.

En el asunto *Simutenkov*, el Tribunal —apartado 37 de la sentencia—, apoyándose en jurisprudencia anterior, —asuntos *Bosman* y *Deutscher Handballbund*—, precisa que «carece de relevancia la circunstancia de que el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia sólo se aplique por lo que respecta a las condiciones de trabajo, la remuneración o el despido y, por tanto, no se extienda a las normas relativas al acceso al empleo». Ello se debe a que en estos casos, como dijimos, los trabajadores ya han accedido al empleo, lo que evidencia que el problema es de condiciones de trabajo, ámbito incluido expresamente en el Acuerdo. Y una vez aclarado que no se trata de un litigio sobre acceso al empleo, el Tribunal, recordando pronunciamientos anteriores —sentencias *Bosman* y *Deutscher Handballbund*—, recuerda —apartado 33— que «la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se aplica a reglamentaciones adoptadas por asociaciones deportivas que determinen las condiciones de ejercicio de una actividad por cuenta ajena por parte de deportistas profesionales y se opone a una limitación, basada en la nacionalidad, del número de jugadores que pueden alinearse simultáneamente, podía trasladarse al artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia (sentencia *Deutscher Handballbund*, antes citada, apartados 31 a 37 y 48 a 51)».

Es decir, que la cuestión no es si la decisión controvertida —el tipo de licencia concedida— se encuadra dentro de la fase de acceso al empleo, donde a nuestro juicio, como venimos insistiendo, no está. La clave es que las normas que restringen la actividad de los deportistas profesionales nacionales de países con acuerdos como el suscrito entre la UE y Rusia son discriminatorias. Por tanto, situar la concesión de licencia al inicio del proceso de autorización para trabajar del deportista, en un intento de ubicarla como requisito para el acceso al empleo no evita la aplicación de los principios contenidos en el Acuerdo.

Así pues, a pesar de la relevante posición que ocupa la licencia deportiva dentro del actual esquema normativo regulador de la contratación de deportistas profesionales extranjeros, este documento sigue teniendo la misma naturaleza jurídica, esto es, se trata de una condición de trabajo en tanto repercute en el desarrollo de la prestación.

En este sentido, las reflexiones del abogado general en el asunto *Simutenkov* se refieren de manera expresa a la licencia deportiva, calificán-



dola como condición de trabajo y no como cláusula que afecte al empleo, respondiendo así —apartados 58, 59 y 60 de sus conclusiones generales— a las alegaciones de RFEF, en el sentido de considerar que las licencias regulan el acceso al mercado de trabajo y no pueden calificarse de condiciones de trabajo. El Gobierno español, que hace suyas las observaciones de la RFEF, añadía que, con arreglo a la normativa nacional y a la jurisprudencia que la interpreta, la licencia federativa no es una condición de trabajo, sino una autorización administrativa que actúa como presupuesto habilitante para la participación en las competiciones deportivas. Para el Abogado General «es un hecho indiscutido que las disposiciones que regulan el acceso al mercado de trabajo no están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 23, apartado 1, del Acuerdo. No obstante, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce claramente que cláusulas como las del procedimiento principal no afectan al empleo de los jugadores profesionales, que no está limitado, sino a la posibilidad de sus clubes de alinearlos en un partido oficial, y que la participación en tales encuentros constituye el objeto esencial de su actividad (...); «en la medida en que una norma deportiva como la del litigio principal surte efecto directo sobre la participación en competiciones de un jugador de fútbol profesional ruso que ya está contratado legalmente según la legislación nacional del Estado de acogida, ésta tiene por objeto una condición de trabajo en el sentido del artículo 23, apartado 1, del Acuerdo».

El Tribunal también incide en la consideración de la licencia como condición de trabajo, resaltando su repercusión en el contenido esencial de la actividad en cuestión, tal como refleja el apartado 38 de la sentencia: «Es necesario señalar también que la limitación basada en la nacionalidad no se refiere a encuentros específicos entre equipos representativos de sus respectivos países, sino que se aplica a los encuentros oficiales entre clubes y, por consiguiente, a la parte esencial de la actividad ejercida por los jugadores profesionales».

En definitiva, la tramitación de la licencia deportiva se somete a las disposiciones vigentes, entre ellas los referidos acuerdos de asociación y cooperación entre la UE y terceros países. Consiguientemente, del principio de no discriminación que se incluye en los mismos, y que tanto la sentencia de referencia como otras anteriores han considerado plenamente aplicable a las relaciones laborales, se deriva que no pueda diferenciarse en su concesión entre los nacionales de esos terceros países y los de Estados de la UE o parte del EEE. Es decir, que el espacio de intervención que la normativa deportiva —RD 1006/1896— deja a las autoridades deportivas, el de participación de los deportistas en las competiciones oficiales, no les habilita para diferenciar —cuando se prohíba hacerlo— en función de la nacionalidad del deportista, concediendo licencias distintas y, sobre todo, restrictivas, de las condiciones de trabajo. No cabe, pues, plantear un escenario en

el que competencia de las autoridades deportivas para ordenar la participación en las competiciones oficiales derive en resolver la concesión de licencias en función de criterios contrarios a la normativa general.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Jurídicamente, la situación profesional de los deportistas comunitarios B parecía haberse clarificado a partir de algunas sentencias del TJCEE anteriores al asunto Simutenkov. Sin embargo, este asunto revela que los conflictos no han desaparecido. Pudiera considerarse que la existencia de acuerdos de asociación o de cooperación distintos propicia una problemática específica y diversa en cada caso. Es decir, que la respuesta dada por el Tribunal a un deportista con una nacionalidad concreta no se traslada de forma automática a otros deportistas de nacionalidades diferentes, ya que habría que considerar los contenidos de los acuerdos que sus países tienen suscritos con la UE.

Se trata de un argumento formal, ya que como se ha comentado, los contenidos de los acuerdos son similares. Y de ellos se desprende lo ya conocido: que impiden prácticas restrictivas en el contenido esencial de la actividad de los deportistas, materializadas aquellas a través de la concesión de licencias deportivas distintas que les limitan su participación en competiciones oficiales. En el asunto Simutenkov, El TJCEE precisa que los contenidos de estos acuerdos son similares, y que todos ellos son contrarios a tratamientos discriminatorios.

Por otro lado, la reforma del marco regulador de la contratación de deportistas extranjeros al reproducir esquemas pasados, en los que la normativa deportiva se antepone a la laboral, y al ubicar la tramitación de las licencias deportivas como parte del acceso al empleo, puede estar buscando evitar las consecuencias que se desprenden de la firma de los citados acuerdos. Pero como se desprende de la sentencia de referencia, las licencias deportivas se configuran como una condición de trabajo —y consiguientemente regidas por los principios de no discriminación—, no como un aspecto del acceso al empleo.

Desde una perspectiva no estrictamente jurídica, los argumentos de quienes defienden las restricciones a los jugadores extranjeros en aras a una defensa del jugador nacional no parecen sostenerse dentro de un ámbito tan profesionalizado como el del fútbol, como modalidad deportiva analizada en la sentencia elegida para el comentario. También en la sentencia se recuerda este aspecto, recordando pronunciamientos anteriores.

Debe reconocerse que las cada vez mayores posibilidades de disponer de jugadores extranjeros provoca una situación que afecta a la formación



de jugadores nacionales, y con ello a las competiciones deportivas en las que la nacionalidad se erige en elemento central. Sin embargo, quizá la mejor vía para conseguir este objetivo sea la de apostar por la cantera. En este sentido, una reciente propuesta de la UEFA <sup>17</sup> incide precisamente en la promoción de los jugadores formados en las canteras, y que consiste en que a partir de la temporada 2006/07, al menos dos lugares serán reservados para jugadores formados en la propia cantera del equipo, y dos lugares más en el futuro para futbolistas de la cantera o de otro club de la misma federación. En las siguientes dos temporadas, se reservarán dos puestos más, uno para un jugador canterano y otro para uno de la misma federación.

<sup>17</sup> Puede consultarse en [www.uefa.com](http://www.uefa.com)





## EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

### FECHA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE INTERINIDAD PARA LA SUSTITUCIÓN DE TRABAJADOR EN INCAPACI- DAD TEMPORAL DESPUÉS DECLARADO EN INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 5 de mayo de 2005*

CRISTINA BLASCO RASERO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda celebra el 4 de junio de 2002 un contrato de interinidad para la sustitución de quien ocupaba anteriormente el mismo puesto de trabajo, en situación de incapacidad temporal desde el 9 de enero del mismo año. Meses más tarde, el 31 de enero de 2003, el trabajador sustituido es dado de alta médica sin curación, iniciando el facultativo que le atendía el procedimiento administrativo para la calificación de una incapacidad permanente. El 11 de febrero, la Consejería de Salud comunica al Ayuntamiento el alta médica realizada, procediendo éste a declarar extinguido el contrato de interinidad del sustituto ese mismo día. Tras la conclusión del expediente, el Director Provincial del INSS emite resolución administrativa en la que se declara al trabajador sustituido en situación de incapacidad permanente absoluta, resolución que es notificada al Ayuntamiento el 7 de abril siguiente.

Ante tales hechos, el trabajador interino presenta demanda por despido en el Juzgado de lo Social que, no obstante, declara la válida extinción del contrato de interinidad. La sentencia de instancia es recurrida en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que procede a su revocación y, consiguientemente, a la declaración de improcedencia del despido. Frente a esta resolución, el Ayuntamiento interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, aportando como contradictoria la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 17 de noviembre de 2000.

\* Universidad Pablo de Olavide.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo desestima el presente recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, sobre la base de los siguientes argumentos:

1. El artículo 15.1.c) del ET permite la celebración de un contrato de interinidad cuando se trate de sustituir a un trabajador con derecho a la reserva del puesto de trabajo. Por su parte, el art. 4.2.b) del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el precepto legal, señala que la duración del contrato de interinidad será el tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo.
2. La incapacidad temporal constituye —según el art. 45.1.c) del ET— una causa de suspensión de la relación laboral. La extinción del contrato de trabajo sólo se produce cuando al trabajador se le haya declarado una gran invalidez, una incapacidad permanente total o absoluta —art. 49.1.e) del ET—.
3. De acuerdo con estos preceptos, el Tribunal Supremo considera que, como la resolución del expediente administrativo que se tramita es determinante de la situación del trabajador sustituido y, por extensión, del derecho del interino, no puede anticipar la decisión definitiva un organismo que no interviene en el expediente y que, por lo tanto, debe limitarse a aplicar los preceptos legales, cuando reciba la correspondiente comunicación de la entidad gestora.
4. Además, entiende el Tribunal que al decidir el Ayuntamiento la extinción del contrato de trabajo antes de disponer de las bases fácticas que lo permitieran, deja sin efectos otras posibles soluciones, como la prevista en el art. 48.2 del ET, que admite la subsistencia de la suspensión laboral con reserva del puesto de trabajo cuando la incapacidad del trabajador sea previsiblemente objeto de revisión por mejoría que haga posible su reincorporación.

## ÍNDICE

1. DELIMITACIÓN DE LAS CUESTIONES DEBATIDAS
2. NORMATIVA APLICABLE
3. SITUACIÓN DEL TRABAJADOR SUSTITUIDO DESDE LA FECHA DEL ALTA MÉDICA SIN CURACIÓN HASTA LA CALIFICACIÓN DE LA IPA
  - 3.1. Subsistencia de la situación suspensiva
  - 3.2. Aplicación del plazo extraordinario de prórroga del art. 131. bis 3 de la LGSS
  - 3.3. Mantenimiento del derecho a la reserva del puesto de trabajo
4. FECHA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE INTERINIDAD PARA LA SUSTITUCIÓN



## 1. DELIMITACIÓN DE LAS CUESTIONES DEBATIDAS

La sentencia que se comenta se insta, fundamentalmente, con el objeto de determinar la fecha de extinción del contrato de interinidad celebrado para la sustitución de un trabajador cuya relación laboral se halla suspendida por incapacidad temporal. El problema se suscita en supuestos —como el recurrido— en los que el proceso de incapacidad temporal para el trabajo concluye con un parte de alta médica sin curación, con propuesta de incapacidad permanente; en aquellos otros en los que el alta médica declara la curación del trabajador no se presenta duda alguna al producirse, tras el alta, la inmediata reincorporación del trabajador sustituido —lo que, según dispone el art. 8.1.c) del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, es una de las causas de extinción del contrato de interinidad—.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso, básicamente, por considerar que la resolución del expediente administrativo es fundamental para determinar la situación del trabajador sustituido y, correlativamente, la del sustituto. Así, «*si el trabajador sustituido no es declarado en situación de invalidez permanente total o absoluta (...) debe reincorporarse a su trabajo, coincidiendo con este reingreso la baja del trabajador sustituto*». Con el mismo argumento se puede resolver la situación de ambos trabajadores cuando la calificación sea afirmativa, esto es, si es declarado en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. Como en este supuesto, según el art. 49.1.e) del ET, procede la extinción del contrato de trabajo del sustituido, ha de concluir la relación de interinidad por extinguirse «*la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo*» (art. 8.1.c) 3.ª del RD 2720/1998). Si se calificara la incapacidad permanente en el grado de parcial, la reincorporación del trabajador sustituido también permitiría la conclusión del contrato de interinidad, en este caso, por la concurrencia de la causa dispuesta en el primer apartado del art. 8.1.c) del mismo RD.

En este sentido, continúa diciendo el Tribunal, como la resolución del expediente administrativo que se tramita para determinar la situación de capacidad o incapacidad para el trabajo —en el grado que corresponda— es determinante de la situación del trabajador sustituido y, en consecuencia, del interino, no puede adoptar el empleador decisión alguna antes de que se dicte. Aún siendo, como es el caso, un organismo público el que toma esa decisión, ha de esperar la resolución administrativa del expediente para actuar en la forma que proceda (la que resulte de la aplicación de las normas legales antes referidas).

En este comentario, aunque se parte de los argumentos esgrimidos por el Tribunal y se coincide con el fallo de la sentencia, se estima conveniente tratar otras cuestiones que el supuesto también plantea.

Concretamente, en el supuesto precisado es necesario determinar la situación en la que se encuentra el trabajador que ha tenido suspendido el contrato por IT desde la fecha en la que se emite el parte de alta médica sin curación hasta que se notifica la resolución de la dirección provincial del INSS declarando su situación definitiva. Sólo si en ese período intermedio continúa suspendida la relación laboral originaria, ha de entenderse prorrogado el derecho del trabajador sustituido a la reserva del puesto de trabajo y, en consecuencia, el derecho del interino a proseguir su relación contractual. En caso contrario, esto es, si se entiende que el alta médica sin curación determina la extinción de la situación suspensiva, haciendo concluir el período de reserva y obligando al trabajador a reincorporarse a su puesto de trabajo, ha de considerarse que en esa fecha —la del alta médica— procede la extinción del contrato de interinidad. Lógicamente, la primera interpretación permitiría calificar como improcedente el despido realizado en la fecha de notificación del alta, mientras que la segunda explicaría la válida conclusión de la relación laboral.

Existe pues una conexión evidente entre las cuestiones planteadas que exige determinar primero la situación del trabajador sustituido, para concretar después los derechos que le corresponden a quien le sustituye. Para la resolución de ambas cuestiones existe cierta incertidumbre normativa, que requiere aclarar previamente las normas aplicables.

## 2. **NORMATIVA APLICABLE**

La incapacidad temporal es una de las causas de suspensión del contrato de trabajo que se enumera en el art. 45.1, c) del ET. Algunas de las notas de su régimen jurídico se concretan también en el texto estatutario, donde se fija el derecho a la reserva del puesto de trabajo que corresponde al trabajador durante la suspensión contractual y el derecho a la reincorporación que se produce al cesar la situación suspensiva (principalmente, en el art. 48.1 del ET). Pero ni se define en la norma laboral esta causa de suspensión ni se regulan expresamente algunas de sus características o de sus efectos fundamentales, como su duración o las causas de extinción del derecho a la suspensión.

Ante la falta de regulación en el ordenamiento laboral de tales condiciones, resulta necesario aplicar las normas de Seguridad Social para complementar el régimen jurídico de la suspensión por IT. Pero, ¿es posible, o incluso conveniente, extender las condiciones normativas dispuestas para el subsidio de incapacidad temporal a la suspensión contractual del mismo nom-



bre? Porque aunque es evidente que existe una conexión —una relación causa-efecto— entre ambas situaciones (se abona el subsidio de IT para paliar la pérdida de ingresos que se produce durante la suspensión del contrato de trabajo por esta causa), también es verdad que ni se trata de instituciones idénticas (una cosa es la prestación de Seguridad Social y algo muy distinto lo constituye la suspensión de la relación laboral), ni coinciden siempre ni en todos los casos (es posible que una persona tenga el contrato suspendido por IT y no adquiera el derecho al subsidio por no acreditar los requisitos legales).

Sin embargo, y a pesar de estas dudas, no hay más alternativa que la referida aplicación de las normas de Seguridad Social que regulan el subsidio de IT<sup>1</sup>. Ante esta elección, que parece inevitable, resulta obligado recurrir al régimen íntegro de la prestación social para resolver cuántos problemas se planteen en relación con la suspensión contractual, lo que implica, en el supuesto analizado, la posible aplicación de lo dispuesto en el art. 131. bis de la LGSS, en la forma que se realiza en los párrafos siguientes.

### **3. SITUACIÓN DEL TRABAJADOR SUSTITUIDO DESDE LA FECHA DEL ALTA MÉDICA SIN CURACIÓN HASTA LA DE CALIFICACIÓN DE LA IPA**

La aplicación de las normas de Seguridad Social permite reconocer el derecho a la suspensión del contrato de trabajo en dos supuestos: uno, cuando el trabajador ha sufrido un accidente o una enfermedad, sea o no laboral, que le incapacite temporalmente para el trabajo, mientras reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y otro, durante los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja. En el primero de estos supuestos, el subsidio se abona durante un período de 12 meses, prorrogables por 6 más si se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación; en el segundo, la duración del subsidio es de 6 meses que se pueden prorrogar por el mismo período de tiempo cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad (art. 128 de la LGSS). En ambas situaciones y durante los períodos señalados, la relación laboral queda claramente suspendida por esta causa.

Pero en el supuesto contemplado en esta sentencia se cuestiona el eventual reconocimiento del derecho a la suspensión contractual (en la primera situación protegida) fuera de los márgenes legales, básicamente, porque al entenderse que no es posible la curación del trabajador —al menos a corto

<sup>1</sup> Esta es la solución que adopta unánimemente la jurisprudencia y la doctrina que han tratado esta cuestión.



plazo—, éste deja de recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social procediendo el facultativo que le atendía a darlo de alta transcurrido el plazo inicial de 12 meses. En estas condiciones, se plantean dos dudas fundamentales: la primera, si es posible la suspensión del contrato cuando falta uno de los requisitos que definen la situación protegida por el subsidio; y la segunda, si ante la inaplicación del período ordinario de prórroga del subsidio de 6 meses (que sólo procede, como se ha señalado, cuando se prevé que durante el mismo puede ser el trabajador dado de alta por curación) puede aplicarse algún período de prórroga extraordinaria que permita extender los efectos de la suspensión contractual más allá del plazo originario. La solución que se dé a ambas cuestiones permitirá determinar si el trabajador sustituido conserva o no el derecho a la reserva del puesto de trabajo en el período que media entre la fecha de emisión del parte alta y el momento de notificación de la resolución administrativa.

### 3.1. Subsistencia de la situación suspensiva

Respecto a la primera cuestión, ya se ha indicado cómo la LGSS exige la concurrencia simultánea de tres condiciones para considerar que un trabajador está en la primera situación protegida por el subsidio de IT: tanto es necesario que se haya producido un accidente o que se padezca una enfermedad, como que se produzca un estado de incapacidad para el trabajo, como que el sujeto reciba asistencia sanitaria de la sanidad pública. Partiendo de la definición legal, se plantea qué sucede en aquellos supuestos —como el de autos— en los que el trabajador es dado de alta médica sin curación, en cuanto deja de cumplir el requisito relativo a la obtención de las prestaciones sanitarias.

De la jurisprudencia analizada se deduce cómo la falta de esta condición no impide la continuidad de la suspensión contractual. Lógicamente, la situación que se trata de proteger (con la suspensión y con el subsidio) es aquella que afecta a un trabajador que se encuentra incapacitado para el trabajo por haber sufrido un accidente o una enfermedad, siendo la tercera de las citadas una condición puramente formal llamada a controlar la realidad de la situación alegada. Y es evidente que, cuando un trabajador ha estado durante un período de tiempo en situación de IT y es dado de alta médica declarándose expresamente su no curación<sup>2</sup>, sigue afectado por algún pro-

<sup>2</sup> En supuestos como éste, en los que se declara la no curación del enfermo, el parte de alta médica no declara el restablecimiento del trabajador sino la inconveniencia de mantener un tratamiento que no resulta necesario cuando es imposible seguir avanzando médicamente. Por ello, aunque el trabajador sea dado de alta, continua estando incapacitado para el trabajo.



ceso patológico y que, en casos como éste en los que el facultativo inicia un procedimiento de calificación de una incapacidad permanente, existe una posibilidad cierta de que la misma le ocasione una incapacidad efectiva para el trabajo.

El Tribunal Supremo se ha manifestado en este sentido, recientemente, en la STS de 7 de octubre de 2004<sup>3</sup>, donde señala que, al extinguirse la situación de IT por el alta médica, las ausencias del trabajador resultan en principio injustificadas, pudiendo el empresario deducir las consecuencias extintivas oportunas a fin de justificar un despido disciplinario o de apreciar su desistimiento; por ello, debe ser el trabajador quien acredite, si quiere mantener la suspensión contractual, que *«pese al alta médica (...), subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo»*. En esta sentencia, el Tribunal insiste en la necesaria actuación del trabajador, quien *«ha de desarrollar, con la diligencia exigible en cada caso, una conducta positiva en orden a (...) acreditar la subsistencia de una incapacidad temporal para el trabajo ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa»*. De estas palabras se deducen tres consideraciones importantes: la primera, que el Tribunal admite la subsistencia de la situación de IT después de la emisión del alta médica; la segunda, que para el mantenimiento de la situación suspensiva (con los derechos que le son inherentes) es necesario una comunicación efectiva al empresario; y la tercera, que dado que en este caso falta el control de la situación protegida por parte de los servicios sanitarios del Sistema, se le han de ofrecer al empleador otros medios de prueba de la situación incapacitante.

### 3.2. Aplicación del plazo extraordinario de prórroga del art. 131. bis 3 de la LGSS

El segundo problema que se plantea deriva de la necesaria aplicación de un plazo adicional que permita la continuidad de la situación protegida trascurridos los 12 meses iniciales. Según se ha señalado, no procede aplicar el período de prórroga ordinaria de 6 meses dispuesto en el art. 128.1. a) de la LGSS para los supuestos en los que se presume que en ese período adicional pueda ser el trabajador dado de alta por curación; es precisamente la contraria la opinión del facultativo que da de alta a un trabajador declarando su falta de curación e iniciando un procedimiento de calificación de

<sup>3</sup> En esta Sentencia el Tribunal reproduce los argumentos mantenidos en resoluciones anteriores como la STS de 22 de octubre de 1991 (RJ 1991/7745), de 2 de marzo de 1992 (RJ 1992/1609) y de 15 de abril de 1994 (RJ 1994/3249).

IP. Por ello se trata de determinar si es posible la aplicación de algún otro plazo de prórroga que permita continuar la suspensión del contrato después de la emisión del parte de alta.

Sobre este particular, se señala en la sentencia recurrida que, si bien es verdad que el art. 131. bis.1 dispone que el derecho al subsidio se extingue «*por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente*», también lo es que el apartado tercero del mismo artículo establece que «*sin perjuicio de lo dispuesto en los números anteriores, cuando la extinción se produjera (...) por alta médica con declaración de incapacidad permanente, los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de incapacidad permanente (...)*»<sup>4</sup>. En este supuesto, en el que tras el alta médica se inicia un procedimiento de calificación de IP que concluye con la declaración del trabajador en situación de IPA, procedería aplicar esta norma excepcional para prorrogar los efectos de la IT hasta la fecha de dicha calificación.

La duda que se plantea en este punto es si es posible la aplicación de un precepto que se refiere exclusivamente al derecho al subsidio de IT a la suspensión contractual (tanto es así que en el artículo concluye señalando cómo ha de hacerse el cálculo de la prestación a la que el trabajador tiene derecho<sup>5</sup>). No obstante, como antes se manifestó, la falta de preceptos estatutarios que regulen completamente el régimen jurídico de la suspensión del contrato por IT, exige integrar la regulación laboral con las normas de Seguridad Social, siendo en este aspecto también de aplicación lo preceptuado en el art. 131. bis. 3 de la LGSS a la suspensión contractual.

La aplicación de tales normas a la suspensión del contrato por IT permite la siguiente interpretación: resulta posible distinguir, por un lado, la extinción de la causa de suspensión, que se produce con la emisión del alta médica —con o sin curación— y, por otro, la prórroga de sus efectos, que se produce hasta el momento en el que el trabajador sea declarado en situación de IP. Esta interpretación permitiría al trabajador volver a ocupar su puesto de trabajo cuando cesa la circunstancia suspensiva —esto es, cuando es dada de alta—, en razón del derecho a la reincorporación reconocido en el art. 48.1 del ET. Pero como este precepto establece un derecho a la reincorporación y no un deber incondicionado, el trabajador que continúe

<sup>4</sup> En la sentencia de contraste se aplica sólo el primer apartado del precepto para decir que, como el alta médica extingue la situación de IT, en ese momento desaparece la causa de la reserva del puesto de trabajo, procediendo por ello la extinción del contrato de interinidad.

<sup>5</sup> En concreto, el precepto continúa diciendo que en la fecha de calificación de la incapacidad permanente «*se iniciarán las prestaciones económicas de ésta, salvo que las mismas sean superiores a las que venía percibiendo el trabajador, en cuyo caso se retrotraerán aquéllas al momento en que se haya agotado la incapacidad temporal*».

incapacitado para el trabajo puede no ejercerlo, prorrogándose los efectos de la situación suspensiva hasta el momento en que se resuelva el correspondiente expediente administrativo. La prórroga de los efectos que se prevé en el art. 131. bis. 3 de la LGSS permite, entre otras consecuencias, que continúe el derecho a la reserva del puesto de trabajo hasta la resolución definitiva.

### 3.3. Mantenimiento del derecho a la reserva del puesto de trabajo

La suspensión contractual constituye, como ha reconocido en repetidas ocasiones la doctrina y la jurisprudencia, un instrumento fundamental para garantizar la estabilidad en el empleo<sup>6</sup>: ante la concurrencia de ciertas causas que obligan o justifican la cesación de la prestación de servicios durante un período de tiempo determinado, dispone el legislador una institución jurídica, la suspensión, que impide la extinción del contrato de trabajo<sup>7</sup>. En este sentido, la suspensión contractual permite la continuidad de la relación laboral interrumpiéndose, exclusivamente, las obligaciones básicas de ambos sujetos de prestar servicios y de remunerar el trabajo satisfecho<sup>8</sup>.

A su vez, la estabilidad en el empleo obtiene una garantía añadida a través de un efecto que es consustancial a la suspensión contractual<sup>9</sup>, el derecho a la reserva del puesto de trabajo que se le atribuye al trabajador que

<sup>6</sup> A esta conclusión ha llegado la doctrina que ha estudiado la suspensión contractual: véase, entre otras, las siguientes obras: VIDA SORIA, J.: «La suspensión del contrato de trabajo», en BORRAJO DACRUZ, E.: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IX, vol. 1.º, Pág. 29; BLASCO SEGURA, B.: «La suspensión del contrato de trabajo: los apartados i), j) y m) art. 45 del Estatuto de los Trabajadores», en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 474; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines», en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 22; RODRÍGUEZ COPÉ, M.L.: *La suspensión del contrato de trabajo*, CES; Madrid, 2004, pág. 61.

<sup>7</sup> Si no existiera la suspensión contractual, la concurrencia de alguna de las causas suspensivas habría permitido, por una u otra vía, la extinción del contrato de trabajo (fundamentalmente, porque se hubieran dado una serie de ausencias, justificadas o no, que habrían permitido el despido del trabajador).

<sup>8</sup> Se interrumpen las prestaciones básicas de ambos sujetos, del trabajador de prestar servicios y del empresario de remunerarlos, así como los derechos y obligaciones directamente relacionados con éstos (como, por ejemplo, el deber del empresario de pagar puntualmente el salario). Otros derechos y deberes, más bien derivados de la existencia de la relación laboral que de su ejecución, permanecen en vigor a pesar de la suspensión contractual (como sucede, singularmente, con el deber de buena fe).

<sup>9</sup> Efecto propio de todas las causas de suspensión contractual previstas en el art. 45 del ET, salvo de las que derivan del acuerdo de las partes, en las que también se estará a lo pactado.

ve suspendida la relación laboral por alguna de estas causas. El derecho de reserva supone el mantenimiento de la plaza (del puesto de trabajo anteriormente ocupado) a disposición del trabajador hasta que concluya la circunstancia suspensiva y reanude su actividad laboral. Tal derecho de reserva constituye un instrumento adicional a favor de la permanencia en el empleo tanto porque garantiza la reanudación inmediata de la actividad laboral una vez concluida la causa suspensiva, como porque permite al trabajador la vuelta al puesto que ocupaba con anterioridad para realizar las mismas tareas en idénticas condiciones.

En el supuesto que se analiza, si, como se ha señalado, se entiende posible la prórroga de la situación suspensiva (o al menos, de sus efectos) en el período que abarca desde la fecha del alta médica sin curación hasta el momento de calificación de la incapacidad permanente, ha de entenderse también que durante todo ese período conserva el trabajador el derecho a la reserva del puesto de trabajo. La prórroga del derecho de reserva permite al trabajador optar entre mantener interrumpida la prestación laboral o reincorporarse a su puesto de trabajo con anterioridad a la resolución administrativa, según continúe o no incapacitado para el trabajo. En el primer caso, según la sentencia del TS antes referida, debe el trabajador comunicar al empresario la continuidad de la situación incapacitante aportando cualquier medio de prueba que lo acredite.

No es en este sentido, sin embargo, en el que el Tribunal alude el derecho de reserva para sostener su argumentación. En la sentencia que se comenta, el derecho a la reserva del puesto de trabajo se trata en relación, exclusivamente, con lo dispuesto en el art. 48.2 del ET, entendiéndose el Tribunal que la decisión extintiva adoptada por el Ayuntamiento antes de que se le comunicara la resolución del expediente, deja sin efecto otras posibles soluciones, como la prevista en el precepto estatutario.

Como se sabe, la disposición citada constituye una excepción a la regla general prevista en el art. 49.1.e) del ET, que permite la extinción del contrato de trabajo cuando el trabajador sea declarado en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Precisamente en estos supuestos si, a juicio del órgano de calificación, la situación del trabajador va a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al trabajo, no procederá la extinción del contrato sino que, por el contrario, *«subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente»*.

De las palabras del Tribunal parece deducirse la necesidad de que continúe la suspensión contractual durante el período que media entre el alta y la calificación de la IP para que, a su vez, sea posible la prórroga de la si-



tuación suspensiva por el período extraordinario de dos años. Según esta interpretación, habría de mantenerse interrumpida la actividad hasta la resolución administrativa para que fuera posible la aplicación de esta regla excepcional. De la misma se deriva, correlativamente, la prórroga del derecho a la reserva del puesto de trabajo sin solución de continuidad. Por esta razón, precisamente, utiliza el Tribunal éste como argumento que impide la extinción anticipada del contrato de interinidad; mientras no se emita la resolución definitiva, se mantiene la relación de interinidad por sí, acaso, en la misma se manifiesta la posibilidad de mejoría y procede la prórroga del derecho de reserva por el período adicional mencionado, en cuyo caso también se prorrogaría el contrato temporal por el mismo plazo.

En mi opinión, no creo imprescindible el mantenimiento incondicionado de la suspensión contractual para la aplicación de la posibilidad prevista en el art. 48.2 del ET. Como antes se manifestó, tras el alta médica puede el trabajador ejercer el derecho a la reincorporación que prevé el art. 48.1 del ET y volver a su puesto de trabajo, sin que el ejercicio de esta opción impida, posteriormente (cuando se emita la resolución administrativa que declare una situación de IP revisable por mejoría), el inicio de un nuevo período de suspensión contractual por el plazo de dos años<sup>10</sup>. Sólo si se mantiene suspendida la relación durante el período intermedio (lo que, como ya se ha dicho, se produce cuando el trabajador acredita continuar incapacitado para el trabajo), se producirá la prórroga de la situación suspensiva sin interrupciones. En este último caso, el derecho a la reserva del puesto de trabajo también se ha de ejercer de forma continuada, manteniéndose en vigor el contrato de interinidad desde el inicio de la IT hasta que concluya el plazo de prórroga extraordinaria.

#### 4. FECHA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE INTERINIDAD PARA LA SUSTITUCIÓN

Las consecuencias del derecho de reserva justifican la caracterización y el régimen jurídico del contrato de interinidad. En efecto, si el trabajador que suspende su relación contractual mantiene el derecho a ocupar su propio puesto de trabajo hasta que concluya la causa suspensiva, es lógica la previsión de una fórmula contractual que permita la contratación temporal de un trabajador que ocupe interinamente esa plaza. Igualmente, la cobertu-

<sup>10</sup> Ahora bien, en este supuesto se extinguiría el contrato de interinidad en el momento que se reincorporara el trabajador sustituido. Posteriormente, la resolución administrativa que declarara la prórroga de la situación suspensiva permitiría al empleador celebrar un nuevo contrato de interinidad para la sustitución del trabajador por esa otra circunstancia.



ra provisional del puesto de trabajo vacante, también justifica las condiciones previstas de duración y extinción del derecho. Estas circunstancias explican la relación existente entre el desarrollo del derecho de reserva, ya comentado, y la extinción del contrato de interinidad.

En este último apartado, y a modo de resumen, pueden determinarse las causas (y con éstas, las fechas) de extinción del contrato de interinidad correspondientes según las vicisitudes que afecten al derecho de reserva.

Un primer supuesto se daría cuando el trabajador sea dado de alta por curación después de un proceso de IT: con el alta se extinguiría la suspensión contractual, el derecho de reserva y el propio contrato de interinidad por la reincorporación del trabajador sustituido a su puesto de trabajo. En el caso contrario, en el que el alta médica declara la no curación del trabajador iniciándose un procedimiento de calificación de IP, la situación del interino depende del estado del sustituido. Si éste sigue incapacitado para el trabajo, se proroga la situación suspensiva y el contrato de interinidad hasta la resolución definitiva, procediendo entonces la extinción del contrato de sustitución, por una u otra causa, según el grado de incapacidad declarado. Por el contrario, si el trabajador no está incapacitado para seguir con sus tareas habituales, procederá la extinción del contrato de interinidad por la reincorporación de aquél a su puesto de trabajo.

En definitiva, el razonamiento seguido en el presente comentario permite llegar a la misma conclusión mantenida en la sentencia: la calificación como improcedente del despido del demandado cuyo contrato de interinidad había de continuar en vigor hasta la fecha de emisión de la resolución administrativa. En ese momento, dada la declaración del trabajador sustituido en situación de IPA, hubiera podido darse por concluido el contrato de interinidad por extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto.



**SALUD LABORAL**

Universidad Almería

## **HACIA LA MAYORÍA DE EDAD DEL DELITO DE RIESGO DE LOS ARTS. 316 Y 317 DEL CÓDIGO PENAL Y OTRAS CUESTIONES LABORALES Y ADMINISTRATIVAS CONEXAS**

*Sentencia 276/2005, de 29 de abril,  
del Juzgado de lo Penal Núm. 3 de Almería*

**MANUEL GÁMEZ OREA\***

*«No es sólo el lenguaje el que es «simbólico», el que necesita  
de la otra mitad de la interpretación y del diálogo que está más  
allá de la siempre indigente palabra...» (Emilio Lledó)\*\**

**SUPUESTO DE HECHO:** En la visita practicada por la Inspección de Trabajo a una obra de viviendas en construcción, que se hallaba en fase de estructura, el actuario comprueba que varios trabajadores de una empresa subcontratista operaban sobre la cubierta del edificio sin que se hubieran dispuesto medios de protección colectiva en los huecos exteriores e interiores que protegieran frente al grave riesgo de caída existente. Al apreciarse además la inminencia del peligro, al amparo del artículo 44 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales (LPRL), el funcionario impartió orden de paralización de trabajos que no fue impugnada ante la autoridad laboral. La citada obra estaba promovida por la empresa L.A., S.A., que la adjudicó a la contratista V.G, S.L., entidad que a su vez la subcontrató con P.Z.I., S.L., procediendo ésta a encomendar la cimentación y estructura al empresario individual R.F., a quien prestaban sus servicios profesionales aquellos trabajadores.

Al entender el funcionario actuante que los hechos pudieran ser constitutivos de infracción penal, se dio traslado de ellos al Ministerio Fiscal, que

\* Doctor en Derecho. Prof. Univ. Almería. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

\*\* *Elogio de la infelicidad*. ed. Cuatro, 2005, pág. 109.



ejerció la oportuna acción contra los administradores de cada una de las sociedades, el empresario individual, los dos arquitectos técnicos y coordinadores de seguridad durante la ejecución del proyecto, y el arquitecto autor del proyecto-director de obra.

**RESUMEN:** Tras el juicio oral, se dictó sentencia en la que resultaron condenados a la pena de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seis meses a tres euros, como autores de un delito contra los derechos de los trabajadores, los administradores de aquellas sociedades, el empresario individual y los coordinadores de seguridad y salud, resultando absuelto el arquitecto D. L.C.

#### ÍNDICE

1. EL LENTO CAMINO DEL CRECIMIENTO
2. LAS INTERVENCIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DEL MINISTERIO FISCAL
3. UN CASO TÍPICO DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN
4. EL CONTRASTE CON EL CRITERIO REDUCTOR DE RESPONSABILIDADES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

### 1. EL LENTO CAMINO DEL CRECIMIENTO

Como es sabido, la protección específica del derecho a la seguridad y salud de los trabajadores mediante un tipo de peligro concreto fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico-penal en la reforma del anterior Código operada por la L.O. 8/1983, de 25 de junio. En su exposición de motivos se razonaba que «Sin perjuicio de la subsistencia del actual art. 499 bis, la protección penal del trabajo venía planteando la necesidad de introducir un delito de peligro que, de una parte, no exija el grado de intencionalidad en la conducta que se deriva de aquel precepto, y, de otra, acentúe la obligación de prevenir el daño. A tal fin se introduce un tipo de estructura claramente omisiva, el nuevo art. 348 bis, a), en el que puede subsumirse la conducta del responsable de una actividad laboral que permita el incumplimiento de las medidas de seguridad, dando lugar a situaciones de concreto peligro». Este nuevo precepto quedó redactado así: «Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas».



Con ello se ponía en evidencia la insuficiencia protectora de los tipos generalistas de protección del derecho a la vida y a la integridad física de la persona (homicidio y lesiones por imprudencia) a efectos de la eficaz tutela del derecho de los trabajadores a unas condiciones de trabajo seguras. Más aún, la del llamado delito doloso de lesiones laborales del antiguo art. 427, prácticamente inédito en su aplicación a pesar de su extensa vigencia temporal, constituyendo todos ellos preceptos que en el mejor de los casos sólo entraban en juego tras sobrevenir el resultado material de muerte o lesiones.

Se trataba, por tanto, aunque no se explicitara, de salir al frente de los altos índices de siniestralidad laboral sin necesidad de esperar al desencadenamiento del resultado lesivo, castigando de modo autónomo las infracciones más graves de cuidado en materia preventiva, como una decisión de política criminal suficientemente conocida y puesta en práctica para la preservación de bienes jurídicos esenciales. Después, el nuevo Código de 1995 continuó esta línea y acogió esa figura delictiva en los tipos de los arts. 316 (forma dolosa) y 317 (forma culposa), estableciendo el primero de ellos que «Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

Transcurridos más de veinte años desde la innovación legislativa que comentamos, son numerosos los pronunciamientos judiciales que han tenido por objeto su aplicación, si bien prácticamente siempre ligada a otros delitos o faltas de resultado material (homicidio o lesiones), de modo que su contemplación procesal ha sido en casi todos consecuencia del desencadenamiento previo de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. Entonces se han planteado los correspondientes problemas de concurso —de infracciones o de normas—, en función de que el resultado producido suponga solamente uno de los posibles efectos de la conducta omisiva (concurso ideal de delitos, art. 77 CP, principalmente cuando otros trabajadores, aparte del accidentado, han quedado expuestos al riesgo); o sea único, constituyendo una fase más avanzada de la mera creación de peligro concreto por omisión de las normas preventivas, en cuyo caso la jurisprudencia se ha decantado por apreciar con carácter general un concurso aparente de leyes, resuelto por el principio de consunción del art. 8.3 CP (SSTS 14-7-1999 y 4-6-2002).

Este estado de cosas pone de manifiesto que en gran parte la finalidad preventiva perseguida con la tipificación del delito de riesgo ha quedado frustrada en un doble aspecto. Primeramente, desde la perspectiva jurídico-

material, cuando ocurrido el accidente el juego del concurso aparente de normas conduce a la aplicación en exclusiva de la pena prevista para la infracción absorbente —la de resultado material de muerte o lesiones—, con preterición de la del delito de riesgo (prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses), que en algunos casos es de mayor entidad que las estipuladas para el delito de lesiones imprudentes (art. 152) y, desde luego, muy superior a las de la faltas por muerte o lesiones del art. 621 (multa de uno a dos meses en los casos de lesiones del art. 147.2 por imprudencia grave y muerte por imprudencia leve, y multa de 10 a 30 días en lesiones por imprudencia leve). En segundo lugar, desde la óptica procesal, por la ausencia de persecución independiente del delito de peligro en los supuestos en los que afortunadamente no se haya producido resultado lesivo alguno o tan siquiera accidente, para de este modo lograr el objetivo preventivo de evitar el desencadenamiento del siniestro, desplegando una acción procesal independiente, reflejo a su vez de su configuración típica autónoma.

Es significativo al respecto que en la colección de jurisprudencia ARANZADI, salvo error, sólo hayamos encontrado una resolución —condenatoria— sobre esta infracción de riesgo, sin que el objeto del debate procesal verse sobre ninguno de los tipos de homicidio o lesiones —la acusación del Ministerio Fiscal se basaba sólo en los arts. 316 y 318 y no consta el título de la acusación particular—, a pesar de que en el supuesto de autos se trataba de la caída de altura de un trabajador que le ocasionó traumatismo craneoencefálico severo, contusión pulmonar y diversas fracturas (S. 387/2003, Juzgado de lo Penal n.º 3., de Barcelona, 11-12-2003).

En definitiva, hay que concluir que las simples situaciones de riesgo concreto han permanecido invisibles, por los más diversos motivos a los que seguidamente aludiremos, para la persecución penal, tras más de veinte años de vigencia de la figura delictiva que las acoge. De ahí la importancia de la sentencia objeto de este comentario, a las que se han unido otras del mismo Juzgado.

## 2. LAS INTERVENCIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DEL MINISTERIO FISCAL

El castigo de estas situaciones de riesgo se ha canalizado fundamentalmente por la vía de las sanciones administrativas promovidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, derivadas casi siempre de la investigación previa llevada a cabo en los centros de trabajo. Por otra parte, la innovación que supuso en 1983 la tipificación del delito de riesgo, la escasez de medios personales en el Ministerio Fiscal, su dedicación preferente a los delitos comunes que tradicionalmente ha perseguido, la inercia de la actua-

ción inspectora hacia el ejercicio exclusivo de sus potestades —a pesar del deber público de denuncia ante el Ministerio Público o la jurisdicción penal de los hechos penalmente relevantes de que tuvieran conocimiento (arts. 262 LECr y 3 Real Decreto legislativo 5/2000, TRLISOS)— y la falta de coordinación efectiva entre estos órganos públicos, son los factores que, entre otros —por ejemplo, la inexistencia de un objeto material o cuerpo delictivo y la mutabilidad de la situación de peligro, que dificultan el proceso probatorio sin la intervención del órgano fiscalizador administrativo—, han determinado la inaplicación autónoma del delito de riesgo.

De esta situación se hizo eco la Instrucción 104/2001 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social —con antecedentes en la instrucción 8/11/1991—, que ordenó la comunicación al Ministerio Fiscal de las infracciones muy graves del art. 13 TRLISOS y de las graves del art. 12 cuando concurrieran ciertas circunstancias relevantes: incumplimientos reiterados o inobservancia manifiesta y sistemática de la normativa de prevención. Todo ello desde un planteamiento que nos parece real y posibilista a fin de evitar la saturación de los órganos judiciales y de la fiscalía, procediendo a la discriminación persecutoria en función de la gravedad de la conducta infractora comprobada.

En el mismo sentido, tras constatar los altos niveles de siniestralidad laboral, las Instrucciones del Fiscal General del Estado 1/2001, de 9 de mayo, y la anterior 7/1991, de 8 de noviembre, que estableció formas de coordinación entre las jefaturas provinciales del ministerio público, la autoridad laboral y la inspección de trabajo y seguridad social.

Esta actuación coordinada, impulsando la inspección de trabajo mediante la pre-denuncia la actuación del ministerio público, nos parece de hecho la única vía fértil para alcanzar el objetivo del efectivo castigo de las conductas que ponen en peligro grave la seguridad y salud de los trabajadores. De este modo, el órgano encargado del ejercicio de la acción pública podrá disponer de los necesarios elementos de conocimiento sobre los hechos y posibles responsables, proporcionados por quienes por su especialización jurídica y en materia preventiva pueden ofrecer el instrumental adecuado que sirva de soporte al impulso procesal de su persecución, con independencia de la eventual y ulterior intervención del funcionario de la inspección en la fase del juicio oral como perito propuesto por la acusación pública, cuya relevancia se pone de manifiesto en la valoración de la prueba efectuada en la sentencia. A ello ha de sumarse la garantía que supone la inmediatez del funcionario con los hechos, de los que habrá tenido conocimiento en la mayor parte de las ocasiones mediante observación directa en la visita inspectora o por traslado de la comprobación también personal de los técnicos habilitados de las Comunidades Autónomas (art. 9 Ley 31/1995 —LPRL— y Real Decreto 689/2005, de 23 de junio).

Pues bien, este origen es el que ha tenido la sentencia 276/2005 del Juzgado de lo Penal Núm. 3 de Almería.

### 3. UN CASO TÍPICO DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

No es casual que el objeto del procedimiento de la sentencia comentada verse sobre una situación de riesgo en el sector de la construcción, tanto por el alto volumen de mano de obra empleada, como por la expansión que ha experimentado en los últimos años y la diversidad de peligros que plantea desde el punto de vista preventivo. De hecho, la consulta de cualquier colección de jurisprudencia pone de relieve que la mayor parte de las sentencias recaídas versan sobre accidentes ocurridos en las obras de edificación o en las relacionadas con ellas. En nuestro caso, entre las consultadas en el repertorio citado correspondientes a los últimos años, más del setenta por ciento afectan a siniestros de ese sector (SAP Madrid, secc. 15.<sup>a</sup>, 20-5-97; SAP Alicante, secc. 2.<sup>a</sup>, 12-4-00; SAP Barcelona, secc. 5.<sup>a</sup>, 8-3-00; SAP Murcia 26-2-2002; SAP Cuenca 6-2-2003; SAP Madrid, secc. 17.<sup>a</sup>, 16-3-03; SAP Tarragona, secc. 3.<sup>a</sup>, 3-5-03; SAP Huelva, secc. 1.<sup>a</sup>, 28-4-04; SAP Zaragoza, secc. 3.<sup>a</sup>, 30-4-04; SAP Barcelona, secc. 3.<sup>a</sup>, 20-7-04; SAP León, secc. 2.<sup>a</sup>, 30-4-04).

Tampoco, la pluralidad de acusados (administradores de las empresas promotora, contratista, primera y segundas subcontratistas, coordinadores de seguridad y arquitecto), exponente de la creciente y en muchas ocasiones exacerbada descentralización productiva existente en este sector —hasta el punto de que en nuestro caso la contratista principal no realizaba actividad productiva directa alguna, limitándose a subcontratar con otra segunda empresa, que a su vez subcontrató con un empresario individual, empleador de los trabajadores afectados por el riesgo— y del alto número de sujetos sobre los que las disposiciones preventivas hacen recaer concretos deberes de precaución (art. 24 LPRL, Real Decreto 171/2004, que lo desarrolla, sobre coordinación de actividades empresariales, y Real Decreto 1627/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, RDOC).

En relación con esta diversidad de imputados y su posterior condena —salvo la absolución del arquitecto D. L.C.— se encuentra quizás el aspecto más relevante de la sentencia porque denota, mediante una interpretación finalista de esa normativa, una cabal comprensión del complejo de deberes interpuesto para cada uno de los sujetos con poder de predisposición e implicados en el proceso constructivo, con el objetivo de servir instrumentalmente a la garantía del más genérico deber general de seguridad del empleador frente a sus trabajadores. (art. 14 LPRL).

Late también en la sentencia la idea, que se explicita jurídicamente fundamentada, de que la eficaz protección de la seguridad y salud de los trabajadores en un espacio de concurrencia multiempresarial supone *ex lege* el surgimiento de otros tantos deberes —aparte de los del personal técnico— de facilitación directa de unas condiciones de trabajo seguras o de celo en la vigilancia de su puesta en práctica, sin que, precisamente por su origen normativo de orden público, los pactos privados de distribución de responsabilidades tengan eficacia alguna frente al ejercicio del poder punitivo. Como tampoco, la designación obligada de técnicos específicos en materia preventiva —coordinadores de seguridad y salud durante la ejecución de la obra—, releva de la suya a la empresa promotora que los contrata, puesto que, efectivamente, este deber de elección ha de entenderse como un refuerzo o *plus* de calidad organizativa y no como una vía de escape o disolución de las que incumben a quien por su condición de impulsora del negocio puede disponer libremente y mejor controlar todo su desarrollo, incluida su vertiente preventiva.

Este planteamiento de partida que adopta la resolución es coherente con el diseño jurídico-penal de los sujetos activos en el art. 316 (*Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten...*), que ha permitido confirmar la amplitud del concepto de autoría (SAP Sevilla 24-3-04, secc. 3.ª; SAP Cantabria 31-3-04, secc. 4.ª; SAP Madrid 20-5-97, secc. 15.ª). En concreto, este último pronunciamiento se hace eco de lo previamente declarado por el Tribunal Supremo, al recordar que *todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o de mando en una empresa y tanto sean superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto las que ejerzan reglamentariamente como de hecho, están obligadas a cumplir las normas destinadas al mantenimiento de la seguridad del trabajo* (STS 12-5-1981). Por ello, —y a propósito del motivo de recurso esgrimido por un coordinador de seguridad y salud— se ha dicho también que *la condición de sujeto activo en el delito del art. 316 CP recae no sólo en el empresario que actúa directamente o por delegación, sino en todos aquellos que tienen la posibilidad práctica de evitar la situación de peligro y estando jurídico-laboralmente obligados a hacerlo no lo hacen, ya que la mención incluida en el tipo «legalmente obligados» no excluye la posibilidad de extender la responsabilidad del empresario a personas que trabajen a su servicio, o concretar esa responsabilidad, como señalaba el TS en Sentencia 10-5-1980, respecto a todas las que ostenten mando o dirección técnicos o de ejecución* (SAP Huelva 28-4-04, con cita SAP Guadalajara 25-6-98). Esta amplitud jurídico-material de la autoría no impide que, por exigencias del principio acusatorio, algunas de las personas en principio obligadas queden exentas de responsabilidad si contra ellas no se ha ejercido la imprescindible acción penal, situación de la

que se hace eco la STS 14-7-99 —que desestimó el recurso contra la anteriormente citada de la AP Guadalajara—, al afirmar que *«la Sala de instancia razona convincentemente, en relación con la autoría del delito previsto en los artículos cuya infracción se denuncia, la responsabilidad del hoy recurrente. Todo ello, con independencia de la posible responsabilidad que pudiera haberse exigido a personas no acusadas en esta causa.*

Y en esta omisión en el momento de plantear la acusación no se incurrió en el proceso al que puso término la sentencia que comentamos, al dirigir el ministerio público la acción contra todos aquellos obligados por el ordenamiento jurídico-laboral, que actúa como integrador a estos efectos de la norma penal en blanco, permitiéndose así al juzgador acceder a un completo análisis subjetivo de las responsabilidades.

No obstante, con ser importante este aspecto, lo es más su motivación, porque revela una exacta traducción al ámbito penal del diseño jurídico-preventivo del deber general de seguridad del empresario como obligación de resultado, garantizado por la pluralidad de deberes intermedios, a algunos de los cuales ya nos hemos referido, y a los que se suman los demás previstos en la LPRL y en su normativa de desarrollo (planificación, formación e información, derivados de los principios de acción preventiva del art. 15 LPRL, etc.), acogiendo implícitamente la exigencia ya recordada por las salas de lo social y de lo contencioso administrativo de que *el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado ...y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador»* (STS 8-10-01, 4.<sup>a</sup>); que *las medidas de seguridad, por su naturaleza, objeto y alcance exigen una valoración finalista y no un mero cumplimiento formal* (STS 18-2-97, 3.<sup>a</sup>); o, en fin, que *la presencia de los trabajadores pertenecientes al contratista o subcontratista en el centro de trabajo de la empresa principal vincula a ambos al cumplimiento de las normas de seguridad e higiene... (debiendo velarse) por dicho cumplimiento tanto desde la perspectiva de la organización del centro, que incumbe a la primera, como desde la perspectiva de la dirección de la actividad de los trabajadores, que corresponde al contratista o subcontratista* (STS 10-12-01, 3.<sup>a</sup>), criterio este del encadenamiento de la responsabilidad en los casos de descentralización productiva reafirmado por la STS 9-7-02 (4.<sup>a</sup>), al interpretar el art 42 LET, cuando, aunque incidentalmente, se afirma que *la tesis interpretativa que se articula en el apartado anterior se acomoda, por otra parte, al criterio de responsabilidad que, con independencia de que se halla referido a otro tipo de planteamiento, aparece recogido en la Ley 31/1995, de 8 Nov., de Prevención de Riesgos Laborales, al imponer a «las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en su propios centros de trabajo» el deber de «vigilar el cumpli-*

*miento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales» —art. 24.3— haciéndoles responsables solidarias de los daños derivados del incumplimiento empresarial de tales obligaciones.*

Por ello, la condena de los administradores de la empresa promotora se fundamenta en que «además de estar obligados a efectuar aviso a la autoridad laboral competente...*como empresa principal tiene la obligación de desarrollar una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva y de vigilar para que por las empresas auxiliares se adopten las medidas de seguridad adecuadas para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores que presten sus servicios en la obra por ella promovida*», trasluciendo en el fondo que la existencia de coordinadores de seguridad y salud no la exime de sus obligaciones, como recuerda el art. 3.4 RDOC, porque precisamente los incumplimientos de éstos denotarán comportamientos negligentes en la vigilancia de la entidad que los contrató.

La responsabilidad de los administradores de la contratista V.G., S.L. y P.Z.I., S.L. se sostiene en el incumplimiento de las obligaciones del art. 11 R.D. 1627/1997 (principios de acción preventiva, plan de seguridad y salud, de coordinación interempresarial, etc.), basándose la del empresario individual D. R.F. en el mismo motivo, en su condición de empleador de los trabajadores expuestos al riesgo denunciado.

La condena de los coordinadores de seguridad y salud se fundamenta en el incumplimiento de las obligaciones establecidas para tales técnicos en el art. 9 del R.D. 1627/1997, lo que determinó que no se garantizara «que en la obra hubiese las medidas de seguridad adecuadas para que los trabajadores desempeñasen su actividad con las máximas garantías de seguridad». En los fundamentos de derecho se pone de manifiesto la pasividad de estos técnicos en el cumplimiento de sus obligaciones cuando, en alusión a las declaraciones prestadas en la fase de instrucción ante el juez, se hace referencia a que esgrimieron que el constructor tiene que nombrar a un encargado de seguridad del que sin embargo desconocieron saber quién era, o a que uno de ellos admitiera en la vista oral que quizás hiciera una semana que no había visitado la obra.

Finalmente, la absolución del arquitecto D. L.C. se justifica en que entre sus obligaciones no se encuentra la de la fiscalización de las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, limitándose a la redacción del proyecto y a la dirección de obra. Probablemente, esta decisión esté basada en la estimación de un comportamiento no culpable en este concreto caso, porque el art. 14 RDOC obliga a los coordinadores y a cualquier otra persona integrada en la dirección facultativa a advertir al contratista de cualquier incumplimiento de las medidas de seguridad —exponente del deber de vigilancia—, dejando constancia en el libro de incidencias, y quedando

facultado para disponer la paralización de trabajos en circunstancias de riesgo grave e inminente, siendo éste supuesto precisamente el desencadenante en su día de la actuación inspectora. El sentido del fallo hubiera sido distinto con seguridad si en la ejecución de la obra hubiera intervenido una sola empresa —en cuyo caso no es preceptiva la designación de coordinadores durante la fase de ejecución (art. 3.2 RDOC)—, porque entonces la dirección facultativa asume expresamente las obligaciones de seguimiento de las condiciones de seguridad según resulta de los arts. 9, *f* y 11.1, *e*, RDOC.

En definitiva, se observa un criterio que antes había acogido la SAP Huelva 28-4-04 (ya citada), cuando la exculpación del arquitecto superior, tras la condena del arquitecto-técnico/coordinador de seguridad y salud, se basó en que *nos hallamos ante puntuales medidas de seguridad omitidas, respecto de las que desde el punto de vista de la responsabilidad penal de la dirección facultativa de la obra, debe considerarse agotada con la imputación al arquitecto técnico...porque además es el designado como coordinador de seguridad*<sup>1</sup>.

#### 4. EL CONTRASTE CON EL CRITERIO REDUCTOR DE RESPONSABILIDADES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

La sentencia comentada y, en general, el tratamiento jurisprudencial de los distintos órdenes de la jurisdicción cuando versa sobre supuestos de descentralización productiva, al declarar la responsabilidad de todos los participantes a los que se les imponen determinados deberes legales cuando desatienden el cuidado debido, aciertan en nuestra opinión en la captación de la literalidad y significado de las normas primarias preventivas, que buscan y consagran la implicación activa en las tareas de protección de todos los que disfrutan de situaciones de poder jurídico o de hecho. Entre ellos se encuentran sin duda todas las empresas involucradas en la cadena de contratación, bien por su condición de comitentes respecto de las auxiliares —a las que pueden condicionar y controlar en ejercicio de derechos de origen legal

<sup>1</sup> La exculpación del arquitecto superior también la encontramos en la SAP Zaragoza 30-4-04 (citada), aunque su anclaje argumental en el art. 12 de la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación, nos parece desacertado por tratarse de una disposición que obedece a un designio regulador —protección de usuarios— que nada tiene que ver con el de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, perteneciendo a un grupo normativo distinto al de prevención de riesgos laborales. De hecho, según su art. 1.2, las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación se regirán por su legislación específica.



o fruto de la autonomía privada— o de empleadoras, a las que asisten los poderes directivo y disciplinario reconocidos en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (arts. 1, 5, 20 y 54).

Este juicio ha de matizarse a la hora de analizar el criterio —o criterios, por su oscilación— que ha venido manteniendo en los últimos años el Centro Directivo de la Junta de Andalucía competente para resolver en alzada los recursos contra las sanciones de los órganos provinciales, o en primera instancia cuando la cuantía de la propuesta sancionadora supera el límite asignado a ellos y no excede el de la propia competencia, a partir del cual la potestad de resolver corresponde al titular del departamento o al Consejo de Gobierno.

Resumidamente, los diversos motivos de decisión han supuesto en la mayoría de las ocasiones la exculpación de alguna de las empresas inicialmente imputadas por la inspección o, en muchos casos también, a pesar de reconocerse la responsabilidad de las demás, la completa anulación de las resoluciones de instancia o actas, con olvido en este caso del principio general del derecho de conservación de los negocios jurídicos, acogido expresamente en los arts. 64 y siguientes de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC), pues «la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no se hubiera dictado» (art. 64.2). Como, también es sabido, la absolución de uno de los inculcados en el proceso penal no supone necesariamente la nulidad de actuaciones respecto de los demás acusados.

Un ejemplo de este último modo de proceder lo hallamos en la resolución 2-11-00 (Expte. 40/2000). La resolución de instancia confirmó el acta extendida a una empresa subcontratista y solidariamente a las empresas contratista y promotora, en aplicación del antiguo art. 42.2 LPRL (ahora 42.3 TRLISOS). La resolución comentada, tras reconocer la responsabilidad solidaria de las empresas subcontratista y promotora, opta sin embargo por la anulación del acto recurrido al entender que procede la exculpación de la empresa intermedia/contratista —reservando la posibilidad de extender nueva acta—, cuando desde la perspectiva adjetiva hubiera bastado y procedido, al amparo del art. 64.2 LRJ-PAC y del principio de eficacia administrativa (art. 3 LRJ-PAC), con mantener la condena de las reputadas responsables, declarando la absolución de la contratista. Además, la exculpación de esta empresa se motiva en el sin duda extravagante argumento de *no incurrir en multiplicidad de sanciones por los mismos hechos*, como si hubiera algún precepto de índole constitucional, legal o reglamentario que lo impidiera, cuando es sabido que la interdicción constitucional del *bis in idem* lo que proscribe es la duplicidad sancionadora si concurre la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento (art. 3 TRLISOS). Y en este caso, la sanción

era única, sin que además hubiera ninguna identidad subjetiva o fáctica, puesto que a la diversidad de sujetos se une que la reprochabilidad a cada uno de ellos proviene de hechos propios: incumplimiento del deber de protección del empleador respecto de sus trabajadores e incumplimiento de los deberes de vigilancia por cada una de las empresas comitentes.

La misma solución procesal aparece en la resolución 2-11-01 (Expte. 173/00). El acta de infracción se extendió solidariamente a las empresas principal-promotora, contratista y subcontratista —acogiendo la doctrina del encadenamiento—, y, tras reconocer la resolución que esta últimas son responsables directas de la infracción cometida en relación con sus respectivos trabajadores, y la promotora responsable solidaria de la infracción de cada una de ellas, procede a la anulación de la sanción impuesta por entender que tendrían que haberse extendido dos actas de infracción —una para cada una de las empresas auxiliares—, en las que sería responsable solidaria la promotora. El mandato del citado art. 64.2 LRJ-PAC y el principio de economía procesal obligaban a mantener sin embargo, desde una correcta perspectiva procedimental, la eficacia parcial del acta respecto de una de las empresas auxiliares, con responsabilidad solidaria de la promotora, sin perjuicio de la absolución provisional de la contratista o subcontratista, para que la responsabilidad de la excluida fuera determinada en otro procedimiento, en el que se añadiría de nuevo la solidaria de la principal.

En la resolución dictada en el Expte 2204/03, que trae su causa del acta extendida solidariamente a una empresa contratista y a la promotora, se acoge sin embargo la solución procedimental propuesta, manteniendo la sanción impuesta a la empresa auxiliar, aunque modificando el criterio material de la anterior, porque se absuelve a la promotora por no constar en el acta los requisitos que harían del promotor empresa principal, como serían *los de que la contratista asumiera sólo una parte de la obra*. Todo ello tras razonar que *si el contratista asume la totalidad de la obra y él mismo la ejecuta, será la única empresa responsable de la prevención, y si asume la totalidad de la obra y la ejecuta, en todo (¿no era este el supuesto anterior?) o en parte, a través de terceros, el contratista se erige al mismo tiempo en empresario principal del resto de las empresas que tendrán la cualidad de subcontratistas*.

En la resolución 8-7-2004 (Expte. 2511/03) se mantiene el criterio material sustentado en la anterior, pero modificando el procedimental, pues se opta por la anulación de la resolución recurrida y por ello del acta. En este documento, acogiendo quizás el actuario la posición defendida en la primera de las resoluciones mencionadas, se exige responsabilidad a una empresa subcontratista CSR, S.L. y a la promotora PROR, S.L., y, tras reconocerse por el Centro Directivo la responsabilidad de la subcontratista, se procede a la anulación por entenderse que la solidaridad ha de predicarse de la contra-

tista C.S.C, S.L., y no de PROR, S.L, afirmándose que «lo definitivo en la determinación del criterio de empresa principal en una obra de construcción es la asunción por la misma de la dirección de ejecución del proyecto» —que, como es sabido, corresponde a la dirección facultativa, designada por el promotor—, aunque después fundamenta la exclusión de responsabilidad de la promotora en el hecho de que es la contratista CSC la que asume la ejecución, subcontratando parte con CSR. Todo ello con olvido de que las facultades principales de control y de dirección —que también es ejecución— estructural y legalmente residen en la empresa promotora, bien directamente o por técnicos interpuestos.

Este parecer vuelve a modificarse en la resolución 14-6-05 (Expte. 22/98), pues la responsabilidad solidaria exigida en el acta a las empresas principal, contratista y subcontratista, por hechos que afectaron sólo a trabajadores de esta última, es rechazada por el Centro Directivo, limitándola a la primera y última del proceso descentralizador, con la exculpación de la contratista, en base a una rígida y sesgada interpretación literal del ya citado art. 42.2 LPRL (*la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24...*). De este modo, se razona que la ley habla de los contratistas y subcontratistas de cuyos incumplimientos responde la empresa principal, por lo que ésta responde de las infracciones cometidas por cualquiera de ellos... [y] no puede asumirse de lege data más responsabilidad solidaria que la de la empresa principal... [ya] que la responsabilidad siquiera a título de imprudencia<sup>2</sup> debe basarse en un control fáctico de aquél a quien se le imputa sobre los hechos que constituyen infracción..., [y] porque el concepto de empresa principal se refiere a una única empresa que se caracteriza por la titularidad de la explotación o instalaciones.

Pues bien, basta con atender a los criterios hermenéuticos del art. 3 C. Civil (gramatical, sistemático, antecedentes histórico-legislativos, sociológico y teleológico) para apreciar lo desacertado del acogido en la resolu-

<sup>2</sup> Sorprendentemente, a pesar de esta correcta declaración sobre la exigencia de la culpabilidad como elemento de la infracción conforme al principio de responsabilidad personal que rige la aplicación del *ius puniendi* del Estado, tal como de modo terminante y reiterado han declarado el TC y el TS (por todas, SSTC 76/1990, de 26 de abril, y 246/1991, de 19 de diciembre; SSTs 4-11-80), en la Resolución 14-6-05 (Expte. 9/05) se afirma que «en la LPRL no se ha previsto ningún elemento subjetivo de culpa como elemento constitutivo de la infracción», consagrando «un tipo de responsabilidad objetiva que tiene su base en el mero incumplimiento de la norma para apreciar el ilícito administrativo, sin consideración alguna a la posible culpabilidad del empresario». Y aunque esta afirmación literalmente sea cierta, materialmente no lo es, porque esa exigencia deriva directamente de la Constitución y supletoriamente del art. 130.1 LRJ-PAC (Disp. Ad. 7.<sup>a</sup>), debiendo concurrir siempre al menos una negligencia leve del sujeto activo del ilícito.

ción administrativa. Así, el precepto interpretado alude expresamente al art. 24.3 LPRL, del que es su versión en negativo o sancionadora, que literalmente establece la responsabilidad de *las empresas que contraten o subcontraten...*, es decir, de todas las comitentes involucradas en el proceso desconcentrador descendente. Esta opción legal tiene claros precedentes en nuestro ordenamiento jurídico desde antiguo: el art. 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Orden 9-3-1971), que establecía la responsabilidad solidaria de la empresa principal, contratistas y subcontratistas, o el art. 40 de la Ley 8/1988 (LISOS), al fijar la de *los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad*. La realidad social de una creciente externalización en la ejecución de obras y los elevados índices de siniestralidad conducen igualmente a la necesidad de buscar una implicación de todas las empresas afectadas en las comunes tareas preventivas, que es justamente la finalidad perseguida por la normativa preventiva al establecer deberes directos o de vigilancia para todas ellas: arts. 14.1 y 24.3 LPRL, Real Decreto 1627/1997, etc., dando lugar todo ello a ese concepto amplio de autoría consagrado penalmente en el art. 316 CP.

En cuanto al segundo de los razonamientos que fundamentan la exculpación de la contratista-intermedia, relativo a la necesidad de control fáctico del subcontratista —presuponiendo que no lo hay—, olvida que ese poder de control o vigilancia surge del propio contrato que liga a las empresas interesadas —con la posibilidad de predisponer los mecanismos de fiscalización, como se fijan deberes de aseguramiento, de garantía económica o de mantenimiento de encargados en obra— y del mandato claro del art. 11.2 RDOC (*los contratistas y los subcontratistas serán responsables de la ejecución correcta de las medidas preventivas fijadas en el plan de seguridad y salud en los relativo a las obligaciones que les corresponden a ellos directamente o, en su caso, a los trabajadores autónomos por ellos contratados, respondiendo además solidariamente...en los términos del apartado 2 del art. 42 LPRL*). No es casual por ello que en el art. 2, c) R.D. 171/2004 se identifique al empresario principal con aquel que *contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrollan en su propio centro de trabajo*. Y de ahí también la posibilidad, verdaderamente real en la práctica constructiva aunque negada sin matices en la resolución, de que exista una pluralidad de empresarios principales, que serían todos los que asumen la posición de comitentes en obras o servicios de la propia actividad, y respecto de los cuales el centro de trabajo siempre es «propio», en cuanto asumen parte de las facultades de organización.

En definitiva, a nuestro juicio, se echa en falta en este tratamiento administrativo una mayor consideración de las normas sustantivas en materia



de prevención de riesgos laborales —ausente en todas las resoluciones comentadas—, al modo en que lo realizan en general los órganos jurisdiccionales de los distintos órdenes e instancias, para no propiciar espacios subjetivos de impunidad en la esfera administrativa que razonablemente tendrían que ser cubiertos con las sanciones penales más allá de los márgenes de contención aconsejados por el principio de intervención mínima.

Para ello sería preciso abandonar el enfoque metodológicamente arriesgado del proceso de inferencia que se advierte en ellas, en el que desde la premisa mayor de una regla o principios aislados —cuando no de un simple prejuicio conceptual— se desemboca en el vacío de una conclusión al margen de las normas materiales aplicables, de la parcela de realidad que las determina y de la consideración como un todo del ordenamiento jurídico.

Ofrece más seguridad la operación inversa, en la que desde un razonamiento inductivo se partiera de las características objetivas y subjetivas del caso concreto, mediante un análisis de cada uno de los sujetos y su participación en los hechos para determinar la inobservancia o no de un deber normativo propio —de ejecución material o de vigilancia—. Si la respuesta es positiva, habremos obtenido los principales elementos de guía o interpretativos en el análisis de las normas administrativas sancionadoras, que no se agotan con las específicas del TRLISOS, y que habrán de situarse en el marco más amplio conformado por los principios generales del derecho punitivo —que comparten con matices el Derecho penal y el administrativo sancionador— y las reglas y directrices que regulan en general el procedimiento administrativo, de aplicación supletoria en el especial del orden social (Disp. Ad. 7.<sup>a</sup> LRJ-PAC), integrando finalmente este acervo, cuando fuera preciso por las lagunas que pudiera presentar, con los recursos del Derecho común (art. 4.3 C. Civil) —por ejemplo, a efectos de interpretación— o de la Ley de Enjuiciamiento Civil (así, en materia de prueba, ante la parquedad de las normas administrativas, arts. 80 y 81 LRJ-PAC y R.D. 1398/1993), puesto que sólo partiendo desde la más concreta a las más abstracta de las normas se consigue el método «que proporciona la interpretación coherente del conjunto que se persigue» (VIDA SORIA).

Con ello además, ya desde una opción de política del Derecho, se contribuiría a una más efectiva aplicación de las normas preventivas, teniendo en cuenta que la tutela sancionadora administrativa es en la práctica el más importante y —hasta ahora— casi único instrumento de su garantía cuando las infracciones permanecen en la fase de riesgo por las limitaciones jurídicas y estructurales de los restantes instrumentos protectores.

Nos referimos a las ya apuntadas de las sanciones penales —que se suman a las derivadas del principio de intervención mínima, entre otras—, a las que se añaden la falta de idoneidad de las medidas de presión colectiva —más apropiadas para la generación de la norma que para su aplicación,



principalmente por la situación de debilidad sindical o la escasa ductilidad de la huelga en la relación coste/beneficio frente a incumplimientos habituales— y la inviabilidad práctica de la tutela judicial de carácter civil-laboral, a la que por lo común, por motivos en los que ahora no vamos a entrar, sólo recurren los trabajadores en los supuestos extremos en los que se ventilan el cumplimiento de una de las principales prestaciones del contrato —la retributiva— o su propia existencia o prolongación, principalmente ante decisiones extintivas empresariales.





4

---

# Reseña de Legislación







## Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO \*

### **REAL DECRETO 957/2005, de 29 de julio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina**

El artículo 149.1.17 de la Constitución, atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas. Por su parte, el artículo 149.1.13 reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y en el artículo 149.1.7 se establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas. En el artículo 149.1.30 de la Constitución se establece también la competencia exclusiva del Estado sobre regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, artículo que reconoce el papel de los poderes públicos en cuanto a programación general de la enseñanza, inspección y homologación del sistema educativo, para garantizar el cumplimiento de las Leyes.

Paralelamente, el vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía, establece en su artículo 20.2.a) y b) que, en materia de Seguridad Social, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran su régimen económico. Corresponde también a la Comunidad Autónoma la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en Andalucía. Mientras que en el artículo 20.4 se señala que la Comunidad Autónoma de Andalucía podrá organizar y administrar

\* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide.

a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de sanidad y Seguridad Social, reservándose al Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en el propio artículo 20. El artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía establece que corresponde a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral, con las facultades y servicios propios de la Administración respecto de las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección del Estado y de lo establecido en el artículo 149.1.2 de la Constitución. Por último, el artículo 19.1 del referido Estatuto de Autonomía establece que es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, en el ámbito de sus competencias.

El Real Decreto 1414/1981, de 3 de julio, por el que se reestructura el Instituto Social de la Marina, regula la estructura y funciones del Instituto, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y dotado de personalidad jurídica propia. El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, establece que el Instituto Social de la Marina continuará llevando a cabo las funciones y servicios que tiene encomendados en relación con la gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, sin perjuicio de las que le atribuyen sus Leyes reguladoras y otras disposiciones vigentes en la materia. Finalmente, la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía y el Real Decreto 3825/1982, de 15 de diciembre, regulan la forma y condiciones a que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El artículo 1 de la norma comentada da por aprobado el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía, adoptado por el Pleno de dicha Comisión en su sesión del día 9 de junio de 2005, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional de los trabajadores del mar, encomendados al Instituto Social de la Marina, y que se transcribe como Anexo en el propio Real Decreto. En consecuencia, quedan traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía las funciones y servicios, así como los bienes, derechos y obligaciones y medios personales, que figuran en las relaciones adjuntas al propio acuerdo de la Comisión Mixta, en los términos y condiciones que allí se especifican, así como los créditos presupuestarios determinados según el procedimiento establecido en el propio acuerdo.

**REAL DECRETO 958/2005, de 29 de julio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia y servicios sociales encomendados al Instituto Social de la Marina**

La Constitución, artículo 149.1.16 y 17, reserva al Estado la competencia exclusiva sobre sanidad exterior; bases y coordinación general de la sanidad; legislación sobre productos farmacéuticos, así como la legislación básica y régi-

men económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, atribuye en su artículo 13.22 la competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales. Asimismo, según el artículo 20.2.a) y b) del mencionado Estatuto, corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Seguridad Social, salvo las normas que configuran su régimen económico. Corresponde también a la Comunidad Autónoma la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en Andalucía. Y en el apartado 4 del citado artículo 20 del Estatuto de Autonomía, se establece que la Comunidad Autónoma de Andalucía podrá organizar y administrar, dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en el mencionado artículo 20 del Estatuto.

Además, como se dijo en el comentario anterior, el Real Decreto 1414/1981, de 3 de julio, por el que se reestructura el Instituto Social de la Marina, regula la estructura y funciones del Instituto, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y dotado de personalidad jurídica propia.

Asimismo, el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, establece que el Instituto Social de la Marina continuará llevando a cabo las funciones y servicios que tiene encomendados en relación con la gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, sin perjuicio de los demás que le atribuyen sus Leyes reguladoras y otras disposiciones vigentes en la materia. Finalmente, el Real Decreto 3825/1982, de 15 de septiembre, regula la forma y condiciones a que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía. De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto citado, que también regula el funcionamiento de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, esta Comisión adoptó, en su reunión del día 9 de junio de 2005, el oportuno acuerdo, cuya virtualidad práctica exige su aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto.

El artículo 1 de la norma comentada aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, por el que se concretan las funciones y servicios de la Seguridad Social que deben ser objeto de traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de asistencia y servicios sociales encomendados al Instituto Social de la Marina, adoptado por el Pleno de dicha Comisión en su sesión del día 9 de junio de 2005 y que se transcribe como Anexo de dicho Real Decreto. En consecuencia, y tal como dispone el artículo 2, con la publicación de la norma autonómica, quedan traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía las funciones y servicios, así como los bienes, derechos y obligaciones y medios personales, que figuran en las relaciones adjuntas al propio acuerdo de la Comisión Mixta, en los términos y condiciones que allí se especifican, así como los créditos presupuestarios determinados por el procedimiento previsto en tal acuerdo.

**DECRETO 166/2005, de 12 de julio, por el que se crea el Registro de Coordinadores y Coordinadoras en materia de seguridad y salud, con formación preventiva especializada en las obras de construcción, de la Comunidad Autónoma de Andalucía**

Como con toda claridad establece la exposición de motivos de la norma comentada, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales configura el marco general en el que han de desarrollarse las distintas acciones preventivas, y da cumplimiento a las exigencias de un enfoque normativo rupturista respecto a la legislación estatal anterior en materia de prevención de riesgos laborales, en concordancia con lo establecido por el mandato contenido en el artículo 40.2 de la Constitución y de los compromisos internacionales del Estado Español. De acuerdo con el artículo 6 de esta norma legal, a las normas de desarrollo reglamentario les corresponde la labor de fijar y concretar los aspectos más técnicos de las medidas preventivas, a través de normas mínimas que garanticen la adecuada protección a los trabajadores.

En el sector de la construcción, esta finalidad es perseguida por el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, que viene a trasponer al Derecho Español la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles, al tiempo que introduce y regula en su Capítulo II la figura del coordinador en materia de seguridad y salud durante las fases de proyecto y ejecución de obras. El apartado 1 del artículo 3 del Real Decreto obliga, en las obras incluidas en el ámbito de aplicación del mismo, cuando en la elaboración del proyecto de obra intervengan varios proyectistas, al promotor a designar un coordinador en materia de seguridad y de salud durante la elaboración del proyecto de obra. El apartado 2 de este artículo prescribe que cuando en la ejecución de la obra intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos, el promotor, antes del inicio de los trabajos o tan pronto como se constate dicha circunstancia, designará un coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra.

De otro lado, la disposición adicional primera del 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, establece que las instrucciones a que está obligado el empresario titular del centro, en virtud del artículo 8 de este Real Decreto, se entenderán cumplidas por el promotor mediante las impartidas por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, cuando tal figura exista.

De acuerdo con la normativa anterior, el coordinador o la coordinadora en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra es la persona técnico competente designada por el promotor o promotora para coordinar, durante la fase del proyecto de obra, la aplicación de los principios generales de la prevención que se mencionan en el artículo 8 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre y el coordinador o la coordinadora en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra es la persona técnico competente integrada en la dirección facultativa, designada por el promotor o la promotora para llevar a cabo las tareas que se mencionan en el artículo 9 y concordantes

de este Real Decreto, y párrafo segundo de la letra a) de la disposición adicional primera del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero.

La disposición adicional cuarta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) establece que las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para desempeñar la función de coordinador en materia de seguridad y salud en obras de edificación, durante la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra, serán las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades. Por otra parte, la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las Obras de Construcción, elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, señala que ante la carencia de una concreción expresa, para las obras de construcción excluidas del ámbito de aplicación de la LOE, así como para las obras de ingeniería civil, cabe interpretar, que las titulaciones académicas y profesionales que habilitan para desempeñar las funciones de coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto y la ejecución de este tipo de obras serían las que están facultadas, con arreglo a las competencias propias de sus específicas titulaciones, para proyectar y dirigir dichas obras a la vista de las disposiciones legales vigentes para cada profesión.

El V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, suscrito el 23 de mayo de 2001, contempla como objetivo prioritario la prevención de riesgos laborales y la reducción de la siniestralidad laboral, objetivo que en el momento actual cobra un más alto valor. A tal fin, el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, aprobado por Decreto 313/2003, de 11 de noviembre, da cumplimiento a una de las actuaciones previstas en este V Acuerdo de Concertación Social, prestando especial atención al sector de la construcción, dadas sus peculiaridades y peligrosidad, contemplando, entre otras acciones, la aprobación de una norma por la que se cree el Registro Andaluz de Coordinadores de Obras de Construcción. Por su parte, el VI Acuerdo de Concertación Social, suscrito el 25 de enero de 2005, ratifica el compromiso de las partes firmantes de impulsar el cumplimiento del objetivo general de promoción de la salud laboral, reducción de la siniestralidad y mejora de las condiciones de trabajo, contenidos en el citado Plan General, así como de la consecución de todos y cada uno de los objetivos estratégicos y acciones específicas fijadas en el mismo.

El Decreto comentado tiene en cuenta el objetivo de la igualdad por razón de género, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas.

El objeto del Reglamento es la creación de un Registro público, voluntario, de naturaleza administrativa y de carácter único, dependiente de la Consejería competente en materia de Empleo. El acceso a este Registro es potestativo para los coordinadores y coordinadoras y los promotores y promotoras. No obstante, dadas las funciones de promoción, transparencia y mejora de la cualificación de los profesionales, que actúan como coordinadores y coordinadoras, perseguidas por el Registro sólo podrán inscribirse las personas, que de acuerdo con la normativa vigente sean competentes para actuar como coordinador o coordinadora en materia de seguridad y salud en las obras de construcción, y que cuenten además con formación, formación preventiva especializada, al menos con el

contenido mínimo del Anexo B de la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las Obras de Construcción, elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, o conforme a un programa formativo análogo o equivalente autorizado por la Consejería competente en materia de Empleo.

Por tanto, la finalidad del Registro es la de ofrecer información a los promotores y las promotoras de aquellos profesionales, competentes para actuar como coordinadores y coordinadoras en materia de seguridad y salud en las obras de construcción, que cuenten además con formación adecuada en el campo de la prevención de riesgos laborales aplicables a las obras de construcción cuya relación, no exhaustiva, figura en el Anexo I del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre. Con ello se pretende dotar a los agentes sociales de un importante mecanismo para promover la calidad formativa de estos profesionales en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y facilitar la aplicación de los principios generales de prevención en la construcción, con el objetivo de contribuir a mejorar las condiciones de seguridad y salud en las obras de construcción, y reducir la siniestralidad en este sector específico.

**ORDEN de 25 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por la contratación de personas para cuidado de un familiar**

El Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, establece un catálogo de iniciativas en favor de las familias andaluzas desde una perspectiva integral. Este catálogo ya fue ampliado por los Decretos 18/2003, de 4 de febrero, y 7/2004, de 20 de enero, quedando los tres integrados en el texto publicado mediante Orden de 9 de marzo de 2004. De acuerdo con el carácter cambiante de la familia, las ayudas establecidas por la Junta de Andalucía para satisfacer sus necesidades han de ser revisadas y adaptadas a la realidad. En este sentido, el artículo 2 del Decreto 66/2005, de 8 de marzo, de ampliación y adaptación de medidas de apoyo a las familias andaluzas, introdujo en el citado Decreto 137/2002 una nueva línea de ayudas, concedidas mediante el procedimiento de concurrencia competitiva, por la que se incentiva la contratación de personas para la atención y cuidados de un familiar discapacitado o enfermo crónico que requiera una atención continuada, como medida paliativa de los efectos que dicha situación produce sobre la unidad familiar, y que viene a ser desarrollada por la Orden comentada.

Conforme establece el artículo 2 de la Orden, podrán ser beneficiarios de dichas ayudas las familias andaluzas, definidas como tales por los apartados 2 y 3 del artículo 3 del citado Decreto 137/2002, de 30 de abril, que contraten a una persona, para la atención y cuidado de un familiar, en primer grado de consanguinidad o afinidad, que tenga reconocido un grado de discapacidad de al menos un 75% o padezca enfermedad crónica que requiera una atención continuada.

Por su parte, las familias deberán acreditar que cumplen con los siguientes requisitos:

a) Que los cónyuges, o en su caso miembros de la pareja de hecho, trabajen. No obstante, no será exigible este requisito, en los supuestos siguientes:

- Para el caso de familias unipersonales, monoparentales o numerosas.
- Cuando uno de los cónyuges o de los miembros de la pareja de hecho tenga reconocido al menos un 75% de grado de minusvalía o padezca enfermedad crónica que requiera una atención continuada.

b) Que los ingresos de la unidad familiar no superen en cómputo anual los siguientes niveles de renta, establecidos en función del número de miembros de la unidad familiar, de conformidad con el apartado 3 de la Disposición Adicional Primera del citado Decreto 137/ 2002, de 30 de abril, o aquél que lo modifique o sustituya:

- Familias de un miembro: 3 veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM).

- Familias de dos miembros: 4,8 veces el IPREM.

- Familias de tres miembros: 6 veces el IPREM.

A partir del tercer miembro, se añadirá el valor equivalente a 1 IPREM por cada nuevo miembro de la unidad familiar.

La ayuda se concreta en una cuantía a tanto alzado que ascenderá a 1.000,00 € al año, hasta un máximo de tres anualidades.

**ORDEN de 28 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de incentivos a la contratación con carácter indefinido reguladas en el Decreto 149/2005, de 14 de junio**

El Decreto 149/2005, de 14 de junio, establece una serie de medidas de fomento de la contratación indefinida, con el objetivo de modificar desde el punto de vista sociológico el concepto de empleo de calidad, adscribiendo dicha dimensión del empleo desde el momento inicial en el que la persona se sitúa frente al mercado de trabajo, por el camino de situar al demandante de empleo en las mejores condiciones para acceder a un puesto de trabajo de calidad. En desarrollo de dicha norma, la Orden comentada desarrolla dichos incentivos, colocando al demandante de empleo en destinatario último de tales medidas, buscando el beneficio individualizado mediante medidas de fomento del empleo a través de la inserción profesional, para lo que el contacto de la persona demandante de empleo con el Servicio Andaluz de Empleo es un elemento fundamental.

Con anterioridad, el VI Acuerdo de Concertación Social en Andalucía presta atención a los factores internos que restan posibilidades de crecimiento a la economía andaluza, aspectos en los que es necesario incidir si se pretenden alcanzar mayores niveles de desarrollo social y económico. Para ello se establece como objetivo prioritario el establecimiento de un marco propicio para la creación de empleo estable, seguro y cualificado, y un consiguiente aumento de la calidad en el mercado laboral. Con dicho objetivo general, se decide poner en funcionamiento medidas de materialización de determinados derechos vinculados al acceso al empleo, como la igualdad real entre hombres y mujeres, realizando una apuesta decidida y firme por el crecimiento del empleo de la mujer, incidiendo tanto en conseguir una mayor incorporación de ésta a la población activa, como en superar situaciones de segregación profesional y de precariedad laboral. La integración social de los jóvenes y de los considerados colectivos más vulnerables; la calidad en el empleo; la seguridad en el trabajo y pre-

vinción de riesgos laborales; así como otras que atiendan a la necesidad de formación continua a lo largo de toda la vida laboral.

En este sentido, el Decreto 149/2005, de 14 de junio, establece diversos incentivos: Ayudas a favor de entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras que formalicen nuevas contrataciones con carácter indefinido o transformen contratos de duración determinada en indefinidos, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial; ayudas a favor de entidades empleadoras de más de doscientas cincuenta personas trabajadoras que suscriban un contrato-programa con la Consejería de Empleo; ayudas al empleo en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo. La Orden que lo desarrolla establece las bases reguladoras para la concesión de las referidas ayudas, desarrollando medidas que deben permitir, de una parte, la creación y el mantenimiento de un empleo de calidad y, de otra, una apuesta por las pequeñas y medianas empresas y las microempresas, estableciendo a favor de las mismas discriminaciones positivas en atención a las dimensiones de sus plantillas. Por otra parte, se introducen nuevos conceptos como la responsabilidad social corporativa de las grandes empresas en orden a continuar con la reducción de la temporalidad en el empleo, a través de los denominados contratos-programas. Sumado a ello, se toman en consideración las distintas realidades de los territorios de nuestra Comunidad para responder a sus necesidades específicas, articulando para ello medidas y actuaciones a favor de la calidad del empleo de una forma integrada en aras a alcanzar mayores niveles de eficacia.

Junto a ello, para el caso de contrataciones indefinidas y transformaciones de contrato de duración determinada e indefinidos que se formalicen con personas con discapacidad, los incentivos desarrollados en la presente Orden llevarán aparejados, durante todo el período de vigencia del contrato, la autorización de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, siendo además compatibles con una ayuda destinada a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales.

Tal y como dispone el artículo 3 del referido Decreto 149/2005, de 14 de junio, teniendo en cuenta que el objetivo final de las ayudas es fomentar la creación y mantenimiento de un empleo estable y de calidad que redunde en beneficio de las personas trabajadoras y sus derechos, las mismas no habrán de someterse al régimen de concurrencia competitiva.

El Capítulo I establece incentivos a la contratación con carácter indefinido, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, a favor de entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras destinada a los siguientes colectivos:

a) Mujeres en aquellos sectores y profesiones en los que se encuentren subrepresentadas, preferentemente:

- Sector industrial.
- Sector construcción.
- Sector transportes privados.

También respecto de cualquier otro sector de actividad, en casos de incorporación o reincorporación tras la maternidad y supuestos asimilados (adopción, acogimiento), y tras la atención a personas dependientes. A efectos de la presente Orden, se entenderá por persona dependiente aquellos familiares en primer grado de consanguinidad o afinidad que tengan reconocido al menos un

75% de discapacidad o padezcan enfermedad crónica que requiera una atención continuada.

b) Jóvenes menores de 30 años, en los siguientes sectores:

Sector industrial.

Sector servicios (empresas, nuevas tecnologías, audiovisual, de la vida diaria, prioritariamente de atención a la dependencia)

Actividades medioambientales.

c) Para la contratación de técnicos en prevención de riesgos laborales por entidades empleadoras dedicadas a cualquier sector de actividad. Los incentivos a la contratación indefinida a tiempo completo, respecto de los colectivos establecidos en este apartado, consistirán en ayudas a tanto alzado a favor de la entidad empleadora por cada nuevo contrato que formalicen.

Por otra parte, se fomentará la contratación indefinida de los colectivos que a continuación se detallan, en cualquier sector de actividad:

a) Personas paradas de larga duración mayores de 45 años, a estos efectos, quienes mantengan la condición de desempleo por un período superior a doce meses, aunque esta condición se entienda cumplida si durante los 365 días inmediatamente anteriores a la fecha de referencia o, al menos, lo ha estado durante 270 días, siempre que en los restantes días de ese período la causa de la situación administrativa haya sido la de baja por colocación.

b) Personas pertenecientes a los colectivos más vulnerables.

A los efectos de esta Orden, se entenderán integradas dentro de los colectivos más vulnerables, aquellas personas en quienes concurra alguna de las siguientes características:

— Mujeres víctimas de violencia de género.

— Personas con discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 33%.

— Personas ex reclusas o que se encuentren en situación de libertad condicional, así como aquellas que, estando internas en centros penitenciarios, su situación penitenciaria les permita acceder a un empleo.

— Personas usuarias del Programa de Solidaridad de los andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad, establecido por el Decreto 2/1999, de 12 de enero, o aquel que lo modifique o sustituya, y aquellas que no puedan acceder a dicho Programa por alguna de las siguientes causas:

Por falta de período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad preceptora; o por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.

— Personas drogodependientes rehabilitadas, o aquellas que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.

— Personas inmigrantes.

— Personas pertenecientes a minorías étnicas.

— Jóvenes menores de treinta años, que hayan tenido una medida protectora de acogimiento en un Centro de Menores.

Por su parte, los incentivos a las contrataciones indefinidas formalizadas con personas con discapacidad llevarán aparejados, durante toda la vigencia del contrato indefinido, la autorización de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, y las cuotas de recaudación conjunta.

De la misma manera, las ayudas y bonificaciones establecidas en los apartados anteriores para nuevas contrataciones indefinidas de personas con

discapacidad serán compatibles con un incentivo destinado a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal, necesarios para evitar accidentes laborales. Para poder ser beneficiario de la citada ayuda, tanto la entidad empleadora como, en su caso, la propia persona con discapacidad contratada, además de contar con el informe favorable de la Inspección de Trabajo, habrán de acreditar la ejecución previa de dichos gastos.

En el mismo sentido, se persigue fomentar la estabilidad en el empleo de mujeres, jóvenes menores de 30 años, personas mayores de 45 años y personas pertenecientes a los colectivos más vulnerables descritos en el apartado 2.b del artículo 4 de la Orden, mediante incentivos a las nuevas contrataciones de carácter indefinido bajo la modalidad de fijos-discontinuos, aunque esta posibilidad queda condicionada por vía convencional, pues únicamente queda abierta cuando el convenio colectivo que resulte de aplicación contemple la posibilidad de formalizar dicha modalidad de contrato indefinido.

Los incentivos a las nuevas contrataciones de carácter indefinido, bajo la modalidad de fijos-discontinuos, formalizadas con personas con discapacidad, llevarán aparejados, durante toda la vigencia del contrato indefinido, la autorización de bonificaciones en las cuotas y cuantías establecidas por el apartado 3 del artículo 4 de esta Orden, y serán compatibles con la ayuda a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales establecida en el apartado 4 del mismo artículo.

El Capítulo II de la Orden establece incentivos a la contratación con carácter indefinido a favor de entidades empleadoras de más de doscientas cincuenta personas trabajadoras que suscriban un contrato-programa con la Consejería de Empleo, dirigidas a los colectivos que a continuación se detallan:

- Mujeres.
- Jóvenes menores de 30 años.
- Parados de larga duración mayores de 45 años.
- Personas pertenecientes a uno de los colectivos más vulnerables, en los términos establecidos por el apartado 2.b) del artículo 4 de esta Orden.

El contrato-programa suscrito por la entidad empleadora con la Consejería de Empleo tendrá una vigencia máxima de tres años y podrá contemplar, de forma integral, todas aquellas políticas activas de empleo que sean necesarias para la adecuada cobertura de los puestos de trabajo que se creen: Captación y orientación profesional de personas demandantes, formación profesional y cuantas medidas de fomento del empleo se articulen por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

El Capítulo III establece incentivos a las transformaciones, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial indefinido, a favor de entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras. En concreto, el artículo 9 fomenta la estabilidad en el empleo de los colectivos que a continuación se detallan, mediante incentivos a la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, que se formalicen por entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras, de acuerdo con lo siguiente:

- a) Mujeres, en los siguientes sectores:
  - Sector de Hostelería.
  - Sector de Construcción.
  - Sector de Comercio.

- b) Jóvenes menores de 30 años, en los siguientes sectores:
  - Sector de Hostelería.
  - Sector de Construcción.
  - Sector de Comercio.
- c) Personas mayores de 45 años, en cualquier sector de actividad.
- d) Colectivos más vulnerables en los términos establecidos por el apartado 2.b) del artículo 4 de la Orden, en cualquier sector de actividad.
- e) Personas trabajadoras que vengan realizando su actividad laboral en virtud de un contrato de formación con la entidad empleadora solicitante, en cualquier sector de actividad.

Por último, el Capítulo IV establece incentivos al empleo en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo. En concreto, el artículo 11 establece medidas de fomento diferenciadas para aquellas zonas en las que se establezcan actuaciones integrales y preferentes de empleo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 del Decreto 149/2005, de 14 de junio, se articularán ayudas que podrán alcanzar en su cuantía hasta dos veces y media el Salario Mínimo Interprofesional vigente en el momento de su concesión, computado en un período de doce meses, según las necesidades que presente cada área, así como los sectores y colectivos que se determinen en los planes de actuación para cada una de ellas.

**REAL DECRETO 957/2005, de 29 de julio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina (BOJA núm. 188 de 26 de septiembre)**

La Constitución, en el artículo 149.1.17.<sup>a</sup>, atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

El artículo 149.1.13.<sup>a</sup> de la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y en el artículo 149.1.7.<sup>a</sup> establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.

En el artículo 149.1.30.<sup>a</sup> de la Constitución se establece la competencia exclusiva del Estado sobre regulación de las condiciones de obtención,

expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, artículo que reconoce el papel de los poderes públicos en cuanto a programación general de la enseñanza, inspección y homologación del sistema educativo, para garantizar el cumplimiento de las Leyes.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, establece en su artículo 20.2.a) y b) que, en materia de Seguridad Social, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran su régimen económico. Corresponde también a la Comunidad Autónoma la ges-

ción del régimen económico de la Seguridad Social en Andalucía. Y en el artículo 20.4 se señala la que la Comunidad Autónoma de Andalucía podrá organizar y administrar a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de sanidad y Seguridad Social, reservándose al Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en el propio artículo 20.

El artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece que corresponde a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral, con las facultades y servicios propios de la Administración respecto de las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección del Estado y de lo establecido en el artículo 149.1.2.<sup>a</sup> de la Constitución. Por otra parte, el artículo 19.1 del referido Estatuto de Autonomía establece que es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, en el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y Leyes Orgánicas que, conforme a su artículo 81.1, lo desarrollen, de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149.1.30.<sup>a</sup> de la Constitución y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía.

El Real Decreto 1414/1981, de 3 de julio, por el que se reestructura el Instituto Social de la Marina, regula la estructura y funciones del Instituto, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y dotado de personalidad jurídica.

El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aproba-

do por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, establece que el Instituto Social de la Marina continuará llevando acabo las funciones y servicios que tiene encomendados en relación con la gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, sin perjuicio de los demás que le atribuyen sus Leyes reguladoras y otras disposiciones vigentes en la materia.

Finalmente, la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía y el Real Decreto 3825/1982, de 15 de diciembre, regulan la forma y condiciones a que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto citado, que también regula el funcionamiento de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, esta Comisión adoptó, en su reunión del día 9 de junio de 2005, el oportuno acuerdo, cuya virtualidad práctica exige su aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto.

En su virtud, en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 29 de julio de 2005,

DISPONGO

**Artículo 1.º** Se aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, adoptado por el Pleno de dicha Comisión en su sesión del día 9 de junio de 2005, sobre traspaso a

la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional de los trabajadores del mar, encomendados al Instituto Social de la Marina, y que se transcribe como Anexo de este Real Decreto.

**Art. 2.º** En consecuencia, quedan traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía las funciones y servicios, así como los bienes, derechos y obligaciones y medios personales, que figuran en las relaciones adjuntas al propio acuerdo de la Comisión Mixta, en los términos y condiciones que allí se especifican, así como los créditos presupuestarios determinados según el procedimiento establecido en el propio acuerdo.

**Art. 3.º** El traspaso a que se refiere este Real Decreto tendrá efectividad a partir del día señalado en el acuerdo de la mencionada Comisión Mixta, sin perjuicio de que el Instituto Social de la Marina o demás órganos competentes produzcan, hasta la entrada en vigor de este Real Decreto, en su caso, los actos administrativos necesarios para el mantenimiento de los servicios en el mismo régimen y nivel de funcionamiento que tuvieran en el momento de la adopción del acuerdo.

**Art. 4.º** Los créditos presupuestarios que se determinan, de conformidad con la relación número 3 del Anexo, serán dados de baja en los correspondientes conceptos presupuestarios y transferidos por el Ministerio de Economía y Hacienda a los conceptos habilitados en la sección 32 de los Presupuestos Generales del Estado, destinados a financiar el coste de los servicios asumidos por las Comunidades Autónomas, una vez se remitan al departamento citado, por parte del Insti-

tuto Social de la Marina, los certificados de retención de crédito, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la normativa vigente sobre Presupuestos Generales del Estado.

**Disposición final única.** El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Palma de Mallorca, el 29 de julio de 2005

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Administraciones  
Públicas,  
JORDI SEVILLA SEGURA

ANEXO

Don César Mantecón Granell y doña María de la Soledad Mateos Marcos, Secretarios de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía,

CERTIFICAN

Que en el Pleno de la Comisión Mixta celebrado el día 9 de junio de 2005, se adoptó un Acuerdo sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional, encomendados al Instituto Social de la Marina, en los términos que a continuación se expresan.

**A. Normas constitucionales, estatutarias y legales en las que se ampara el traspaso**

La Constitución, en el artículo 149.1.17.<sup>a</sup>, atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legis-

lación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

El artículo 149.1.13.<sup>a</sup> de la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y en el artículo 149.1.7.<sup>a</sup> establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.

En el artículo 149.1.30.<sup>a</sup> de la Constitución se establece la competencia exclusiva del Estado sobre regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, artículo que reconoce el papel de los poderes públicos en cuanto a programación general de la enseñanza, inspección y homologación del sistema educativo, para garantizar el cumplimiento de las Leyes.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, establece en su artículo 20.2.a) y b) que, en materia de Seguridad Social, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran su régimen económico. Corresponde también a la Comunidad Autónoma la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en Andalucía. Y en el artículo 20.4 se señala que la Comunidad Autónoma de Andalucía podrá organizar y administrar a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de sanidad y Seguridad Social, reservándose al Estado la alta ins-

pección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en el propio artículo 20.

El artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece que corresponde a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral, con las facultades y servicios propios de la Administración respecto de las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección del Estado y de lo establecido en el artículo 149.1.2.<sup>a</sup> de la Constitución. Por otra parte, el artículo 19.1 del referido Estatuto de Autonomía establece que es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, en el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y Leyes Orgánicas que, conforme a su artículo 81.1, lo desarrollen, de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149.1.30.<sup>a</sup> de la Constitución y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía.

El Real Decreto 1414/1981, de 3 de julio, por el que se reestructura el Instituto Social de la Marina, regula la estructura y funciones del Instituto, que goza de personalidad jurídica y está adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, establece que el Instituto Social de la Marina continuará llevando acabo las funciones y servicios que tiene encomendados en relación con la gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, sin perjuicio de los demás que le atribuyen sus Leyes reguladoras y otras disposiciones vigentes en la materia.

Finalmente, la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía y el Real Decreto 3825/1982, de 15 de diciembre, regulan la forma y condiciones a que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Sobre la base de las anteriores previsiones, es legalmente posible que la Comunidad Autónoma de Andalucía tenga atribuidas y haga efectivas sus competencias en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional encomendadas al Instituto Social de la Marina, por lo que procede a aprobar mediante este acuerdo el traspaso de funciones y servicios en esta materia a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

#### **B. Funciones que asume la Comunidad Autónoma e identificación de los servicios que se traspasan**

1. Se traspasan a la Comunidad Autónoma de Andalucía, dentro de su ámbito territorial, las funciones y servicios que viene realizando el Instituto Social de la Marina en materia educativa, establecidas en el artículo 2.6 del Real Decreto 1414/1981, de 3 de julio, por el que se reestructura el Instituto Social de la Marina.

Asimismo, se traspasan a la Comunidad Autónoma de Andalucía, dentro de su ámbito territorial, las funciones que viene ejecutando el Instituto Social de la Marina en materia de empleo (inscripción de demandantes, renovación de demandas, gestión de ofertas de trabajo, registro de contratos, orientación profesional) y formación profesional ocupacional.

Corresponderá, también, a la Comunidad Autónoma de Andalucía la contratación, gestión, actualización y

resolución de los acuerdos con entidades e instituciones que presten servicios en la Comunidad Autónoma.

A partir de la efectividad del traspaso de estas funciones, la Comunidad Autónoma de Andalucía se subrogará en los acuerdos en vigor entre el Instituto Social de la Marina y otros organismos y entidades, hasta su extinción.

Las funciones y servicios que se traspasan por este acuerdo se sujetarán a la legislación básica del Estado en lo relativo a la determinación de los beneficiarios, requisitos e intensidad de la acción protectora y regímenes económico-financiero y económico-administrativo.

La Comunidad Autónoma de Andalucía, respecto del colectivo marítimo-pesquero, se sujetará en el ejercicio de las funciones traspasadas a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado español.

2. Para la efectividad de las funciones relacionadas, se traspasan a la Comunidad Autónoma de Andalucía los servicios e instituciones de su ámbito territorial que se detallan en las relaciones adjuntas al acuerdo.

#### **C. Funciones que se reserva la Administración del Estado**

La Administración del Estado seguirá ejerciendo las siguientes funciones:

a) Promover, en colaboración con el Servicio Público de Empleo Estatal, cuantas acciones competen a éste, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, cuando se refieran a los trabajadores del mar.

b) La elaboración de estadísticas de formación profesional ocupacional marítima para fines estatales.

c) Las que se desarrollen a través de los actuales Centros Nacionales de Formación Marítima que tienen asignados objetivos especiales de investiga-

ción y de formación especializada en los ámbitos nacional e internacional.

d) La atención a los marinos emigrantes en buques extranjeros y plataformas petrolíferas, tanto en el momento de su contratación como durante la realización de su trabajo y posterior repatriación.

e) La gestión e impartición de la formación profesional continua marítima dirigida a la consecución de certificados exigidos para la navegación de los trabajadores del mar, a la seguridad marítima y a la formación sanitaria.

f) La gestión del Centro Nacional de Formación Marítima de Isla Cristina y de todas las actividades que se desarrollan en él.

g) Las relaciones internacionales vinculadas a estas materias.

#### **D. Funciones en que han de concurrir la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma**

Se desarrollarán coordinadamente entre el Instituto Social de la Marina y la Comunidad Autónoma de Andalucía las siguientes funciones:

a) El intercambio de información y asistencia, así como el asesoramiento y cooperación con carácter permanente en las materias que son objeto del presente traspaso, con arreglo a los términos que se especifiquen mediante convenio u otro instrumento que pueda pactarse entre ambas Administraciones. Respecto al mercado de trabajo, el intercambio de información y la cooperación permanentes se orientarán a un mejor conocimiento del mercado de trabajo que garantice la compensación de ofertas y demandas en todo el territorio del Estado, los principios de igualdad de derechos, libre circulación, no discriminación y trabajo en todo el territorio nacional para los trabajadores del mar.

El registro y tratamiento de la información derivada de las actuaciones relativas a las funciones de intermediación en el mercado de trabajo garantizará, en todo caso, la transparencia y accesibilidad a la información del sistema público de empleo de los trabajadores del mar.

b) Al objeto de garantizar el actual nivel de utilización de las estadísticas para fines estatales, la Comunidad Autónoma de Andalucía facilitará al Instituto Social de la Marina información que le permita la elaboración de la estadística sobre el ejercicio de las funciones traspasadas, siguiendo las definiciones actuales o las que, en su caso, se establezcan en el convenio a que se refiere el párrafo a) de este apartado, de forma que quede garantizada su coordinación e integración con el resto de la información estadística de ámbito estatal. Por su parte, el Instituto Social de la Marina facilitará a la Comunidad Autónoma de Andalucía la información elaborada sobre las mismas materias.

c) El desarrollo de los programas de informática de proyección estatal y el acceso a la información derivada de ellos.

d) El Instituto Social de la Marina, a través de sus actuales Centros Nacionales de Formación Marítima, o de aquellos que tienen asignados objetivos especiales de investigación y de formación especializada de ámbito nacional e internacional, prestará el apoyo necesario a la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de los programas formativos y técnicos que se precisen.

e) La creación por parte del Instituto Social de la Marina de planes de ámbito estatal en las materias objeto del traspaso serán adecuadamente coordinadas con la Comunidad Autónoma de Andalucía.

f) Cualquiera otra que pueda contribuir a la mejor relación y coordina-

ción entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía.

#### **E. Bienes, derechos y obligaciones del Estado que se traspasan**

1. Se traspasan a la Comunidad Autónoma de Andalucía los bienes, derechos y obligaciones del Instituto Social de la Marina que corresponden a los servicios traspasados.

2. En el plazo de tres meses desde la efectividad de este acuerdo, se firmarán las correspondientes actas de entrega y recepción de mobiliario, equipo y material inventariable.

3. Se adscriben a la Comunidad Autónoma de Andalucía los bienes patrimoniales afectados al Instituto Social de la Marina que se recogen en el inventario detallado de la relación adjunta número 1.

Esta adscripción se entiende sin perjuicio de la unidad del patrimonio de la Seguridad Social, distinto del Estado y afecto al cumplimiento de sus fines específicos, cuya titularidad corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social, por lo que deberán figurar los inmuebles adscritos en el B a lance de la Seguridad Social, en la forma que determine la Intervención General de la Seguridad Social.

4. La Comunidad Autónoma disfrutará el uso de los bienes inmuebles de la Seguridad Social que se adscriben y deberá hacerse cargo de todas las reparaciones necesarias en orden a su conservación, efectuar las obras de mejora que estime convenientes, ejercitar las acciones posesorias que, en defensa de aquellos, procedan en derecho, así como subrogarse en el cumplimiento de las obligaciones tributarias que afecten a dichos inmuebles a partir de la fecha de efectividad del traspaso. En el caso de inmuebles

compartidos, y hasta su total independencia, los gastos comunes se repartirán proporcionalmente conforme a los criterios que se establezcan en el acuerdo complementario número 1 a este acuerdo.

5. Los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social adscritos revertirán, conforme a lo dispuesto en las normas reguladoras de su patrimonio, a la Tesorería General en el caso de no uso o cambio de destino para el que se adscriben, y la Comunidad Autónoma de Andalucía deberá continuar con el abono de los gastos derivados de su conservación y mantenimiento, así como del pago de las obligaciones tributarias que les afecten, hasta la finalización del ejercicio económico en el que se produzca dicho cambio o falta de uso.

6. Las nuevas adscripciones de inmuebles a la Comunidad Autónoma de Andalucía, no comprendidos en la citada relación adjunta número 1, se ajustarán al procedimiento que, por convenio, se establezca de acuerdo con la legislación básica del Estado.

En tanto no se formalice el citado convenio, las nuevas adscripciones de inmuebles, autorizadas por el Consejo de Ministros, no precisarán de formalización mediante acuerdo específico del Pleno de la Comisión Mixta de Transferencias. Será suficiente, para su efectividad, la firma por los representantes autorizados de la Tesorería General de la Seguridad Social y de la Comunidad Autónoma de Andalucía de la correspondiente acta de puesta a disposición, de la que se remitirá un ejemplar para su constancia, custodia y archivo a la Secretaría de la mencionada Comisión Mixta.

7. Las obras de nueva edificación, así como las de ampliación que supongan modificación de la estructura externa sobre inmuebles o terrenos transferidos, realizadas por la Comuni-

dad Autónoma de Andalucía, se integrarán definitivamente en su Patrimonio, con respeto, en todo caso, de los derechos de suelo y vuelo de la Tesorería General de la Seguridad Social, sin perjuicio de que se arbitren de mutuo acuerdo las medidas oportunas para que, conforme a la legislación civil, hipotecaria y administrativa vigentes, se hagan efectivas tales finalidades; a tal efecto, podrá instrumentarse la celebración de convenios entre ambas Administraciones.

8. A partir de la entrada en vigor de este acuerdo, la Tesorería General de la Seguridad Social adoptará las medidas pertinentes para que queden sin efecto las cesiones de uso de bienes inmuebles, en los que se presten servicios objeto de traspaso por este acuerdo, y que hayan sido realizadas a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social por la Comunidad Autónoma de Andalucía u organismos o entidades dependientes de dicha Administración autonómica.

#### **F. Personal adscrito a los servicios e instituciones que se traspasan**

1. El personal y puestos de trabajo vacantes adscritos a los servicios e instituciones traspasados y que se referencian nominalmente en la relaciones adjuntas números 2.1.a) y b) y 2.2.a) y b), pasarán a depender de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en los términos legalmente previstos por el Estatuto de Autonomía y las demás normas que en cada caso resulten aplicables, y en las mismas circunstancias que se especifican en la relación adjunta.

2. Por el Instituto Social de la Marina o demás órganos competentes en materia de personal se notificará a los interesados el traspaso. Asimismo, se remitirá a los órganos competentes

de la Comunidad Autónoma de Andalucía una copia certificada de todos los expedientes del personal traspasado, así como certificados de haberes referidos a las cantidades devengadas durante 2005.

3. En el supuesto de que fuese necesario introducir correcciones o rectificaciones en las referidas relaciones de personal, éstas se llevarán a cabo, previa constatación por ambas Administraciones, mediante certificación expedida por la Secretaría de la Comisión Mixta de Transferencias.

4. En cuanto al personal que se traspasa y que se encuentra inmerso en algún proceso de consolidación o funcionarización iniciado antes de la fecha de efectos del traspaso, su incorporación a la Comunidad Autónoma de Andalucía se realizará en los términos que resulten de su ejecución, con arreglo a las especificaciones establecidas en el acuerdo complementario número 2 a este acuerdo.

#### **G. Valoración de las cargas financieras de los servicios traspasados**

1. La valoración provisional en el año base 1999 que corresponde al coste efectivo anual de los medios que se traspasan a la Comunidad Autónoma de Andalucía se eleva a 7.041.515,61 euros. Dicha valoración será objeto de revisión en los términos establecidos en el artículo 16.1 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía.

2. La financiación, en euros de 2005, que corresponde al coste efectivo anual es la que se recoge en la relación número 3.

3. Transitoriamente, hasta tanto se produzca la revisión del Fondo de suficiencia como consecuencia de la incorporación a éste del coste efectivo del traspaso, el coste se financiará mediante la consolidación en la sección 32 de los Presupuestos Generales del Estado de los créditos relativos a los distintos componentes de dicho coste, por los importes que se determinen, susceptibles de actualización por los mecanismos generales previstos en cada Ley de Presupuestos.

#### H. Documentación y expedientes de los servicios que se traspasan

La entrega de la documentación y expedientes de los servicios traspasa-

dos, con los correspondientes inventarios, se realizarán en el plazo de tres meses desde la fecha de efectividad de este acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 3825/1982, de 15 de diciembre.

#### I. Fecha de efectividad del traspaso

El traspaso de funciones y servicios objeto de este acuerdo tendrán efectividad a partir del día 1 de septiembre de 2005.

Y para que conste, se expide la presente certificación en Madrid, a 9 de junio de 2005.- Los Secretarios de la Comisión Mixta, César Mantecón Granell y María de la Soledad Mateos Marcos.

### RELACIÓN NÚMERO 1

#### Bienes inmuebles adscritos al ISM objeto de traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional de los trabajadores del mar

Dirección Provincial de Almería.

N.º IDENTIFIC.	NOMBRE	LOCALIDAD Y DIRECCIÓN	UBICACIÓN	SUPERFICIE QUE SE ADSCRIBE	TITULAR	TÍTULO JURÍDICO (fecha)	OBSERVACIONES (*)
0401	CASA DEL MAR	ALMERÍA C/ Muelle, 39	Oficina de empleo en Plana baja (parte)	229,82 m <sup>2</sup>	TGSS	Donación (8/3/61)	Cofradía de Pescadores
0402	Escuela de Formación Profesional Náutico-Pesquera	ALMERÍA Carretera Málaga, 44	Todo el inmueble	2847,13 m <sup>2</sup> Solar de 3.109 m <sup>2</sup>	TGSS	Compraventa (11/07/73)EDON (30/12/88)	Particulares
0404	Guardería infantil	GARRUCHA C/ Sor Carmen Méndez, 5	Todo el inmueble	1.200,32 m <sup>2</sup> Solar de 1.606 m <sup>2</sup>	TGSS	Donación (31/7/73)EDON (30/06/88)	Congregación religiosa

(\*) Entidad de origen y fecha de reversión (en su caso).  
EDON: escritura pública de declaración de obra nueva.

## Dirección Provincial de Cádiz.

N.º IDENTIFIC.	NOMBRE	LOCALIDAD Y DIRECCIÓN	UBICACIÓN	SUPERFICIE QUE SE ADSCRIBE	TITULAR	TÍTULO JURÍDICO (fecha)	OBSERVACIONES (*)
1103	CASA DEL MAR	BARBATE Avda. Generalísimo, s/n.	Un aula de FP ocupacional marítima ubicada en planta alta. Espacios comunes TOTAL	49,51 m <sup>2</sup> 3,87 m <sup>2</sup> 53,48 m <sup>2</sup>	TGSS	Cesión gratuita (29/4/72) Esc. pública de decl. de obra nueva (29/7/93)	Cofradía de Pescadores
1111	GUARDERÍA INFANTIL DE ALGECIRAS	ALGECIRAS Santa Teresa Jornet, s/n	Inmueble en su integridad	521,21 m <sup>2</sup> Solar ajardinado: 2.806 m <sup>2</sup>	TGSS	Donación (31/3/76 y 20/3/85) EDON (13/10/93)	Cofradía de pescadores
1105	GUARDERÍA INFANTIL DE BARBATE	BARBATE Avda. del Mar, s/n	Inmueble en su integridad	518 m <sup>2</sup> Solar ajardinado: 2.500 m <sup>2</sup>	TGSS	Compraventa (1/12/70 y 14/11/78) EDON 29/7/93	Particulares.
1109	COLEGIO «EL PICACHO»	SANLÚCAR DE BARRAMEDA Avda. de la Constitución, s/n	Inmueble en su integridad (salvo 202 m <sup>2</sup> cedidos en uso por la Tesorería General de la Seguridad Social)	16.633,16 m <sup>2</sup> Solar urbanizado: 55.000 m <sup>2</sup>	TGSS	Compraventa (21/10/43, 30/6/48) 21/3/57, 28/3/58, 20/4/74 y 14/8/76 EDON (5/5/94)	Particulares Los espacios cedidos por la TGSS son: chalet de 180 m <sup>2</sup> para la Capitanía Marítima de Sanlúcar y local de 22 m <sup>2</sup> en planta superior de torre-mirador para instalaciones de equipos reemisores de radio-TV Televisión
1104	COLEGIO «ESTRELLA DEL MAR»	BARBATE Plaza de la Inmaculada, s/n	Inmueble en su integridad	2.499,12 m <sup>2</sup>	TGSS	Compraventa y cesión Gratuita (7/4/56, 6/11/59, 5/12/51, y 31/8/48) EDON (29/7/93)	Obispado Cádiz-Ceuta, Ayuntamiento de Barbate y particulares

(\*) Entidad de origen y fecha de reversión (en su caso).  
EDON: escritura pública de declaración de obra nueva.

## Dirección Provincial de Huelva.

N.º IDENTIFIC.	NOMBRE	LOCALIDAD Y DIRECCIÓN	UBICACIÓN	SUPERFICIE QUE SE ADSCRIBE	TITULAR	TÍTULO JURÍDICO (fecha)	OBSERVACIONES (*)
2101	Casa del Mar	HUELVA Avda. Hispanoamérica, 9	PLANTA TERCERA: Dependencias ATLM	62,89 m <sup>2</sup>	Patrimonio del Estado	Concesión adm. (16/12/75) EDON (13/12/88)	Patrimonio del Estado
2103	Casa del Mar y Guardería Infantil	AYAMONTE Avda. de la Playa, 16	PLANTA BAJA	375,04 m <sup>2</sup> + 939,96 m <sup>2</sup> de parcela	TGSS	Cesión gratuita (20/06/74) EDON (29/7/76)	Ayuntamiento
2105	Guardería Infantil	ISLA CRISTINA Avda. Parque, s/n	Todo el inmueble	519,27 m <sup>2</sup> + 1.657 m <sup>2</sup> de parcela	TGSS	Cesión gratuita (09/03/77) EDON (10/12/87)	Ayuntamiento
2109	Guardería Infantil	PUNTA UMBRÍA Laguna, 6	Todo el inmueble	538,33 m <sup>2</sup> + 1.480 m <sup>2</sup> de parcela	TGSS	Compraventa (05/05/77) EDON (12/12/88)	Ayuntamiento

(\*) Entidad de origen y fecha de reversión (en su caso).  
EDON: escritura pública de declaración de obra nueva.

## Dirección Provincial de Málaga.

N.º IDENTIFIC.	NOMBRE	LOCALIDAD Y DIRECCIÓN	UBICACIÓN	SUPERFICIE QUE SE ADSCRIBE	TITULAR	TÍTULO JURÍDICO (fecha)	OBSERVACIONES (*)
2902	Casa del Mar	ESTEPONA Cristóbal Colón, 20	Aula de formación profesional en planta baja	44,70 m <sup>2</sup>	TGSS	Compraventa (10/03/77) EDON (03/06/82)	Particulares
2903	Casa del Mar	MOTRIL C/ Julio Moreno, 80	Despacho de oficina de empleo en planta 1.ª Despacho de formación profesional en planta 1.ª TOTAL	39,05 m <sup>2</sup> 26,20 m <sup>2</sup> 65,25 m <sup>2</sup>	TGSS	Compraventa (26/09/73) EDON (30/09/77)	Particulares

(\*) Entidad de origen y fecha de reversión (en su caso).  
EDON: escritura pública de declaración de obra nueva.

## RELACIÓN NÚMERO 2.1.a)

**RELACIÓN NOMINATIVA DE PERSONAL DE EMPLEO Y FORMACIÓN  
OCUPACIONAL QUE SE TRASPASA  
A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA**

DIRECCIÓN PROVINCIAL: HUELVA

## I. PERSONAL FUNCIONARIO

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAMIENTO	SITUACIÓN	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
CENTRO DE DESTINO: D. PROV. HUELVA									
SUÁREZ PÉREZ, ALICIA	029723217	PTO. TRAB N. 12 GR	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	7.746,48	7.655,50	15.402,98

## RELACIÓN NÚMERO 2.1.b)

**RELACIÓN NOMINATIVA DE PERSONAL DE CENTROS DOCENTES QUE SE  
TRASPASA A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA**

DIRECCIÓN PROVINCIAL: ALMERÍA

## I. PERSONAL FUNCIONARIO

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
CENTRO DE DESTINO: E.F.P. ALMERÍA									
CARRTERO GARCÍA, BEGOÑA	027230585	PROF. SUPFP	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	19.577,88	14.315,59	33.883,47
GÓNGORA MARTÍNEZ, CARMEN	027208538	PROF. SUPFP	JEFE DE ESTUDIOS	FUNC. DE CARRERA	A	C	20.153,28	19.170,67	39.323,85
HERNÁNDEZ BASTIDA, M. CONS.	027241054	AYD. COCINA	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.458,68	7.583,49	18.022,15
RUANO GARCÍA, JOSÉ F.	027185676	MONITOR	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	15.853,34	14.429,77	31.283,11
RUIZ BARRANCO, ANTONIA	027214542	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.531,98	6.350,29	14.882,27
SALVADOR CIRERA, FRANCISCO	027248828	MONITOR	J. RESIDENCIA	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.392,88	17.324,53	33.717,41
SÁNCHEZ RUESCAS, FRANCISCO	027223548	MAES.TALLFOR.	SECRETARIO	FUNC. DE CARRERA	A	C	15.853,34	19.201,63	38.054,97
TORRES MUÑOZ, JOAQUÍN	027297017	P.T. NIVEL 14	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	9.825,48	11.891,39	21.716,87
CENTRO DE DESTINO: GUARD. INF. GARRUCHA (ALMERÍA)									
CAPARRÓS CAPARRÓS, FRANC	075218138	CUIDADOR/A	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.641,98	8.581,18	17.223,16
CARMONA BONAQUE, ANA Mª	027254720	CUIDADOR/A	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	8.591,18	17.223,16
CERVANTES REYES, CARMEN	027261383	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,87	6.314,29	14.946,27
GONZÁLEZ CAPARRÓS, ANA	073197275	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	6.314,29	14.948,27
LÓPEZ CERWANES, ANA M.	075219104	CUIDADOR/A	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	8.591,18	17.223,18
RODRÍGUEZ GARCÍA, FRANCIS	027184485	COCINERO/A	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	7.584,85	16.216,83

DIRECCIÓN PROVINCIAL: CÁDIZ

## I. PERSONAL FUNCIONARIO

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
CENTRO DE DESTINO: COLEGIO ESTRELLA MAR-BARBATE (CÁDIZ)									
BARRIENTOS PICAZO, ROSARIO	031194048	PROFESOR E.G.B.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.853,34	14.931,01	31.784,35
GALLARDO DOMÍNGUEZ, ISABEL	031198844	PROFESOR E.G.B.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	15.853,34	15.658,81	32.512,15
GONZÁLEZ MORADA, JUANA	075730783	CUIDADOR/A	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	8.338,70	16.970,68
GONZÁLEZ TORAYA, M.DE LLUCH	031401472	PROFESOR E.G.B.	DIRECTOR	FUNC. DE CARRERA	A	C	15.932,42	16.310,41	32.242,83
IGLESIAS ANTONIO, SOLEDAD	007431702	PROFESOR E.G.B.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	17.313,80	13.408,17	30.722,87
ROMERO LÓPEZ, M. DOLORES	031200429	PROFESOR E.G.B.	J.DEPARTAMENTO	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.853,34	15.658,81	32.512,15
VACANTE	—	P.T. NIVEL 14	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	7.746,48	8.796,11	16.542,59
CENTRO DE DESTINO: COLEGIO EL PICACHO-SANLÚCAR (CÁDIZ)									
BARBA HARANA, ANA M.	042943082	CAMARERO/A J.M.P	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	6.314,29	14.946,27
BAZÁN GONZÁLEZ, FCO. MIGUEL	031315100	MONITOR	J.DEPARTAMENTO	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.392,86	15.781,21	32.174,09
CABRAL BUSTILLO, JUANA	031574241	CAMARERO/A J.M.P	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.285,34	8.834,21	14.919,55
CARO BENÍTEZ, FRANCISCO	027844839	PROFESOR BUP/FP	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	21.879,48	16.826,11	38.705,59

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
OCUSINOU GONZÁLEZ, FCO.	028414226	MAESTRO.TAL.FOR.	J.DEPARTAMENTO	FUNC. DE CARRERA	A	C	17.313,80	17.033,47	34.947,27
CRESPO GONZÁLEZ, MARÍA	021371250	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	5.742,45	15.374,43
CUEVAS ESCARTE, RAFAEL	031307303	PROFESOR E.G.B.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.853,34	14.894,89	31.748,23
DÍAZ IBÁÑEZ, DIEGO	031599473	MONITOR	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.392,88	15.017,29	31.410,17
ESTRADA ALCÓN, ADRIÁN	031299370	PROF. BUP/FP	J.DEPARTAMENTO	FUNC. DE CARRERA	A	C	20.728,58	17.002,51	37.731,19
FAJARDO INFANTE, JOSEFA	031624536	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.458,66	6.634,21	15.092,87
FERNÁNDEZ ESPINOSA, ANT.	031210752	MONITOR	J.DEPARTAMENTO	FUNC. DE CARRERA	A	C	15.932,42	14.295,49	30.227,91
FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, CAR.	052320345	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.285,34	6.634,21	14.919,55
FERNÁNDEZ ROMÁN, EVA M.	028732588	PTO.TRABAJO N. 12	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	5.934,32	6.975,46	12.909,78
GARCÍA PATIÑO, CARMEN	031578439	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.458,66	6.634,21	15.092,87
GÓMEZ MARTÍN, MANUELA	029721002	PROFESOR E.G.B.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.853,34	14.894,89	31.748,23
GÓMEZ REGUERA, MANUEL B.	031613403	MAEST. TAL. FOR	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.392,68	16.419,70	32.812,67
HIDALGO OTOAUAURRUCHI, HER	031618573	MONITOR	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	15.832,42	13.531,57	29.463,99
JURADO AHUMADA, AMPARO	031308603	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.285,34	6.634,21	15.302,31
LLAGA GUTIÉRREZ, JOSÉ LUIS	010592483	MONITOR	J.RESIDENCIA	FUNC. DE CARRERA	A	C	18.392,88	17.324,53	33.717,41
LÓPEZ SÁNCHEZ, ROSARIO	031214108	PROFESOR BUP/FP	J.DEPARTAMENTO	FUNC. DE CARRERA	A	C	19.002,48	15.079,51	34.081,99
MATEOS VISGLEIRO, ISIDRO	031171625	PROFESOR E.G.B.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	17.774,26	15.332,17	33.108,43
MORA BALLÓN, GERMÁN	031609217	MONITOR	J.DEPARTAMENTO	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.932,42	14.295,49	30.227,91
MUÑOZ PANIAGUA, ÁNGEL	007427867	PROFESOR E.G.B.	J.DEPARTAMENTO	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.853,34	15.658,81	32.512,15
NÚÑEZ REINA, RAFAEL	031591397	MAEST. TAL. FOR	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.853,34	18.419,79	33.273,13
OCHOA PEÑA, GLORIA	031216218	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	6.350,29	14.982,27
ODERO GARCÍA, FRANCISCO	031311807	PROFESOR E.G.B.	SECRETARIO	FUNC. DE CARRERA	A	C	17.313,80	20.017,57	37.331,37
PABLOS BERMÚDEZ, RAFAEL	031557883	PROFESOR E.G.B.	J.DEPARTAMENTO	FUNC. DE CARRERA	A	C	17.313,80	16.563,11	33.876,91
PALMA RUIZ, FRANCISCO	031178244	MONITOR	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.392,88	15.017,29	31.410,17
PÉREZ ARIAS, INMACULADA	012197241	PROFESOR E.G.B.	JEFE EST. E.G.B.	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.853,34	17.853,33	34.806,67
PICAZO ROMERO, FERNANDA	031580730	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.285,34	6.634,21	14.919,55
PIELFORT ROMERO, JOSÉ	031627647	CONSERJUE C. DEO	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.805,30	8.289,61	17.004,91
PRADO IGLESIAS, CARMEN	031201352	AYUD. COCINA	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.458,66	7.093,69	15.552,35
RISCART PIPIO, EDUARDA	031614509	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	6.706,33	15.338,31
RISCART VIDAL, ANGELES	031610993	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	6.670,33	15.302,31
RODRIGUEZ AMATE, ANTONIO	076828116	MAEST. TAL. FOR	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	11.965,94	11.651,37	23.617,31
RODRIGUEZ ROSA, ENCARN.	031238713	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.285,34	6.634,21	14.919,55
RODRIGUEZ ROSA, M.ª JOSÉ	045505094	J. NEGDC.N. 16	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	10.287,48	12.890,09	23.177,57
ROMÁN MARTEL, ANTONIO	031306954	PROFESOR E.G.B.	DIRECTOR	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.774,26	23.986,45	41.760,71
SABORIDO VIDAL, ANA M.	031611822	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	6.706,33	15.338,31
SERRANO BRIZ, TOMÁS	070478375	PROFESOR E.G.B.	—	FUNC. DE CARRERA	R	C	17.774,26	14.867,05	32.641,31
SOLANO HERNÁNDEZ, JOSÉ	075305298	PROF. BUP/FP	—	FUNC. DE CARRERA	R	C	20.153,28	16.388,83	36.542,11
SUNARIVA GALÁN, JOSÉ M.	031591993	P.T. NIVEL 14	—	FUNC. DE CARRERA	R	C	11.896,78	11.737,91	23.634,69
TEJEA ACERCO, M. ANTONIA	031573105	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	6.670,33	15.302,31
VACANTE	—	MAEST. TAL. FOR	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	12.709,20	12.564,91	25.274,11
VACANTE	—	PROFESOR E.G.B.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	12.709,20	12.294,13	25.003,33
VELASCO PÉREZ, JOSÉ MARÍA	029698908	PROF. BUP/FP	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	20.728,68	16.626,11	37.554,79
VERANO PAREJO, CARMELO L.	031177335	MAEST. TAL. FOR	J.DEPARTAMENTO	FUNC. DE CARRERA	A	C	17.313,60	16.596,19	33.909,99
VERGEL MARTÍNEZ, CARLOS E.	028372764	PROF. BUP/FP	J. DEPARTAMENTO	FUNC. DE CARRERA	A	C	20.153,28	16.565,23	36.718,51
VIDAL SABORIDO, JOSEFA	032320842	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.458,66	6.670,33	15.128,99
VILLALONGA DE BORJA, DIEGO	026437399	PROF. BUP/FP	JEFE EST. F.	FUNC. DE CARRERA	A	C	19.002,48	18.216,19	37.218,67
VILLEGAS ESPINOSA, MANUEL J	031580590	PROF. BUP/FP	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	19.577,88	16.388,83	35.966,71
ZENON MARISCAL, RAMÓN	031553990	ADM. CENTRO DOC.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	18.234,72	15.560,83	33.795,55
<b>CENTRO DE DESTINO: GUARD. INF. ALGECIRAS (CÁDIZ)</b>									
MARTÍNEZ TORREGROSA, ISAB.	031815630	PROF. PREESCOLAR	DIRECTOR	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.853,34	18.437,17	35.290,51
RODRIGUEZ ROMERO, FRANC.	031830413	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	6.350,29	14.982,27
SÁNCHEZ GIL, INÉS	031791312	COCHINERO/A	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	7.620,97	16.252,95
<b>CENTRO DE DESTINO: GUARD. INF. BARBATE (CÁDIZ)</b>									
VACANTE	—	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	7.072,10	6.278,17	13.350,27
VARO DOMÍNGUEZ, ISABEL	031217824	CUIDADORA/A	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.805,30	8.338,70	17.144,00

**DIRECCIÓN PROVINCIAL: HUELVA****I. PERSONAL FUNCIONARIO**

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
<b>CENTRO DE DESTINO: GUARD. INF. AYAMONTE (HUELVA)</b>									
DÍAZ CÁRDENAS, JOSEFA	029466261	PROF. PREESC.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.853,34	14.894,89	31.748,23
ESTEBAN LORENZO, CLEMENC.	029472420	CUIDADORA/A	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	8.591,18	17.223,16
FAUSTINO GONZÁLEZ, MANUELA	029471064	CUIDADORA/A	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.458,65	8.519,06	16.977,72
HEREDIA CASANO, CONCEP.	029472848	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.631,98	6.314,29	14.946,27
VIEGAS RODRÍGUEZ, JOSEFA	029467599	PROF. PREESC.	DIRECTOR	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.853,34	18.437,17	35.290,51
<b>CENTRO DE DESTINO: GUARD. INF. ISLA CRISTINA (HUELVA)</b>									
ALMEDA SANTANA, LEOVIGILDA	029463510	COCINERO/A	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.458,66	7.684,85	16.043,51
CARRILLO VICTORIA, AMPARO	029473126	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.458,66	6.314,29	14.772,95
HERNÁNDEZ CARRILLO, JUANA	029487338	PROF. PREESC.	DIRECTOR	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.392,88	18.473,17	34.866,05
SOSA SOSA, M. JESÚS	029473058	CUIDADORA/A	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.285,34	8.336,70	16.624,04
<b>CENTRO DE DESTINO: GUARD. INF. PUNTA UMBRÍA (HUELVA)</b>									
BENÍTEZ BUENO, MANUELA	029750276	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.458,66	6.314,29	14.772,95
BLANCO SOTELO, MERCEDES	003439067	CUIDADORA/A	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.458,66	8.519,06	18.977,72
OBIOLS ZARRA, M.ª LUISA	029722075	PROF. PREESC.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	16.392,88	14.931,01	31.323,89
RODRÍGUEZ GÓMEZ, NATALIA	029747618	CUIDADORA/A	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.458,66	8.519,06	16.977,72
ROSA NIETO, CRISTINA	029465029	CAMARERO/A LIMP.	—	FUNC. DE CARRERA	A	C	8.458,66	6.314,29	14.772,95

**RELACIÓN NÚMERO 2.2.a)**

**RELACIÓN NOMINATIVA DE PERSONAL DE EMPLEO  
Y FORMACIÓN OCUPACIONAL QUE SE TRASPASA  
A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA**

**DIRECCIÓN PROVINCIAL: ALMERÍA****II. PERSONAL LABORAL**

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
<b>CENTRO DE DESTINO: D. PROV. ALMERÍA</b>									
FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.A.	013689737	ATLM	—	LABORAL FIJO	A	C	28.667,10	4.545,60	33.212,70

**DIRECCIÓN PROVINCIAL: CÁDIZ**

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
<b>CENTRO DE DESTINO: D. PROV. CÁDIZ</b>									
VACANTE	—	ATLM	—	LABORAL FIJO	A	C	28.667,10	1.992,00	30.659,10

**DIRECCIÓN PROVINCIAL: HUELVA**

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
<b>CENTRO DE DESTINO: D. PROV. HUELVA</b>									
ORENA HOYOS, JAVIER	013877537	ATLM	—	LABORAL FIJO	A	C	28.667,10	4.120,00	32.787,10

**DIRECCIÓN PROVINCIAL: MÁLAGA**

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
<b>CENTRO DE DESTINO: D. PROV. MÁLAGA</b>									
VACANTE	—	ATLM	—	LABORAL FIJO	A	C	28.667,10	1.892,00	30.669,10

**DIRECCIÓN PROVINCIAL: SEVILLA**

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
<b>CENTRO DE DESTINO: D. PROV. SEVILLA</b>									
SANCHO GONZÁLEZ, RAFAEL	031207761	ATLM	—	LABORAL FIJO	A	C	28.667,10	3.694,40	32.361,50

**RELACIÓN NÚMERO 2.2.B)****RELACIÓN NOMINATIVA DE PERSONAL DE CENTROS DOCENTES  
QUE SE TRASPASA A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA****DIRECCIÓN PROVINCIAL: ALMERÍA****II. PERSONAL LABORAL**

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
<b>CENTRO DE DESTINO: E.F.P. ALMERÍA</b>									
ACOSTA NAVARRO, JUAN DE LA	027486623	T.SUP.DOCENTE C.	DIRECTOR	LABORAL FIJO	A	C	22.327,76	8.501,35	3.829,12
FUENTE HONTAÑÓN, VICENTE	015775750	PROF. FP. BUP	—	INTERNO	A	C	22.327,78	3.301,56	25.629,32
GARCÍA CAZORLA, M. CONCEP.	027233776	TCO.SERV.GRALES.	—	LABORAL FIJO	A	C	14.175,00	3.911,84	18.086,84
GARCÍA COMPÁN, M. CARMEN	034839314	ORDENANZA	—	LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	2.880,44	13.832,36
MIRALLES GARCÍA, FCO. JA	034858760	COCINERO	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,22	3.028,26	15.435,48
PIEDRA ARTERO, ANTONIO	027254202	AYTE. COCINA	—	LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	4.529,54	15.481,76
RAMÓN ALEÑAR, JAIME	022912774	T.SUP.DOCENTE C.	—	LABORAL FIJO	A	C	22.327,76	3.598,40	25.824,16
RODRÍGUEZ FLORES, MANUEL	027506388	OFIC. 1 OFICIOS	—	LABORAL FIJO	A	C	14.175,00	3.587,10	17.762,10
SALAZAR HERRERA, NICOLÁS	013669552	T.SUP.DOCENTE C.	—	INTERINO	A	C	22.327,76	2.635,86	24.963,62
VACANTE	—	T.SUP.DOCENTE C.	—	LABORAL FIJO	A	C	22.327,76	1.021,68	23.349,44
VACANTE	—	ORDENANZA	—	LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	1.361,15	12.313,08
<b>CENTRO DE DESTINO: GUARD. INF. GARRUCHA (ALMERÍA)</b>									
ACOSTA AMORÓS, SERGIO	034865135	PROF. EGB PREESC.	—	INTERINO	A	C	18.577,58	1.021,68	19.599,28
ALMANSA MARTÍNEZ, ROSARIO	027515230	PROF. EGB PREESC.	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	6.126,32	24.703,90
MARTÍN FERNÁNDEZ, ISABEL	027504679	PROF. EGB PREESC.	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	3.299,50	21.877,18

**DIRECCIÓN PROVINCIAL: CÁDIZ****II. PERSONAL LABORAL**

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
<b>CENTRO DE DESTINO: COLEGIO ESTRELLA MAR-BARBATE (CÁDIZ)</b>									
ARAGÓN RAMÍREZ, JOSÉ	031388918	PROFESOR EGB	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	3.939,96	22.517,54
CHIRNO MANZANARES, MAGD.	031248587	PROF. EGB PREESC.	—	INTERINO	A	C	18.577,58	1.764,84	20.342,42
DOMÍNGUEZ TOCINO, ANTONIO	031233908	PF. EGB EDUC. FIS.	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	4.362,50	22.940,38
FERNÁNDEZ MALIA, FCO. AL.	075741174	PROFESOR EGB	JEFE DPTO. EGB	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	4.083,24	22.660,82
GONZÁLEZ MORADA, ANTONIA	044028013	AYTE. SERV. GRLES	—	INTERINO	A	C	10.951,92	3.171,05	14.122,98
MALIA GARCÍA, OLIVA	075741903	AYTE. SERV. GRLES	—	INTERINO	A	C	10.951,92	2.197,50	13.149,42
MATARRANZ GUTIÉRREZ, GUAD.	031339540	PROFESOR EGB	JEFE DPTO. EGB	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	2.858,96	21.236,54
PÉREZ ACUÑA, ISABEL MARÍA	031232116	PROFESOR EGB	SECRETARIO	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	5.049,80	23.627,38
POSADO MUÑOZ, NATIVIDAD	044027773	PROFESOR EGB	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	2.313,30	20.890,88
SÁNCHEZ DUARTE, FRANCISCO	031229682	TCO.MTO. Y OF.	—	LABORAL FIJO	A	C	14.175,00	2.893,64	17.068,64
SÁNCHEZ-FERRAGUT GCÍA. TER	031407397	PROF. EGB PREESC	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	4.259,86	22.837,44
<b>CENTRO DE DESTINO: COLEGIO EL PICACHO-SANLÚCAR (CÁDIZ)</b>									
ANDRADES RAMOS, FRANCISCO	031654193	TIT.SUP.DOCENTE C	J.DEPARTAMENTO	LABORAL FIJO	A	C	22.327,76	3.686,45	26.014,22
AZOFRA ALONSO, ADELAIDA	031651235	ATS CENT.DOCEN.	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	2.353,64	20.931,22
BARRERO RODRÍGUEZ, ROSA M	031606603	ORDENANZA	—	LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	4.015,52	14.967,44
BIANCHI MILLÁN, INMACULADA	052326275	T.MED.DOCENTE C.	—	INTERINO	A	C	16.577,58	1.021,68	19.599,26
CABRERA MUÑOZ, MARÍA	025675630	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,32	4.479,32	16.886,54
CARRASCO GONZÁLEZ, MANUEL	031619636	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,32	4.799,64	17.206,85
CEBALLOS RUIZ, GLORIA	031601132	CUIDADOR	—	INTERINO	A	C	12.407,32	4.146,54	18.553,76
COBOS CRUZ, M. ANGELES	028524442	PROFESOR EGB	JEFE DPTO.EGB	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	4.362,80	22.940,38
DE LA VEGA GALÁN, TOMÁS	028567276	MÉDICO C.DOCENTE	—	INTERINO	A	C	7.145,04	578,72	7.724,76

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
DIOSDADO SELMA, M. ESTHER	031595313	PROFESOR EGB	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	2.658,96	21.236,54
ESQUIVEL RODRÍGUEZ, JOSÉ M.	031525289	PROF.FPBUP PSICO	J.DEPARTAMENTO	LABORAL FIJO	A	C	22.327,76	4.339,56	26.667,32
FELJOO MEIS, JOSÉ LUIS	035436361	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,22	5.836,44	18.243,66
FERNÁNDEZ ZAPATA, JOSÉ M.	031242504	TCO.MTO. Y OF.	—	LABORAL FIJO	A	C	14.175,00	2.573,60	16.748,60
GARCÍA CÁRDENAS, JOSEFA	035923104	AYUDANTE COCINA	—	LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	3.730,50	14.682,42
GARCÍA GÁLVEZ, FERNANDO J.	031587602	CONDUCTOR	—	INTERINO	A	C	11.882,90	2.311,74	14.174,84
GARCÍA GARCÍA, JOSÉ LUIS	031505283	TIT.SUP.DOCENTE C	—	INTERINO	A	C	22.327,76	2.943,30	25.271,06
GÓMEZ GÓMEZ DE ACEVEDO, F.	015946810	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,22	5.551,32	17.958,54
GONZÁLEZ QUIRÓS, ANTONIO M.	031198523	PROFESOR EGB	J.DEPARTAMENTO	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	4.362,80	22.940,38
HERMOSILLA REAL, SILVIA	052331073	PROFESOR EGB	—	INTERINO	A	C	18.577,58	1.021,68	19.599,26
HERNÁNDEZ BUZÓN, LUCAS A.	052331782	AYTE. SER. GRALES	—	INTERINO	A	C	10.951,92	2.191,32	13.143,24
LÓPEZ CAÑADAS, DARIÓ	028911764	TIT.SUP.DOCENTE C	—	LABORAL FIJO	A	C	22.327,76	2.110,60	24.438,26
LÓPEZ FERNÁNDEZ, ARISTIDES	021590197	AUXILIAR ADMÓN.	—	LABORAL FIJO	A	C	11.662,90	3.824,16	15.687,06
MALIA JIMÉNEZ, MANUEL	031570140	T.GUP.DOCENTE C	J.DEPARTAMENTO	LABORAL FIJO	A	C	22.327,76	4.339,56	26.667,32
MÁRQUEZ GONZÁLEZ, ROSARIO	031606918	CUIDADOR	—	INTERINO	A	C	12.407,22	3.454,68	15.861,90
MARTÍNEZ GARCÍA, M. JOSÉ	052334106	PROFESOR EGB	—	INTERINO	A	C	18.577,58	1.021,68	19.599,26
MIRA GARCÍA, ELVIRA	032845037	T.MED DOCENTE C	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	3.607,32	22.184,90
MONTAÑO MONGE, M. JOSEFA	052320621	AYTE.SER.GRALES.	—	LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	4.063,28	15.015,20
MOREIRA ORCHA, MANUEL	052322674	MAESTRO TALLER	—	INTERINO	A	C	18.577,58	2.973,12	21.550,70
MORENO VERDULLA, CARMEN	031238803	T.SUP. DOCENTE C	—	LABORAL FIJO	A	C	22.327,76	2.673,68	25.001,44
MUÑOZ ROBLES, AURORA	029056622	PROFESOR EGB	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,56	3.318,78	21.896,36
PARADA DÁVILA, FCO. MANUEL	033254271	MAESTRO TALLER	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	4.260,14	22.837,72
PÉREZ ÁLVAREZ, ALICIA	052327403	TIT.SUP.DOCENTE C	—	INTERINO	A	C	22.327,76	1.367,34	23.695,10
PÉREZ CASTILLO, AMPARO	024882696	TIT.SUP.DOCENTE C	—	INTERINO	A	C	22.327,76	3.069,94	25.417,70
PÉREZ SABIO, ZORAIDA	023804914	TIT.SUP.DOCENTE C	—	INTERINO	A	C	22.327,76	1.367,34	23.695,10
PIELFORT ASQUERINO, CRIST.	046890902	PROFESOR EGB	—	INTERINO	A	C	18.577,58	1.021,68	19.599,26
PIÑERO IBÁÑEZ, RAFAEL	031579068	PROF.FPBUP PSICO	J.DEPARTAMENTO	LABORAL FIJO	A	C	22.327,76	4.339,56	26.667,32
PIPIO PALOMINO, MARÍA JOSÉ	052331538	AYTE.SER.GRALES.	—	LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	3.196,80	14.148,72
PIPIO VEGA, JOSÉ	031314348	COCINERO	—	INTERINO	A	C	12.407,22	2.305,56	14.712,78
RAMÍREZ CAZALLA, ALBERTO	031843559	COCINERO	—	INTERINO	A	C	12.407,22	2.305,56	14.712,78
RAMÍREZ CAZALLA, MIGUEL A.	031648231	MAESTRO TALLER	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	1.357,34	19.944,92
REYES IGLESIAS, JOSÉ	031580745	T.SUP. DOCENTE C	—	LABORAL FIJO	A	C	22.327,76	3.275,08	25.603,84
RICO VILLEGAS, JUAN	030496508	T.SUP. DOCENTE C	J.DEPARTAMENTO	LABORAL FIJO	A	C	22.327,76	4.019,24	28.347,00
RODRÍGUEZ CLIMENT, HERNÁN	052328569	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,22	5.196,08	17.603,30
RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, SEBAS.	052291083	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,22	4.470,32	18.877,54
ROMERO BERNAL, M. CARMEN	031321838	AYUDANTE COCINA	—	LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	2.536,98	13.488,90
SÁEZ DURÁN, EMILIO JESÚS	031665232	ORDENANZA	—	LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	3.714,66	14.566,58
SÁNCHEZ BLANCO, YOLANDA	008975083	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,22	4.910,96	17.318,18
SERRANO PICAS, MARINA	052264558	MAESTRO TALLER	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,56	1.713,00	20.290,58
SUNARIVA GONZÁLEZ M. DOLOR.	031314011	T.MCO. DOCENTE C	—	LABORAL FIJO	A	C	12.572,64	2.026,60	14.999,24
SUNARIVA GONZÁLEZ, M. ISAB.	031330853	TCO. SERV. GRLES	—	INTERINO	A	C	14.175,00	2.651,22	16.826,22
TABOADA GARCÍA, SILVIA	043885605	PROFESOR EGB	—	INTERINO	A	C	18.577,58	1.021,68	19.599,26
TAPIA ACOSTA, EDUARDO	075873976	MAESTRO TALLER	JEFE DPTO. EGB	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	1.367,34	19.944,92
VACANTE	—	T.SUP. DOCENTE C	—	LABORAL FIJO	A	C	22.327,75	1.021,68	23.349,44
VACANTE	—	ORDENANZA	—	LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	1.836,72	12.788,64
VARGAS OTERO, CONSUELO	031638523	TIT.SUP. DOCENTE C	—	INTERINO	A	C	22.327,76	2.943,30	25.271,06
VÁZQUEZ VERA, J. ANTONIO	052323998	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,22	4.479,32	18.885,54
VILLEGAS ENRÍQUEZ, FÉLIX	031634904	MAESTRO TALLER	JEFE DPTO. EGB	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	4.683,12	23.260,70
<b>CENTRO DE DESTINO: GUARD. INF. ALGECIRAS (CÁDIZ)</b>									
ACEDO DEL OLMO ZÚÑIGA, M.	031829266	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,22	4.460,15	16.867,38
FERNÁNDEZ VILLAVEDE, AG.	031282437	AYTE.SERV. GRLES	—	INTERINO	A	C	10.951,92	2.543,15	13.495,08
MARTÍNEZ TORREGROSA, INM.	031830524	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,22	4.480,16	16.867,38
MUÑOZ CAZORLA, NIEVES	033388387	CUIDADOR	—	INTERINO	A	C	12.407,22	2.805,50	15.012,72
TERRERO CUMBRE, M. DEL MAR	031253177	PROF. EGB PREESC	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	3.299,60	21.877,18
<b>CENTRO DE DESTINO: GUARD. INF. BARBATE (CÁDIZ)</b>									
CARRILLO MUÑOZ, MARÍA	031212502	AYTE.SERV. GRLES	—	INTERINO	A	C	10.951,92	2.197,50	13.149,42
GONZÁLEZ VEGA, CARIDAD	031611260	COCINERO	—	INTERINO	A	C	12.407,22	2.939,64	15.346,85
MUÑOZ LEAL, SEBASTIANA	044039474	PROF. EGB PREESC	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	4.194,06	22.771,64
RAMÍREZ CABRERA, MARÍA	045050371	AYTE.SERV. GRLES	—	INTERINO	A	C	10.951,92	2.197,50	13.149,42
SÁNCHEZ OCAÑA, ANTONIA	062292520	PROFESOR EGB	—	INTERINO	A	C	18.577,58	1.021,68	19.599,26
VACANTE	—	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,22	2.258,84	14.667,06
VEGA BERNAL, TERESA	052313572	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,22	3.457,16	15.894,38

## DIRECCIÓN PROVINCIAL: HUELVA

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
<b>CENTRO DE DESTINO: GUARD. INF. AYAMONTE (HUELVA)</b>									
ALVAREZ ALFONSO, CARMEN	029472630	COCINERO	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,72	1.966,08	14.373,30
DOMÍNGUEZ EVORA, MARÍA ANT	025474598	COCINERO	—	INTERINO	A	C	12.407,72	3.499,62	15.906,84
GONZÁLEZ ZAMORANO, ANA M.	025457083	AYTE.SERV.GRLES.	—	INTERINO	A	C	10.951,92	2.197,50	13.149,42
TORBIO SOMOZA, EUSEBIA	070728112	AYTE.SERV.GRLES.	—	LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	3.624,16	14.776,08
<b>CENTRO DE DESTINO: GUARD. INF. ISLA CRISTINA (HUELVA)</b>									
HERNÁNDEZ CÁRDENAS, CARM.	029471667	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,72	4.480,16	16.867,38
HERNÁNDEZ ORTA, ISABEL	029460900	PROFESOR EGB	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	4.580,04	23.157,62
LARES RODRÍGUEZ, M <sup>a</sup> VANES.	029487349	CUIDADOR	—	INTERINO	A	C	12.407,72	2.605,50	15.012,72
ORIA AGUADED, JOSEFA	029749358	AYTE.SERV.GRLES.	—	LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	3.184,55	14.135,58
PÉREZ DELGADO, PILAR	029790219	AYTE.SERV.GRLES.	—	INTERINO	A	C	10.951,92	2.197,50	13.149,42
<b>CENTRO DE DESTINO: GUARD. INF. PUNTA UMBRÍA (HUELVA)</b>									
FERRER PONCE, NATIVIDAD	029741117	CUIDADOR	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,72	4.459,88	16.867,10
RAMÍREZ RUIZ, YOLANDA	044031282	PROF.EGB PREESC.	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	6.439,24	24.007,82
RAMOS MORENO, M <sup>a</sup> CARMEN	080028699	AYTE.SERV.GRLES.	—	INTERINO	A	C	10.951,92	1.851,84	12.803,76
SEVDANES MAZO, ROSARIO	029778615	COCINERO	—	LABORAL FIJO	A	C	12.407,72	2.311,74	14.718,96

## RELACIÓN NÚMERO 3

**VALORACIÓN DEL COSTE EFECTIVO DE LOS SERVICIOS EN MATERIA  
EDUCATIVA, DE EMPLEO Y FORMACIÓN PROFESIONAL  
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA  
(Desagregación por artículos)**

**CAPÍTULO 1**

PROGRAMA 3425	
ARTÍCULO 12	2.354.274,41
ARTÍCULO 13	2.918.367,63
ARTÍCULO 15	241.733,78
ARTÍCULO 18	1.706.173,08
<b>TOTAL CAPÍTULO 1</b>	<b>7.222.548,90</b>

**CAPÍTULO 2**

PROGRAMA 3425	
ARTÍCULO 21	197.221,61
ARTÍCULO 22	1.897.568,10
ARTÍCULO 23	30.735,17
<b>TOTAL CAPÍTULO 2</b>	<b>1.925.624,88</b>

**CAPÍTULO 4**

PROGRAMA 3425	
ARTÍCULO 48	46.509,96
<b>TOTAL CAPÍTULO 4</b>	<b>46.509,96</b>

**CAPÍTULO 6**

PROGRAMA 3425	
ARTÍCULO 62	323.526,38
ARTÍCULO 63	506.793,68
<b>TOTAL CAPÍTULO 6</b>	<b>830.322,04</b>

<b>TOTAL</b>	<b>10.225.005,78</b>
--------------	----------------------

**REAL DECRETO 958/2005, de 29 de julio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia y servicios sociales encomendados al Instituto Social de la Marina (BOJA núm. 188 de 26 de septiembre)**

La Constitución, en el artículo 149.1.16.<sup>a</sup> y 17.<sup>a</sup>, reserva al Estado la competencia exclusiva sobre sanidad exterior; bases y coordinación general de la sanidad; legislación sobre productos farmacéuticos, así como la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas. Por su parte, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, atribuye en su artículo 13.22 la competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales. Asimismo, según el artículo 20.2.a) y b) del mencionado Estatuto, corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Seguridad Social, salvo las normas que configuran su régimen económico. Corresponde también a la Comunidad Autónoma la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en Andalucía. Y en el apartado 4 del citado artículo 20 del Estatuto de Autonomía, se establece que la Comunidad Autónoma de Andalucía podrá organizar y administrar, dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en el mencionado artículo 20 del Estatuto de Autonomía.

Además, el Real Decreto 1414/1981, de 3 de julio, por el que se reestructura el Instituto Social de la Marina, regula la estructura y funciones del

Instituto, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y dotado de personalidad jurídica.

Asimismo, el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, establece que el Instituto Social de la Marina continuará llevando acabo las funciones y servicios que tiene encomendados en relación con la gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, sin perjuicio de los demás que le atribuyen sus Leyes reguladoras y otras disposiciones vigentes en la materia.

Finalmente, el Real Decreto 3825/1982, de 15 de septiembre, regula la forma y condiciones a que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto citado, que también regula el funcionamiento de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, esta Comisión adoptó, en su reunión del día 9 de junio de 2005, el oportuno acuerdo, cuya virtualidad práctica exige su aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto.

En su virtud, en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 29 de julio de 2005,

DISPONGO

**Artículo 1.º** Se aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta prevista en la

disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, por el que se concretan las funciones y servicios de la Seguridad Social que deben ser objeto de traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de asistencia y servicios sociales encomendados al Instituto Social de la Marina, adoptado por el Pleno de dicha Comisión en su sesión del día 9 de junio de 2005 y que se transcribe como Anexo de este Real Decreto.

**Art. 2.º** En consecuencia, quedan traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía las funciones y servicios, así como los bienes, derechos y obligaciones y medios personales, que figuran en las relaciones adjuntas al propio acuerdo de la Comisión Mixta, en los términos y condiciones que allí se especifican, así como los créditos presupuestarios determinados según el procedimiento establecido en el propio acuerdo.

**Art. 3.º** Los traspasos a que se refiere este Real Decreto tendrán efectividad a partir del día señalado en el acuerdo de la mencionada Comisión Mixta, sin perjuicio de que el Instituto Social de la Marina o demás órganos competentes produzcan, hasta la entrada en vigor de este Real Decreto, en su caso, los actos administrativos necesarios para el mantenimiento de los servicios en el mismo régimen y nivel de funcionamiento que tuvieran en el momento de la adopción del acuerdo.

**Art. 4.º** Los créditos presupuestarios que se determinan, de conformidad con la relación número 3 del Anexo, serán dados de baja en los correspondientes conceptos presupuestarios y transferidos por el Ministerio de Economía y Hacienda a los conceptos habilitados en la sección 32 de los Presupuestos Generales del Estado, destinados a financiar el coste de los servicios asumidos por las Comunidades

Autónomas, una vez se remitan al departamento citado, por parte del Instituto Social de la Marina, los certificados de retención de crédito, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la normativa vigente sobre Presupuestos Generales del Estado.

**Disposición final única.** El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Palma de Mallorca, el 29 de julio de 2005

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Administraciones  
Públicas,  
JORDI SEVILLA SEGURA

ANEXO

Don César Mantecón Granell y doña María de la Soledad Mateos Marcos, Secretarios de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía,

CERTIFICAN

Que en el Pleno de la Comisión Mixta celebrado el día 9 de junio de 2005, se adoptó un Acuerdo sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia y servicios sociales, encomendados al Instituto Social de la Marina, en los términos que a continuación se expresan.

**A. Normas constitucionales, estatutarias y legales en las que se ampara el traspaso**

La Constitución, en el artículo 149.1.17.<sup>a</sup>, atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la

ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, atribuye en su artículo 13.22 la competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales. Asimismo, según el artículo 20.2.a) y b) del mencionado Estatuto, corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Seguridad Social, salvo las normas que configuran su régimen económico. Corresponde también a la Comunidad Autónoma la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en Andalucía. Y en el apartado 4 del citado artículo 20 del Estatuto de Autonomía, se establece que la Comunidad Autónoma de Andalucía podrá organizar y administrar, dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en el mencionado artículo 20 del Estatuto de Autonomía.

Y el Real Decreto 1414/1981, de 3 de julio, por el que se reestructura el Instituto Social de la Marina, regula la estructura y funciones del Instituto, que goza de personalidad jurídica y está adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Asimismo, el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, establece que el Instituto Social de la Marina continuará llevando acabo las funciones y servicios que tiene encomendados en relación con la gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, sin perjuicio de

los demás que le atribuyen sus Leyes reguladoras y otras disposiciones vigentes en la materia.

Finalmente, la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía y el Real Decreto 3825/1982, de 15 de diciembre, regulan la forma y condiciones a que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Sobre la base de las anteriores previsiones, es legalmente posible que la Comunidad Autónoma de Andalucía tenga atribuidas y haga efectivas sus competencias en materia de asistencia y servicios sociales de la Seguridad Social encomendados al Instituto Social de la Marina, por lo que procede a aprobar mediante este acuerdo el traspaso de funciones y servicios en esta materia a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

## **B. Funciones que asume la Comunidad Autónoma e identificación de los servicios que se traspasan**

1. Se traspasan a la Comunidad Autónoma de Andalucía, dentro de su ámbito territorial, y en los términos de este acuerdo y de los Reales Decretos y demás normas que lo hagan efectivo, las funciones y servicios que venía realizando el Instituto Social de la Marina en materia de asistencia y servicios sociales, recogidas en el apartado 6 del artículo 2 del Real Decreto 1414/1981, de 3 de julio, cuya finalidad es promover el bienestar de los trabajadores del mar y de sus familias a través de los adecuados servicios o acciones, así como la asistencia a los marinos y pescadores de la tercera edad y sus familiares.

Asimismo, asume las funciones y servicios correspondientes a la Administración del Estado y los servicios de la Seguridad Social asociados al Instituto Social de la Marina; los atribuidos a los

servicios centrales de esta entidad y , en particular, las funciones y servicios correspondientes al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en cuanto se refieran a la dirección, organización, vigilancia, tutela e inspección de las funciones a que se refiere el párrafo anterior.

Corresponderá también a la Comunidad Autónoma de Andalucía la contratación, gestión, actualización y resolución de los acuerdos con entidades e instituciones que presten servicios en la Comunidad Autónoma.

A partir de la efectividad del traspaso de estas funciones, la Comunidad Autónoma de Andalucía se subrogará en los acuerdos, convenios y conciertos en vigor entre el Instituto Social de la Marina y otros organismos y entidades, hasta su extinción.

Las funciones y servicios de la Seguridad Social que se traspasan por este acuerdo se sujetarán a la legislación básica del Estado en lo relativo a la determinación de los beneficiarios, requisitos e intensidad de la acción protectora y regímenes económico-financiero y económico-administrativo.

La Comunidad Autónoma de Andalucía, respecto del colectivo marítimo-pesquero, se sujetará en el ejercicio de las funciones traspasadas a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado español.

2. Para la efectividad de las funciones relacionadas, se traspasan a la Comunidad Autónoma de Andalucía los servicios e instituciones de su ámbito territorial que se detallan en las relaciones adjuntas al acuerdo.

#### **C. Funciones que se reserva la Administración del Estado**

La Administración del Estado seguirá ejerciendo las siguientes funciones:

a) Asistencia social y promoción del bienestar de los trabajadores del mar transeúntes en puerto, abordaje y en

el extranjero, para dar cumplimiento a los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

b) Las acciones precisas para la atención y repatriación de tripulaciones en situaciones de abandono, apresamiento, naufragio y otras análogas.

c) Las relaciones internacionales vinculadas a estas materias.

#### **D. Funciones en que han de concurrir la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma**

Se desarrollarán coordinadamente entre el Instituto Social de la Marina y la Comunidad Autónoma de Andalucía, con arreglo a los términos que se especifiquen mediante convenio u otro instrumento que pueda pactarse entre ambas Administraciones, las siguientes funciones:

a) El intercambio de información y asistencia, así como el asesoramiento y cooperación con carácter permanente en materia de asistencia y servicios sociales de los trabajadores del mar.

b) La elaboración de estudios y proyectos conjuntos, así como la realización de propuestas tendientes al perfeccionamiento de la acción social de los trabajadores del mar y la colaboración en acciones programadas de interés general.

c) El desarrollo de los programas de informática de proyección estatal y el acceso a la información derivada de ellos.

d) Cualquiera otra que pueda contribuir a la mejor relación y coordinación entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía.

#### **E. Bienes, derechos y obligaciones del Estado que se traspasan**

1. Se traspasan a la Comunidad Autónoma de Andalucía los bienes, de-

rechos y obligaciones del Instituto Social de la Marina que corresponden a los servicios traspasados, así como los bienes a los que se refiere el acuerdo complementario número 1 de este acuerdo.

2. En el plazo de tres meses desde la efectividad de este acuerdo, se firmarán las correspondientes actas de entrega y recepción de mobiliario, equipo y material inventariable.

3. Se adscriben a la Comunidad Autónoma de Andalucía los bienes patrimoniales afectados al Instituto Social de la Marina que se recogen en el inventario detallado de la relación adjunta número 1.

Esta adscripción se entiende sin perjuicio de la unidad del patrimonio de la Seguridad Social, distinto del patrimonio del Estado y afecto al cumplimiento de sus fines específicos, cuya titularidad corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social, por lo que deberán figurar los inmuebles adscritos en el B a lance de la Seguridad Social, en la forma que determine la Intervención General de la Seguridad Social.

4. La Comunidad Autónoma disfrutará el uso de los bienes inmuebles de la Seguridad Social que se adscriben, y deberá hacerse cargo de todas las reparaciones necesarias en orden a su conservación, efectuar las obras de mejora que estime convenientes, ejercitar las acciones posesorias que, en defensa de aquellos, procedan en derecho, así como subrogarse en el cumplimiento de las obligaciones tributarias que afecten a dichos inmuebles a partir de la fecha de efectividad del traspaso. En el caso de inmuebles compartidos, y hasta su total independencia, los gastos comunes se repartirán proporcionalmente conforme a los criterios que se establezcan mediante acuerdo entre ambas partes.

5. Los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social adscritos revertirán, conforme a lo dispuesto

en las normas reguladoras de su patrimonio, a la Tesorería General en el caso de no uso o cambio de destino para el que se adscriben, y la Comunidad Autónoma de Andalucía deberá continuar con el abono de los gastos derivados de su conservación y mantenimiento, así como del pago de las obligaciones tributarias que les afecten, hasta la finalización del ejercicio económico en el que se produzca dicho cambio o falta de uso.

6. Las nuevas adscripciones de inmuebles a la Comunidad Autónoma de Andalucía, no comprendidos en la citada relación adjunta número 1, se ajustarán al procedimiento que, por convenio, se establezca de acuerdo con la legislación básica del Estado.

En tanto no se formalice el citado convenio, las nuevas adscripciones de inmuebles, autorizadas por el Consejo de Ministros, no precisarán de formalización mediante acuerdo específico del Pleno de la Comisión Mixta de Transferencias. Será suficiente, para su efectividad, la firma por los representantes autorizados de la Tesorería General de la Seguridad Social y de la Comunidad Autónoma de Andalucía de la correspondiente acta de puesta a disposición, de la que se remitirá un ejemplar para su constancia, custodia y archivo a la Secretaría de la mencionada Comisión Mixta.

7. Las obras de nueva edificación, así como las de ampliación que supongan modificación de la estructura externa sobre inmuebles o terrenos traspasados, realizadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía, se integrarán definitivamente en su patrimonio, con respeto, en todo caso, de los derechos de suelo y vuelo de la Tesorería General de la Seguridad Social, sin perjuicio de que se arbitren de mutuo acuerdo las medidas oportunas para que, conforme a la legislación civil, hipotecaria y administrativa vigen-

tes, se hagan efectivas tales finalidades; a tal efecto, podrá instrumentarse la celebración de convenios entre ambas Administraciones.

8. A partir de la entrada en vigor de este acuerdo, la Tesorería General de la Seguridad Social adoptará las medidas pertinentes para que queden sin efecto las cesiones de uso de bienes inmuebles, en los que se presten servicios objeto de traspaso por este acuerdo, y que hayan sido realizadas a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social por la Comunidad Autónoma de Andalucía u organismos o entidades dependientes de dicha Administración autonómica.

#### **F. Personal y vacantes adscritos a los servicios e instituciones que se traspasan**

1. El personal y puestos de trabajo vacantes adscritos a los servicios e instituciones traspasados, y que se referencian nominalmente en la relaciones adjuntas números 2.1 y 2.2, pasarán a depender de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en los términos legalmente previstos por el Estatuto de Autonomía y las demás normas que en cada caso resulten aplicables, y en las mismas circunstancias que se especifican en la relación adjunta.

2. Por el Instituto Social de la Marina o demás órganos competentes en materia de personal se notificará a los interesados el traspaso. Asimismo, se remitirá a los órganos competentes de la Comunidad Autónoma de Andalucía una copia certificada de todos los expedientes del personal traspasado, así como certificados de haberes referidos a las cantidades devengadas durante 2005.

3. En el supuesto de que fuese necesario introducir correcciones o rectificaciones en las referidas relaciones de personal, éstas se llevarán a cabo,

previa constatación por ambas Administraciones, mediante certificación expedida por la Secretaría de la Comisión Mixta de Transferencias.

#### **G. Valoración de las cargas financieras de los servicios traspasados**

1. La valoración provisional en el año base 1999 que corresponde al coste efectivo anual de los medios que se traspasan a la Comunidad Autónoma de Andalucía se eleva a 939.140,480 euros. Dicha valoración será objeto de revisión en los términos establecidos en el artículo 16.1 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía.

2. La financiación, en euros de 2005, que corresponde al coste efectivo anual es la que se recoge en la relación número 3.

3. Transitoriamente, hasta tanto se produzca la revisión del Fondo de suficiencia como consecuencia de la incorporación a éste del coste efectivo del traspaso, el coste se financiará mediante la consolidación en la sección 32 de los Presupuestos Generales del Estado de los créditos relativos a los distintos componentes de dicho coste, por los importes que se determinen, susceptibles de actualización por los mecanismos generales previstos en cada Ley de Presupuestos.

#### **H. Documentación y expedientes de los servicios que se traspasan**

La entrega de la documentación y expedientes de los servicios traspasados, con los correspondientes inventarios, se realizarán en el plazo de tres

meses desde la fecha de efectividad de este acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en artículo 8 del Real Decreto 3825/1982, de 15 de diciembre.

efectividad a partir del día 1 de septiembre de 2005.

Y para que conste, se expide la presente certificación en Madrid, a 9 de junio de 2005.- Los Secretarios de la Comisión Mixta, César Mantecón Granell y María de la Soledad Mateos Marcos.

### I. Fecha de efectividad del traspaso

El traspaso de funciones y servicios objeto de este acuerdo tendrá

## RELACIÓN NÚMERO 1

### BIENES INMUEBLES ADSCRITOS AL ISM OBJETO DE TRASPASO A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE ASISTENCIA Y SERVICIOS SOCIALES

#### Dirección Provincial de Almería

N.º IDENTIFIC.	NOMBRE	LOCALIDAD Y DIRECCIÓN	UBICACIÓN	SUPERFICIE QUE SE ADSCRIBE	TITULAR	TÍTULO JURÍDICO (fecha)	OBSERVACIONES (*)
0401	CASA DEL MAR	ALMERÍA C/ Mueble, 39	Parte de la planta 2.ª y plantas 3.ª y 4.ª completas	902,02 m <sup>2</sup>	TGSS	Donación (8/3/61) EDON (20/6/88)	Cofradía de Pescadores
0403	CASA DEL MAR	ADRA Avda. Pablo Picasso	Planta baja módulo 1	376,61 m <sup>2</sup>	TGSS	Adscripción (1/2/78) EDON (30/12/88)	Patrimonio del Estado

(\*) Entidad de origen y fecha de reversión (en su caso).  
EDON: escritura pública de declaración de obra nueva.

#### Dirección Provincial de Cádiz

N.º IDENTIFIC.	NOMBRE	LOCALIDAD Y DIRECCIÓN	UBICACIÓN	SUPERFICIE QUE SE ADSCRIBE	TITULAR	TÍTULO JURÍDICO (fecha)	OBSERVACIONES (*)
1101	CASA DEL MAR	CÁDIZ Avda. Vigo, s/n	Planta baja Bar-cafetería Espacios comunes TOTAL	92,15 m <sup>2</sup> <u>2,65 m<sup>2</sup></u> 94,80 m <sup>2</sup>	TGSS	Concesión administrativa (15/6/62) EDON (26/7/93)	Ministerio de Obras Públicas. Transferencia concesión adva. otorgada el 16/1/59 a la Cofradía de Pescadores
1102	CASA DEL MAR	ALGECIRAS C/ del Muro, 11	Planta 3.ª Hogar del Jubilado	83,36 m <sup>2</sup>	TGSS	Compraventa (2/10/81)	Cofradía de Pescadores
1103	CASA DEL MAR	BARBATE Avda. Generalísimo, s/n	Planta baja Bar-cafetería Hogar del Pensionista Zonas comunes S. Soc. Espacios comunes Total	208,00 m <sup>2</sup> 112,56 m <sup>2</sup> 88,20 m <sup>2</sup> <u>32,73 m<sup>2</sup></u> 441,49 m <sup>2</sup>	TGSS	Cesión gratuita (29/4/72) EDON (29/7/93)	Cofradía de Pescadores
1112	CASA DEL MAR	CONIL DE LA FRONTERA Puerta de Cádiz, s/n	Bar-cafetería (nivel 1) Hogar del Pensionista (nivel 1), Biblioteca en (nivel 2) Espacios comunes Total	72,40 m <sup>2</sup> 86,40 m <sup>2</sup> 19,30 m <sup>2</sup> <u>20,00 m<sup>2</sup></u> 198,10 m <sup>2</sup>	TGSS	Cesión gratuita (2/5/88) EDON (29/7/93)	Cofradía de Pescadores
1110	CASA DEL MAR	TARIFA C/ Calzadilla de Téllez, s/n	Planta alta Aula de promoción social Zona adyacente a aula de promoción social Total	148,05 m <sup>2</sup> <u>230,50 m<sup>2</sup></u> 378,56 m <sup>2</sup>	TGSS	Donación (19/5/77) y (21/6/77) EDON (13/10/93)	Particulares

(\*) Entidad de origen y fecha de reversión (en su caso).  
EDON: escritura pública de declaración de obra nueva.

## Dirección Provincial de Huelva

N.º IDENTIFIC.	NOMBRE	LOCALIDAD Y DIRECCIÓN	UBICACIÓN	SUPERFICIE QUE SE ADSCRIBE	TITULAR	TÍTULO JURÍDICO (fecha)	OBSERVACIONES (*)
2101	Casa del Mar y Hospedería	HUELVA Avda. Hispanoamérica, 9	PLANTA BAJA: Lavandería Cafetería Aseo PLANTA TERCERA: Dependencias administrativas PLANTA SEXTA: Hospedería <u>TOTAL</u>	50,60 m <sup>2</sup> 211,40 m <sup>2</sup> 15,90 m <sup>2</sup>  63,42 m <sup>2</sup>  854,58 m <sup>2</sup> 1.185,88 M <sup>2</sup>	Patrimonio del Estado	Concesión admtna. (18/12/75) EDON (13/12/88)	Patrimonio del Estado

\*) Entidad de origen y fecha de reversión (en su caso).  
EDON: escritura pública de declaración de obra nueva.

## RELACIÓN NÚMERO 2.1

**RELACIÓN NOMINATIVA DE PERSONAL DE ASISTENCIA  
Y SERVICIOS SOCIALES QUE SE TRASPASA  
A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA**

## DIRECCIÓN PROVINCIAL: HUELVA

## I. PERSONAL FUNCIONARIO

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
CENTRO DE DESTINO: C. MAR HUELVA									
MÁRQUEZ MÁRQUEZ, JUANA	075501485	CAMARERO/A-LIMP. —		FUNC. DE CARRERA	A	C	8.112,02	6.672,01	14.784,06

## RELACIÓN NÚMERO 2.2

**RELACIÓN NOMINATIVA DE PERSONAL DE ASISTENCIA  
Y SERVICIOS SOCIALES QUE SE TRASPASA  
A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA**

## DIRECCIÓN PROVINCIAL: ALMERÍA

## II. PERSONAL LABORAL

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
CENTRO DE DESTINO: D. PROV. ALMERÍA									
LÓPEZ SÁNCHEZ, M <sup>º</sup> JESUS	023758637	TIT.MEDIO BAN.AS —		LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	2.033,48	20.611,04
CENTRO DE DESTINO: C. MAR ALMERÍA									
TORRES VALVERDE, AJURELIA ES	027519441	ORDENANZA —		LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	2.880,44	13.832,35

## DIRECCIÓN PROVINCIAL: CÁDIZ

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
CENTRO DE DESTINO: D. PROV. CÁDIZ									
CONTREPRAS RODRÍGUEZ, BEL.	029475741	TIT. MEDIO SAN. AS —		LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	4.022,12	22.599,70
PUERTO DOMÍNGUEZ, ANGELES	075744289	TIT. MEDIO SAN. AS —		LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	1.713,00	20.290,58

**DIRECCIÓN PROVINCIAL: HUELVA**

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
<b>CENTRO DE DESTINO: D. PROV. HUELVA</b>									
GÓMEZ GARCÍA, M <sup>a</sup> FÁTIMA	029474365	TIT. MEDIO SAN. AS	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	2.353,50	20.931,08
RIVERO FERNÁNDEZ DE SOTO, P	029780187	TIT. MEDIO SAN. AS	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	2.353,64	20.931,22
<b>CENTRO DE DESTINO: C. MAR HUELVA</b>									
ARANDA EUGUI, DIEGO	029042083	TCO. SERV. GRLES.	—	INTERINO	A	C	14.175,00	2.259,84	15.434,84
MENGUIANO CORTÉS, ROSAURA	029432477	AYTE.SERV.GRLES.	—	INTERINO	A	C	10.951,92	2.430,78	13.382,70
PERA NARANJO, JOSEFA	029773489	AYTE.SERV.GRLES.	—	LABORAL FIJO	A	C	10.951,92	4.057,44	15.009,36

**DIRECCIÓN PROVINCIAL: MÁLAGA**

APELLIDOS Y NOMBRE	D.N.I.	PUESTO	CARGO:	CLASE DE NOMBRAM.	SITUAC.	F.P.	RETRIBUCIONES		
							BÁSICAS	COMPLEM.	TOTAL
<b>CENTRO DE DESTINO: D. PROV. MÁLAGA</b>									
VALLEJO LÓPEZ, M. ALEJANDRA	032038520	TIT. MEDIO SAN. AS	—	LABORAL FIJO	A	C	18.577,58	4.047,74	22.635,32

**DECRETO 166/2005, de 12 de julio, por el que se crea el Registro de Coordinadores y Coordinadoras en materia de seguridad y salud, con formación especializada en las obras de construcción, de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 151, de 4 de agosto)**

**PREÁMBULO**

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales configura el marco general en el que han de desarrollarse las distintas acciones preventivas, y da cumplimiento a las exigencias de un nuevo enfoque normativo en materia de prevención de riesgos laborales derivadas del mandato contenido en el artículo 40.2 de la Constitución y de los compromisos internacionales del Estado Español.

De acuerdo con el artículo 6 de esta norma legal, serán las normas reglamentarias las que fijarán y concretarán los aspectos más técnicos de las medidas preventivas, a través de normas mínimas que garanticen la adecuada protección a los trabajadores. Esta finalidad es la perseguida en el sector de la construcción por el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, que viene a trasponer

al Derecho Español la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles, al tiempo que introduce y regula en su Capítulo II la figura del coordinador en materia de seguridad y salud durante las fases de proyecto y ejecución de obras.

El apartado 1 del artículo 3 de este Real Decreto establece que en las obras incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, cuando en la elaboración del proyecto de obra intervengan varios proyectistas, el promotor designará un coordinador en materia de seguridad y de salud durante la elaboración del proyecto de obra. El apartado 2 de este artículo prescribe que cuando en la ejecución de la obra intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos, el promotor, antes del inicio de los trabajos o tan pronto como se constate dicha circunstancia, designará un coordinador en materia de se-

guridad y salud durante la ejecución de la obra.

De otro lado, la disposición adicional primera del 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, establece que las instrucciones a que está obligado el empresario titular del centro, en virtud del artículo 8 de este Real Decreto, se entenderán cumplidas por el promotor mediante las impartidas por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, cuando tal figura exista.

De acuerdo con la normativa anterior, el coordinador o la coordinadora en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra es la persona técnico competente designada por el promotor o promotora para coordinar, durante la fase del proyecto de obra, la aplicación de los principios generales de la prevención que se mencionan en el artículo 8 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre y el coordinador o la coordinadora en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra es la persona técnico competente integrada en la dirección facultativa, designada por el promotor o la promotora para llevar acabo las tareas que se mencionan en el artículo 9 y concordantes de este Real Decreto, y párrafo segundo de la letra a) de la disposición adicional primera del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero.

Al respecto, la disposición adicional cuarta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) establece que las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para desempeñar la función de coordinador en materia de seguridad y salud en obras de edificación, durante la elaboración del proyecto y

la ejecución de la obra, serán las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades. Por otra parte, la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las Obras de Construcción, elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, señala que ante la carencia de una concreción expresa, para las obras de construcción excluidas del ámbito de aplicación de la LOE, así como para las obras de ingeniería civil, cabe interpretar, que las titulaciones académicas y profesionales que habilitan para desempeñar las funciones de coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto y la ejecución de este tipo de obras serán las que estén facultadas, con arreglo a las competencias propias de sus específicas titulaciones, para proyectar y dirigir dichas obras a la vista de las disposiciones legales vigentes para cada profesión.

La alta sensibilidad de los Agentes Sociales y Económicos y del Gobierno Andaluz, en torno a la problemática de la siniestralidad laboral y de la implantación de la cultura preventiva en nuestro entorno, hizo posible que en el V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, suscrito el 23 de mayo de 2001, se contemplara como objetivo prioritario la prevención de riesgos laborales y la reducción de la siniestralidad laboral.

A tal fin, el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, aprobado por Decreto 313/2003, de 11 de noviembre, que da cumplimiento a una de las actuaciones previstas en este V Acuerdo de Concertación Social, ha prestado especial atención al sector de la construcción,

dadas sus peculiaridades y peligrosidad, contemplando, entre otras acciones, la aprobación de una norma por la que se cree el Registro Andaluz de Coordinadores de Obras de Construcción.

El VI Acuerdo de Concertación Social, suscrito el 25 de enero de 2005, ratifica el compromiso de las partes firmantes de impulsar el cumplimiento del objetivo general de promoción de la salud laboral, reducción de la siniestralidad y mejora de las condiciones de trabajo, contenidos en el citado Plan General, así como de la consecución de todos y cada uno de los objetivos estratégicos y acciones específicas fijadas en el mismo.

Por otra parte, en la elaboración de este Decreto se ha tenido en cuenta el objetivo de la igualdad por razón de género, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas.

Las razones expuestas han impulsado la elaboración del presente Reglamento, que se dicta en ejercicio de las competencias exclusivas que en materia de organización y estructura de sus instituciones de autogobierno atribuye a nuestra Comunidad Autónoma el artículo 13.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, así como de las competencias ejecutivas en materia laboral, atribuidas por el artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía.

El objeto de este Reglamento es la creación de un Registro público, voluntario, de naturaleza administrativa y de carácter único, dependiente de la Consejería competente en materia de Empleo. El acceso a este Registro es potestativo para los coordinadores y coordinadoras y los promotores y promotoras. No obstante, dadas las funciones de promoción, transparencia

y mejora de la cualificación de los profesionales, que actúan como coordinadores y coordinadoras, perseguidas por el Registro sólo podrán inscribirse las personas, que de acuerdo con la normativa vigente sean competentes para actuar como coordinador o coordinadora en materia de seguridad y salud en las obras de construcción, y que cuenten además con formación preventiva especializada, al menos con el contenido mínimo del Anexo B de la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las Obras de Construcción, elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, o conforme a un programa formativo análogo o equivalente autorizado por la Consejería competente en materia de Empleo.

La finalidad de este Registro es, en consecuencia, ofrecer información a los promotores y las promotoras de aquellos profesionales, competentes para actuar como coordinadores y coordinadoras en materia de seguridad y salud en las obras de construcción, que cuenten además con formación adecuada en el campo de la prevención de riesgos laborales aplicables a las obras de construcción cuya relación, no exhaustiva, figura en el Anexo I del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre. Se configura así como un importante mecanismo para promover la calidad formativa de estos profesionales en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y facilitar la aplicación de los principios generales de prevención en la construcción, con el objetivo de contribuir a mejorar las condiciones de seguridad y salud en las obras de construcción, y reducir la siniestralidad en este sector específico.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Empleo, de conformidad con lo establecido en apartado 2 del artículo 39 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de

la Comunidad Autónoma, previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 12 de julio de 2005.

DISPONGO

**Artículo 1.º Objeto.**—El presente Decreto tiene por objeto la creación del Registro de coordinadores y coordinadoras en materia de seguridad y salud, con formación preventiva especializada en las obras de construcción, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como la regulación del procedimiento de inscripción.

**Art. 2.º Naturaleza y adscripción del Registro.**—1. El Registro es público, tiene carácter de registro administrativo único y voluntario y estará adscrito a la Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería competente en materia de Empleo.

2. El acceso a este Registro es voluntario para los coordinadores y coordinadoras en materia de seguridad y salud en las obras de construcción y los promotores y promotoras de obras de construcción.

3. La estructura y organización de este Registro se establecerán por Orden de la Consejería competente en materia de Empleo.

4. El órgano competente para la custodia, conservación y actualización de este Registro de coordinadores y coordinadoras en materia de seguridad y salud es la Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería competente en materia de Empleo.

**Art. 3.º Funciones del Registro.**—Son funciones de este Registro:

a) La inscripción de las personas interesadas que lo soliciten, siempre que reúnan los requisitos exigidos en el presente Decreto.

b) La emisión de las certificaciones acreditativas de la inscripción en este Registro.

c) La actualización de los datos registrales, y , en su caso, la cancelación de la inscripción.

d) La publicidad de los datos del Registro en la forma establecida en el artículo 13 de este Decreto.

e) La custodia y conservación de la documentación aportada por los solicitantes.

**Art. 4.º Ambito de aplicación.**—Podrán solicitar voluntariamente la inscripción en este Registro las personas que, de acuerdo con la legislación vigente, estén habilitadas para ejercer las funciones de coordinador o coordinadora en materia de seguridad y salud, y que además tengan formación preventiva especializada, al menos con el contenido mínimo contemplado en el Anexo B de la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las Obras de Construcción, elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, o conforme a un programa formativo análogo o equivalente autorizado por la Consejería competente en materia de Empleo.

**Art. 5.º Libro de inscripción.**—El Registro contará con un libro de inscripción que se instalará en soporte informático. La extensión de los asientos se llevará de forma sucinta y , en todo caso contendrá:

a) Nombre y apellidos.

b) NIF.

c) Domicilio y teléfono.

d) Titulación académica habilitante para desempeñar las funciones de coordinador y coordinadora.

e) Certificación acreditativa de la formación preventiva especializada prevista en el artículo 4.1 de este Decreto.

f) Certificación acreditativa de formación en prevención de riesgos labo-

rales de nivel intermedio o superior según Anexos V y VI del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero.

g) Certificaciones acreditativas de formación complementaria en prevención de riesgos laborales, y de actualización de la formación en estas materias.

h) Experiencia profesional específica como coordinador o coordinadora en materia de seguridad y salud.

**Art. 6.º** *Inscripción en el Registro.*—1. Las personas que cumpliendo los requisitos previstos en el apartado 1 del artículo 4 de este Decreto deseen inscribirse en el Registro deberán presentar la solicitud ajustada al modelo que figura en el Anexo del presente Decreto, acompañada de los documentos que se señalan en ese Anexo.

2. Corresponde a la Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral dictar la resolución de inscripción en este Registro, así como las resoluciones de modificación total o parcial de estas inscripciones.

La Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral no procederá a inscribir a los solicitantes que no reúnan los requisitos indicados.

3. Las solicitudes de inscripción se presentarán preferentemente en el Registro General de la Consejería competente en materia de Empleo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 51.2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, e irán dirigidas a la Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral.

4. En caso de que la solicitud de inscripción se haga a través de repre-

sentante, se deberá aportar copia autenticada del DNI, y acreditar la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia de la persona interesada.

5. Los técnicos competentes para desarrollar funciones de coordinador o coordinadora en materia de seguridad y salud en las obras de construcción inscritos o inscritas en registros similares de otras Comunidades Autónomas, podrán inscribirse en el Registro creado por el presente Decreto, siempre que acrediten la formación específica a la que hace referencia el apartado 1 del artículo 4 de este Decreto, aportando la certificación del registro correspondiente, sin perjuicio de que la Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral pueda recabar la acreditación de los requisitos y presentación de la documentación complementaria que proceda.

**Art. 7.º** *Procedimientos por medios electrónicos.*—1. La persona solicitante podrá optar por la tramitación administrativa de su solicitud por vía electrónica, de conformidad con lo previsto en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet).

2. El procedimiento para la tramitación por estos medios será regulado a través de la correspondiente Orden.

**Art. 8.º** *Plazo de inscripción.*—1. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución de inscripción 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.

2. Transcurrido dicho plazo sin que se haya notificado la resolución, la solicitud podrá entenderse estimada.

**Art. 9. Certificaciones.**—Las certificaciones del contenido del Libro de Inscripción sólo podrán versar sobre cuestiones relacionadas con la persona inscrita en su consideración de coordinador o coordinadora en materia de seguridad y salud.

**Art. 10. Vigencia y modificaciones de las inscripciones.**—1. La inscripción tendrá vigencia indefinida, sin perjuicio de su cancelación o modificación total o parcial de los datos objeto de anotación.

2. La persona inscrita comunicará a efectos de actualización cualquier modificación que se produzca en los datos que consten en el Registro, acompañando la correspondiente documentación acreditativa.

**Art. 11. Cancelación de la inscripción.**—1. La persona inscrita podrá solicitar la baja en el Registro, lo que llevará aparejada la cancelación de la inscripción y el cierre de la hoja registral, practicándose el asiento que al efecto correspondiere.

2. La Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral se reserva la facultad de cancelar la inscripción en este Registro, previa audiencia de las personas interesadas, cuando se compruebe la falta de veracidad o inexactitud de los datos aportados o concurren otras circunstancias objetivas que, mediante resolución motivada, justifiquen la cancelación.

**Art. 12. Fichero automatizado de datos.**—La información contenida en los expedientes de solicitud de inscripción registral se incluirá en un fichero automatizado de datos, de carácter personal, cuyas características se establecerán mediante Orden, que será dictada por la Consejería competente en materia de Empleo, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica

15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

**Art. 13. Publicidad y acceso a los datos del Registro.**—1. El acceso al Registro para consulta de los datos de carácter público podrá realizarse de manera directa o previa petición por parte de las personas interesadas.

2. El acceso a los datos y su publicidad se regirá por lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en la normativa que regule los ficheros automatizados de carácter personal gestionados por la Consejería competente en materia de Empleo.

**Disposición Adicional Unica. Difusión.**—La Consejería competente en materia de Empleo, a través de la Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral, realizará las actuaciones necesarias para la máxima difusión y promoción de la utilización de este Registro.

**Disposición Final Primera. Facultad de Desarrollo.**—Se faculta al titular de la Consejería de Empleo, para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de lo dispuesto en este Decreto.

**Disposición Final Segunda. Entrada en vigor.**—El presente Decreto entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 12 de julio de 2005

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ  
Presidente de la Junta de Andalucía

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo

**ORDEN de 25 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por la contratación de personas para cuidado de un familiar (BOJA núm. 150, de 3 de agosto)**

PREÁMBULO

El Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, estableció un catálogo de iniciativas en favor de las familias andaluzas desde una perspectiva integral. Este catálogo y a fue ampliado por los Decretos 18/2003, de 4 de febrero, y 7/2004, de 20 de enero, quedando los tres integrados en el texto publicado mediante Orden de 9 de marzo de 2004.

Dado que la institución familiar constituye una realidad continuamente cambiante, las ayudas establecidas por la Junta de Andalucía para satisfacer sus necesidades han de ser constantemente revisadas y adaptadas. En este sentido, el artículo 2 del Decreto 66/2005, de 8 de marzo, de ampliación y adaptación de medidas de apoyo a las familias andaluzas, introdujo en el citado Decreto 137/2002 una nueva línea de ayudas por la que se incentiva la contratación de personas para la atención y cuidados de un familiar discapacitado o enfermo crónico que requiera una atención continuada, como medida paliativa a la sobrecarga que ello supone para la unidad familiar, y que viene a ser desarrollada por la presente Orden.

En su virtud, y en uso de las facultades que me han sido conferidas, y a propuesta de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo,

DISPONGO

**Artículo 1.º Objeto.**—El objeto de la presente Orden es establecer las bases reguladoras para la concesión, en

régimen de concurrencia competitiva, de ayudas a la contratación de personas para la atención y el cuidado de un familiar, de conformidad con el artículo 7 bis del Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, introducido por el Decreto 66/2005, de 8 de marzo, de ampliación y adaptación de medidas de apoyo a las familias andaluzas.

**Art. 2.º Del beneficiario y la cuantía de la ayuda.**—1. Podrán ser beneficiarias de las ayudas establecidas en la presente Orden las familias andaluzas, definidas como tales por los apartados 2 y 3 del artículo 3 del citado Decreto 137/2002, de 30 de abril, que contraten a una persona, para la atención y cuidado de un familiar, en primer grado de consanguinidad o afinidad, que tenga reconocido un grado de discapacidad de al menos un 75% o padezca enfermedad crónica que requiera una atención continuada.

2. Los requisitos para la obtención de la ayuda por parte de las familias serán los siguientes:

a) Que los cónyuges, o en su caso miembros de la pareja de hecho, trabajen. No obstante, no será exigible este requisito, en los supuestos siguientes:

— Para el caso de familias unipersonales, monoparentales o numerosas.

— Cuando uno de los cónyuges o de los miembros de la pareja de hecho tenga reconocido al menos un 75% de grado de minusvalía o padezca enfermedad crónica que requiera una atención continuada.

b) Que los ingresos de la unidad familiar no superen en cómputo anual los siguientes límites, de conformidad con el apartado 3 de la Disposición Adi-

cional Primera del citado Decreto 137/2002, de 30 de abril, o aquél que lo modifique o sustituya:

— Familias de un miembro: 3 veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM).

— Familias de dos miembros: 4,8 veces el IPREM.

— Familias de tres miembros: 6 veces el IPREM.

A partir del tercer miembro, se añadirá el valor equivalente a 1 IPREM por cada nuevo miembro de la unidad familiar.

3. A los efectos de esta Orden, tendrá la consideración de persona beneficiaria de las ayudas previstas en la misma, aquel miembro de la unidad familiar que contrate a la persona que preste la atención o servicio.

4. Los incentivos consistirán en una cuantía a tanto alzado que ascenderá a 1.000,00 € al año, hasta un máximo de tres anualidades y de conformidad con la siguiente secuencia: 1.000,00 € a la fecha de la resolución de concesión respecto del primer ejercicio de contratación; 1.000,00 € en el segundo ejercicio de contratación y 1.000,00 € en el tercer ejercicio de contratación, siempre que se haya acreditado en los términos establecidos por el apartado 3 del artículo 11 de la presente Orden, el mantenimiento del puesto de trabajo durante el período mínimo de contratación establecido por el artículo 4 de la misma.

**Art. 3.º Exclusiones.**—De conformidad con el artículo 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, no podrá obtener la condición de persona beneficiaria aquella en quien concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social. Tampoco podrán obtener la condición de beneficiarias de estas ayudas quienes tengan deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de

subvenciones en la forma que reglamentariamente se establezca.

h) Haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según lo establecido en la Ley General de Subvenciones y en la Ley General Tributaria.

**Art. 4.º** *Forma de los contratos y período de duración mínima a efecto de seguimiento.*—1. La forma de contrato a utilizar será la establecida por el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, o aquel que lo modifique o sustituya, y su retribución será la convenida entre las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a la cuantía de la ayuda.

2. A los solos efectos del seguimiento de las ayudas reguladas por la presente Orden y, en su caso, posible reintegro del incentivo, el período mínimo de duración del contrato incentivado será de tres años. Para el cumplimiento del citado período mínimo de duración de las contrataciones, el Servicio de Empleo correspondiente podrá comprobar la Vida Laboral de la persona contratada mediante acceso a la red telemática.

3. Si por cualquier incidencia las personas contratadas causaran baja sin cubrir el citado período de mínimo de contratación, en el plazo máximo de un mes podrá realizarse la sustitución mediante otra contratación de las mismas características y sin que ello genere derecho a un nuevo incentivo, excepto en el supuesto de despido declarado improcedente por los órganos jurisdiccionales del Orden Social sin que se hubiese optado por la readmisión de la persona trabajadora, supuesto en el que procedería el reintegro de la cuantía del incentivo conforme al procedi-

miento establecido por el artículo 13 de esta Orden.

En ese mismo plazo de un mes, deberá ser comunicada a la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo dicha sustitución, acompañada del nuevo contrato. En caso de no proceder a la realización de la citada comunicación dentro del plazo señalado, la cuantía de la ayuda será reintegrada en su totalidad, conforme al procedimiento de reintegro establecido por el artículo 13 de esta Orden.

**Art. 5.º** *Compatibilidad de la ayuda.*—1. Los incentivos regulados por la presente Orden serán compatibles con cualquier otra ayuda para el mismo fin no otorgada por la Consejería de Empleo, o por institución en la que ésta participe mayoritariamente, dentro de los límites legalmente establecidos.

No obstante lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, el importe de las ayudas en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con incentivos o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por las personas beneficiarias, procediendo en caso contrario el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad incentivada, así como los intereses de demora correspondientes.

2. De conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la ayuda y, en todo caso, la obtención concurrente de incentivos o ayudas otorgadas por otras administraciones o entes públicos o privados,

nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión.

**Art. 6.º Presentación de solicitudes.**—1. Las solicitudes de la ayuda regulada en la presente Orden, irán dirigidas al titular de la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, y se presentarán preferentemente en ella, sin perjuicio de cualquier otra fórmula de las recogidas en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

A tal efecto se establecerán modelos de solicitud que serán proporcionados en las dependencias de la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo, en las de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, y que se encuentran a disposición de las personas interesadas en la web de la Consejería de Empleo, en el enlace recogido para estas ayudas en el Portal de Empleo ([www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo](http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo)).

2. Para mayor agilidad y facilidad en la tramitación, las solicitudes de ayuda podrán cumplimentarse vía telemática a través de la página web de la Consejería de Empleo, en el enlace recogido para estas ayudas en el Portal de Empleo ([www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo](http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo)), donde el usuario seleccionará su clave, e imprimirse para su posterior presentación en cualquiera de las dependencias establecidas en el apartado anterior.

3. Los impresos de solicitud de los incentivos articulados en esta Orden, incluirán sendas Declaraciones responsables relativas a otras ayudas concedidas y /o solicitadas para la misma finalidad procedente de cualesquiera Administraciones o entes públicos o

privados, nacionales o internacionales, y a no encontrarse incurso en ninguna de las demás causas de exclusión previstas en el artículo 3 la presente Orden. Igualmente se adjuntará Certificado expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social acreditativo de que la persona solicitante se encuentra al corriente en sus obligaciones frente a la Seguridad Social o, en caso contrario, de las incidencias que acontezcan en el expediente.

Así mismo, el impreso de solicitud de las ayudas reguladas en la presente Orden conllevará la autorización al órgano gestor para recabar los certificados a emitir por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la Tesorería General de la Seguridad Social y por la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía.

4. Las solicitudes irán acompañadas de la siguiente documentación:

a) Original o fotocopia compulsada de certificados de empadronamiento de todos los miembros de la unidad familiar.

b) Fotocopia compulsada del Libro de Familia en el que conste la inscripción de los miembros de la unidad familiar o, en su caso, de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Para el caso de parejas de hecho, original o fotocopia compulsada de acreditación de su inscripción como tal por el correspondiente registro en los términos establecidos por la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho y la normativa de desarrollo de la misma, o aquella que la modifique o sustituya.

c) Fotocopia del DNI de todos los miembros de la unidad familiar o, en su caso, del número de identificación de extranjero (NIE) y/o pasaporte.

d) Original o fotocopia compulsada de Certificado emitido por el órgano administrativo competente acreditativo del grado de minusvalía de al

menos el 75%, o de la enfermedad de carácter crónico que padece la persona que precisa atención continua.

e) Fotocopia compulsada de auto-liquidación del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas correspondiente al último ejercicio de todos los miembros obligados de la unidad familiar, o certificado de retenciones expedido por el pagador de los rendimientos o cualquier otro medio que demuestre la realidad de la percepción.

f) Fotocopia del DNI de la persona contratada o, en su caso, del número de identificación de extranjero (NIE) y/o pasaporte.

g) Cuando no se haya hecho uso de los aplicativos Gescontrat@ o Contrat@ (Comunicación de contratos a través de Internet), disponibles en la web de la Consejería de Empleo, ([www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo](http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo)), se aportarán fotocopias compulsadas del alta en Seguridad Social de la persona contratada y del contrato formalizado con la misma.

h) Autorización de consulta de la Vida Laboral de la persona contratada al objeto de determinar el cumplimiento de los criterios de valoración y a efectos de seguimiento y control. A los efectos de la referida acreditación será suficiente con la comprobación efectuada por el Servicio de Empleo correspondiente mediante acceso a la red telemática.

i) Solicitud de transferencia bancaria firmada por la persona solicitante y la entidad bancaria.

En relación con la acreditación recogida por la letra g) de este apartado, y para los supuestos en los que se haya hecho uso del aplicativo Gescontrat@ o Contrat@, será suficiente con la certificación expedida por la persona titular de la Jefatura de Servicio de Empleo correspondiente, acreditativo de la comprobación sobre la formalización del contrato.

5. Si la solicitud no reuniera los requisitos exigidos o no se acompañasen los documentos preceptivos, el órgano instructor del procedimiento requerirá al interesado para que en el plazo de diez días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con la indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**Art. 7.º Plazo de presentación de solicitudes.**—Las solicitudes del incentivo regulado en la presente Orden se presentarán en dos períodos anuales:

a) Durante el mes de enero de cada año para todas las contrataciones realizadas desde el primer día del mes de julio hasta el último día del mes de diciembre del ejercicio anterior.

b) Durante el mes de julio de cada año para todas las contrataciones realizadas desde el primer día del mes de enero hasta el último día del mes de junio del ejercicio corriente.

**Art. 8.º Procedimiento de concesión.**—El procedimiento de concesión de las ayudas reguladas en la presente Orden se realizará en régimen de concurrencia competitiva, siguiendo los criterios de valoración que se establecen en el artículo siguiente.

Una vez terminado el plazo de presentación de solicitudes, el Servicio competente de la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo, en tanto que órgano instructor, evaluará las solicitudes teniendo en cuenta los citados criterios de valoración, realizando todas las actuaciones necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos que sirvan de base para ello, para lo cual podrá requerir a los interesados cuanta documentación estime

necesaria para completar el expediente administrativo.

Tras la evaluación de las solicitudes, el informe en el que se concrete el resultado de la evaluación efectuada se formulará por la Comisión de Valoración que, a estos fines, se constituirá y que estará integrada por tres personas funcionarias con categoría, al menos, de Jefe de Sección o Departamento.

El órgano instructor, a la vista del expediente y del informe de la Comisión de Valoración, elevará la correspondiente propuesta de resolución al Órgano competente para resolver.

**Art. 9.º Criterios de valoración.—**

1. Las ayudas desarrolladas en esta Orden se concederán en función del cumplimiento de los criterios que se regulan a continuación, y de acuerdo con el orden de ponderación establecida entre los mismos, de tal forma que el número de ayudas que se convocan mediante ésta se aplicarán, en primer lugar, a todos los solicitantes que cumplan con el primer criterio y así sucesivamente hasta el cuarto criterio o hasta el agotamiento de la dotación presupuestaria:

1.º Que las contrataciones se efectúen respecto de personas pertenecientes a los siguientes colectivos:

- Jóvenes menores 30 años.
- Mujeres mayores de 30 y hasta 45 años inclusive.
- Mujeres víctimas de violencia de género.

- Personas paradas de larga duración mayores de 45 años. A los efectos de esta Orden, se entenderá por persona parada de larga duración aquella que mantenga la condición de desempleo por un período superior a doce meses, y esta se entenderá cumplida sí, durante los 365 días inmediatamente anteriores a la fecha de referencia, la persona interesada ha figurado inscrita como desempleada inin-

terruptidamente durante ese período o, al menos, lo ha estado durante 270 días y en los restantes días de ese período la causa de la situación administrativa ha sido baja por colocación.

- Personas con discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 33%.

- Personas inmigrantes.
- Personas pertenecientes a minorías étnicas.

- Personas perceptoras del Programa de Solidaridad de los andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad, establecido por el Decreto 2/1999, de 12 de enero, o aquel que lo modifique o sustituya, y aquellas que no puedan acceder a dicho Programa por alguna de las siguientes causas: por falta de período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad preceptora; o por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.

- Personas drogodependientes rehabilitadas o aquellas que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social.

- Personas exreclusas o que se encuentren en situación de libertad condicional, así como aquellas que, estando internas en centros penitenciarios, su situación penitenciaria les permita acceder a un empleo.

- Todas aquellas personas cuya situación legal de desempleo provenga de expedientes de regulación de empleo.

2.º Que uno de los miembros de la unidad familiar sea titular de la Tarjeta Andalucía-Junta Sesenta y Cinco, modalidad Oro.

3.º Que la unidad familiar cuente con más de una persona dependiente en los términos establecidos por el apartado 1 del artículo 2 de esta Orden.

4.º Menores ingresos per cápita de la unidad familiar.

En el supuesto de que para un mismo criterio exista un número de solicitudes superior al número de ayudas convocadas, la preferencia entre estas se realizará en función del cumplimiento sucesivo del resto de los criterios, de acuerdo con la ponderación establecida, de forma que cada uno de los criterios será excluyente de los posteriores en caso de que se agote la dotación presupuestaria.

2. Sólo podrá concederse una ayuda por unidad familiar.

**Art. 10. Órgano competente para resolver.**—1. La competencia para resolver sobre las solicitudes de los incentivos que se regulan en la presente Orden se delega en el Director Provincial del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente.

**ORDEN de 28 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de incentivos a la contratación con carácter indefinido reguladas en el Decreto 149/2005, de 14 de junio (BOJA núm. 146, de 26 de julio)**

PREÁMBULO

Las medidas para el fomento del empleo estable diseñadas por el Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido, pretenden que la calidad sea una dimensión adscrita al empleo desde el momento mismo en el que la persona se sitúa frente al mercado de trabajo, buscando situarla en las mejores condiciones. Para ello, los incentivos que en él se establecen y que se desarrollan mediante la presente Orden tienen como última destinataria a la persona demandante de empleo, beneficiándola de medidas de fomento del empleo individualizadas de inserción, fruto del contacto de la persona demandante de empleo con el Servicio Andaluz de Empleo.

El VI Acuerdo de Concertación Social en Andalucía, en atención a los factores internos que persisten en la economía andaluza y en los que es necesario incidir para alcanzar mayores niveles de desarrollo social y económico, entre sus objetivos prioritarios, contempla el establecimiento de un marco propicio para la creación de empleo estable, seguro y cualificado, y un

consiguiente aumento de la calidad en el mercado laboral. Para ello, se priorizan específicamente medidas dirigidas al desarrollo de determinados derechos vinculados al acceso al empleo, como la igualdad real entre hombres y mujeres, realizando una apuesta decidida y firme por el crecimiento del empleo de la mujer, incidiendo tanto en conseguir una mayor incorporación de ésta a la población activa, como en superar situaciones de segregación profesional y de precariedad laboral, y a que la padecen en mayor medida que los hombres; la integración social de los jóvenes y de los considerados colectivos más vulnerables; la calidad en el empleo; la seguridad en el trabajo y prevención de riesgos laborales; así como otras que atiendan a la necesidad de formación continua de la persona trabajadora a lo largo de toda su vida laboral.

En este sentido, el Decreto 149/2005, de 14 de junio, establece los siguientes incentivos: Ayudas a favor de entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras que formalicen nuevas contrataciones con carácter indefinido o transformen contratos de duración determina-

da en indefinidos, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial; ayudas a favor de entidades empleadoras de más de doscientas cincuenta personas trabajadoras que suscriban un contrato-programa con la Consejería de Empleo; ayudas al empleo en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo.

Mediante la presente Orden se establecen las bases reguladoras para la concesión de las referidas ayudas, desarrollando medidas que supongan, de una parte, la creación y mantenimiento de un empleo de calidad y, de otra, una decidida apuesta por las pequeñas y medianas empresas y las micropymes, estableciendo a favor de las mismas discriminaciones positivas en función a sus plantillas, a la vez que se hace una apuesta por la responsabilidad social corporativa de las grandes empresas en orden a continuar con la reducción de la temporalidad en el empleo, a través de los denominados contratos-programas. Sumado a ello, se toman en consideración las distintas realidades de los territorios de nuestra Comunidad para responder a sus necesidades específicas, articulando para ello medidas y actuaciones a favor de la calidad del empleo de una forma integrada en aras a alcanzar mayores niveles de eficacia.

Junto a ello, para el caso de contrataciones indefinidas y transformaciones de contrato de duración determinada en indefinidos que se formalicen con personas con discapacidad, los incentivos desarrollados en la presente Orden llevarán aparejados, durante todo el período de vigencia del contrato, la autorización de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, siendo además compatibles con una ayuda destinada a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales.

Tal y como dispone el artículo 3 del referido Decreto 149/2005, de 14 de junio, teniendo en cuenta que el objetivo final de las ayudas por él establecidas, y desarrolladas por la presente Orden, es fomentar la creación y mantenimiento de un empleo estable y de calidad que redunde en beneficio de las personas trabajadoras y sus derechos, las mismas no pueden quedar sometidas a un régimen de concurrencia competitiva, no resultando necesario establecer comparación entre solicitudes ni prelación entre las mismas, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

En cumplimiento del apartado 3, letra f), del artículo 8 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, la presente Orden ha sido sometida al Pleno del Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

En su virtud, y en uso de las facultades que me están conferidas por la Disposición Final Segunda del Decreto 149/2005, de 14 de junio, a propuesta de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo,

DISPONGO

**Artículo 1.º** *Objeto y entidades beneficiarias.*—La presente Orden tienen por objeto desarrollar las ayudas de la Junta de Andalucía en materia de fomento del empleo a favor de empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, y entidades sin ánimo de lucro, en adelante entidades empleadoras, mediante el establecimiento de incentivos tanto para la contratación laboral indefinida de personas desempleadas,

como para la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos, localizados en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma.

Asimismo se desarrollan las ayudas destinadas a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales, cuando las contrataciones indefinidas se formalicen con personas con discapacidad a favor de entidades empleadoras o, en su caso, de la propia persona trabajadora.

**Art. 2.º** *Ámbito de actuación.*—1. Mediante esta Orden se convocan y desarrollan las siguientes ayudas en materia de contratación con carácter indefinido reguladas en el Decreto 149/2005, de 14 de junio:

a) Incentivos a la contratación con carácter indefinido, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, a favor de entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras establecidas en el Capítulo II del citado Decreto.

b) Incentivos a la contratación con carácter indefinido a favor de entidades empleadoras de más de doscientas cincuenta personas trabajadoras establecidas en el Capítulo III del citado Decreto.

c) Incentivos a las transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, a favor de entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras, establecidas en el Capítulo IV del citado Decreto.

d) Incentivos al empleo en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo, establecidas en el Capítulo V del citado Decreto.

2. Junto a ello, y compatible con las citadas líneas de incentivos, se desarrollan las ayudas destinadas a la

adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales, cuando las contrataciones indefinidas se formalicen con personas con discapacidad.

**Art. 3.º** *Procedimiento de concesión.*—Las ayudas reguladas en la presente Orden se concederán por la formalización, por parte de la entidad empleadora solicitante de las mismas, de nuevos contratos indefinidos o la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos, así como por la adaptación del puesto de trabajo a las necesidades de la persona trabajadora con discapacidad, sin que sea necesario establecer la comparación de las solicitudes ni la prelación entre las mismas. A estos efectos se entenderá formalizadas las citadas contrataciones o transformaciones de contrato desde la fecha de su firma por ambas partes.

#### CAPÍTULO I

### **Incentivos a la contratación con carácter indefinido, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, a favor de entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras**

**Art. 4.º** *Objeto y cuantía de las ayudas.*—1. Se fomentará la contratación indefinida de los colectivos que a continuación se detallan, mediante incentivos a las nuevas contrataciones de carácter indefinido, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, que se realicen por las entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras, de acuerdo con lo siguiente:

a) Mujeres:

En aquellos sectores y profesiones en los que se encuentren subrepresentadas, preferentemente:

- Sector industrial.
- Sector construcción.
- Sector transportes privados.

Respecto de cualquier sector de actividad, en casos de incorporación o reincorporación tras la maternidad y supuestos asimilados (adopción, acogimiento), y tras la atención a personas dependientes. A efectos de la presente Orden, se entenderá por persona dependiente aquellos familiares en primer grado de consanguinidad o afinidad que tengan reconocido al menos un 75% de discapacidad o padezcan enfermedad crónica que requiera una atención continuada.

b) Jóvenes menores de 30 años, en los siguientes sectores:

- Sector industrial.
- Sector servicios:
  - Servicios a las empresas.
  - Sector de las nuevas tecnologías.
  - Sector audiovisual.

— Servicios de la vida diaria, prioritariamente de atención a la dependencia, en el concepto de los nuevos yacimientos de empleo, establecidos en el Anexo I del Decreto 149/2005, de 14 de junio.

Actividades medioambientales.

c) Para la contratación de personas Técnicas en prevención de riesgos laborales por entidades empleadoras dedicadas a cualquier sector de actividad.

Los incentivos a la contratación indefinida a tiempo completo, respecto de los colectivos establecidos en este apartado, consistirán en ayudas a tanto alzado a favor de la entidad empleadora por cada nuevo contrato que formalicen, y cuya cuantía quedará determinada en función del tamaño de la misma, según la siguiente escala:

— Entidades empleadoras de hasta diez personas trabajadoras: 4.750 €.

— Entidades empleadoras de once a cincuenta personas trabajadoras: 4.250 €.

— Entidades empleadoras de cincuenta y una a doscientas cincuenta personas trabajadoras: 3.000 €.

Estas cuantías se adaptarán proporcionalmente a la jornada de trabajo resultante cuando la contratación indefinida sea a tiempo parcial, sin que en ningún supuesto ésta pueda ser inferior a 20 horas semanales o su promedio en cómputo anual.

2. Asimismo, se fomentará la contratación indefinida de los colectivos que a continuación se detallan, en cualquier sector de actividad:

a) Personas paradas de larga duración mayores de 45 años. A los efectos de esta Orden, se entenderá por persona parada de larga duración aquella que mantenga la condición de desempleo por un período superior a doce meses, y ésta se entenderá cumplida si, durante los 365 días inmediatamente anteriores a la fecha de referencia, la persona interesada ha figurado inscrita como desempleada ininterrumpidamente durante ese período o, al menos, lo ha estado durante 270 días y en los restantes días de ese período la causa de la situación administrativa ha sido baja por colocación.

b) Personas pertenecientes a los colectivos más vulnerables. A los efectos de esta Orden, se entenderán integradas dentro de los colectivos más vulnerables, aquellas personas en quienes concurra alguna de las siguientes características:

— Mujeres víctimas de violencia de género.

— Personas con discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 33%.

— Personas ex reclusas o que se encuentren en situación de libertad condicional, así como aquellas que, estando internas en centros penitencia-

rios, su situación penitenciaria les permita acceder a un empleo.

— Personas usuarias del Programa de Solidaridad de los andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad, establecido por el Decreto 2/1999, de 12 de enero, o aquel que lo modifique o sustituya, y aquellas que no puedan acceder a dicho Programa por alguna de las siguientes causas: Por falta de período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad preceptora; o por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.

— Personas drogodependientes rehabilitadas, o aquellas que se encuentren en procesos de rehabilitación o inserción social.

— Personas inmigrantes.

— Personas pertenecientes a minorías étnicas.

— Jóvenes menores de treinta años, que hayan tenido una medida protectora de acogimiento en un Centro de Menores.

Los incentivos a la contratación indefinida a tiempo completo, respecto de los colectivos establecidos en este apartado, consistirán en ayudas a tanto alzado a favor de la entidad empleadora por cada nuevo contrato indefinido que formalicen por una cuantía de 4.750 €, cuantía que se adaptará proporcionalmente a la jornada de trabajo resultante cuando la contratación indefinida sea a tiempo parcial, sin que en ningún supuesto ésta pueda ser inferior a 20 horas semanales o su promedio en cómputo anual.

3. Los incentivos a las contrataciones indefinidas formalizadas con personas con discapacidad llevarán aparejados, durante toda la vigencia del contrato indefinido, la autorización de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y en-

fermedad profesional, y las cuotas de recaudación conjunta, en las siguientes cuantías:

a) 70 por ciento por cada persona discapacitada contratada menor de 45 años. Para el caso de mujeres que cumplan ambos requisitos, dicho porcentaje será del 90 por ciento.

b) 90 por ciento por cada persona discapacitada contratada mayor de 45 años. Para el caso de mujeres que cumplan ambos requisitos, dicho porcentaje será del 100 por ciento.

Cuando el contrato indefinido se concierte a tiempo parcial, se mantendrán las citadas bonificaciones en las cuotas descritas.

4. Igualmente, para el supuesto de nuevas contrataciones indefinidas de personas con discapacidad, las ayudas y bonificaciones establecidas en los apartados anteriores serán compatibles con un incentivo destinado a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales. Para poder ser beneficiario de la citada ayuda, tanto la entidad empleadora como, en su caso, la propia persona con discapacidad contratada, además de contar con el informe favorable de la Inspección de Trabajo, habrán de acreditar la ejecución previa de la referida adaptación del puesto de trabajo o dotación de medios de protección personal.

El incentivo tendrá una cuantía máxima de 901,52 € por cada contratación indefinida formalizada.

**Art. 5.º Fijos-discontinuos.—**

1. Se fomentará la estabilidad en el empleo de mujeres, jóvenes menores de 30 años, personas mayores de 45 años y personas pertenecientes a los colectivos más vulnerables descritos en el apartado 2.b del artículo 4 de esta Orden, mediante incentivos a las nuevas contrataciones de carácter indefi-

nido bajo la modalidad de fijos-discontinuos, siempre que el convenio colectivo que resulte de aplicación contemple la posibilidad de formalizar dicha modalidad de contrato indefinido.

Las ayudas consistirán en cuantías a tanto alzado a la entidad empleadora calculadas en proporción al puesto de trabajo equivalente a tiempo completo, tomando como base para su cálculo la cantidad de 3.500 € por cada contrato que se formalice.

2. Los incentivos a las nuevas contrataciones de carácter indefinido, bajo la modalidad de fijos-discontinuos, formalizadas con personas con discapacidad, llevarán aparejados, durante toda la vigencia del contrato indefinido, la autorización de bonificaciones en las cuotas y cuantías establecidas por el apartado 3 del artículo 4 de esta Orden, y serán compatibles con la ayuda a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales establecida en el apartado 4 del mismo artículo.

**Art. 6.º Condiciones.**—Las entidades empleadoras que pretendan acceder a estas ayudas habrán de cumplir los siguientes requisitos al formalizar las nuevas contrataciones indefinidas:

1. Que las contrataciones objeto de estas ayudas sean fruto de la selección de personas candidatas que provienen de una oferta de empleo previamente presentada al Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, por cualquiera de los medios puestos a disposición de las entidades empleadoras.

Para ello, se seleccionarán para su presentación a la entidad empleadora, a las personas candidatas demandantes de empleo que se adecuen al perfil solicitado, y que hayan participado en cualquiera de los programas para la inserción laboral establecidos por la Orden de 22 de enero de 2004,

por la que se establecen las normas reguladoras de concesión de ayudas del Programa de Orientación Profesional y se regula el Programa de Itinerarios de Inserción, o aquella que la modifique o sustituya. El Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo informará, tanto a las personas seleccionadas como a las entidades empleadoras, de los posibles incentivos susceptibles de solicitar atendiendo a las circunstancias concretas de la entidad empleadora y a la pertenencia de dichos candidatos a los colectivos subvencionables.

2. Los nuevos contratos indefinidos formalizados por la entidad empleadora solicitante de la ayuda, deben suponer un incremento de la plantilla contratada con carácter indefinido respecto del mes natural anterior a la formalización de los mismos y, al menos, el 50% de su plantilla ha de estar contratada con carácter indefinido o alcanzar este porcentaje a partir de las nuevas contrataciones para las que se solicitan incentivos.

3. Que en caso de nuevas contrataciones a tiempo parcial, la jornada de trabajo resultante no sea inferior a 20 horas a la semana, o su promedio en cómputo anual.

#### CAPÍTULO II

### **Incentivos a la contratación con carácter indefinido a favor de entidades empleadoras de más de doscientas cincuenta personas trabajadoras**

**Art. 7.º Objeto y cuantías de las ayudas.**—1. Se fomentará la contratación indefinida de los colectivos que a continuación se detallan, mediante incentivos a favor de entidades empleadoras de más de doscientas cincuenta personas trabajadoras que suscriban un contrato-programa con la Consejería de Empleo:

- Mujeres.
- Jóvenes menores de 30 años.
- Parados de larga duración mayores de 45 años.
- Personas pertenecientes a uno de los colectivos más vulnerables, en los términos establecidos por el apartado 2.b) del artículo 4 de esta Orden.

El contrato-programa suscrito por la entidad empleadora con la Consejería de Empleo tendrá una vigencia máxima de tres años y podrá contemplar, de forma integral, todas aquellas políticas activas de empleo que sean necesarias para la adecuada cobertura de los puestos de trabajo que se creen: Captación y orientación profesional de personas demandantes, formación profesional y cuantas medidas de fomento del empleo se articulen por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo. Todo ello, con independencia de que, a efectos de seguimiento, las contrataciones indefinidas incentivadas habrán de tener una duración mínima de cuatro años.

2. Las solicitudes para acceder a contratos-programa se sustanciarán a través de la presente Orden y podrán presentarse desde el primer día del mes de enero y hasta el último día de septiembre de cada año, sin perjuicio de que en función de las medidas que en éste se contemplen, dichas solicitudes serán resueltas de acuerdo con los requisitos, procedimientos y cuantías que establezcan las órdenes específicas reguladoras de cada materia, salvo la competencia para resolver que en todo caso será del Consejero de Empleo.

3. Los incentivos a la contratación indefinida a tiempo completo que pudieran contemplarse en el contrato-programa se regirán por lo dispuesto en la presente Orden y consistirán en ayudas a tanto alzado a favor de la entidad empleadora pudiendo ascender en su cuantía hasta 4.750 € por cada nuevo contrato indefinido que formalicen.

4. Los incentivos a la contratación indefinida formalizada con personas con discapacidad llevarán aparejados durante toda la vigencia del contrato indefinido la autorización de bonificaciones en las cuotas y cuantías establecidas por el apartado 3 del artículo 4 de esta Orden y, asimismo, serán compatibles con la ayuda a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales establecida en el apartado 4 del mismo artículo.

**Art. 8.º Condiciones.**—Las entidades empleadoras que pretendan acceder a estas ayudas habrán de cumplir los siguientes requisitos al formalizar las nuevas contrataciones indefinidas:

1. Que las contrataciones objeto de estas ayudas se efectúen cumpliendo lo establecido por el apartado 1 del artículo 6 de esta Orden.

2. Que, con motivo de la implantación de las medidas que se contemplen en el contrato programa, se reduzca la temporalidad de la plantilla en un 50%, o bien la plantilla esté integrada al menos en un 80% por personas contratadas con carácter indefinido.

3. Que a la solicitud del contrato programa se adjunte informe emitido por el comité de empresa de la entidad empleadora solicitante de la ayuda, en los términos establecidos por el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

#### CAPÍTULO III

### **Incentivos a las transformaciones, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial indefinido, a favor de entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras**

**Art. 9.º Objeto y cuantías de las ayudas.**—1. Se fomentará la estabili-

dad en el empleo de los colectivos que a continuación se detallan, mediante incentivos a la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, que se formalicen por entidades empleadoras de hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras, de acuerdo con lo siguiente:

a) Mujeres, en los siguientes sectores:

- Sector de Hostelería.
- Sector de Construcción.
- Sector de Comercio.

b) Jóvenes menores de 30 años, en los siguientes sectores:

- Sector de Hostelería.
- Sector de Construcción.
- Sector de Comercio.

c) Personas mayores de 45 años, en cualquier sector de actividad.

d) Colectivos más vulnerables en los términos establecidos por el apartado 2.b) del artículo 4 de esta Orden, en cualquier sector de actividad.

e) Personas trabajadoras que vengan realizando su actividad laboral en virtud de un contrato de formación con la entidad empleadora solicitante, en cualquier sector de actividad.

2. Los incentivos consistirán en una cuantía a tanto alzado que ascenderá a 3.000 € a favor de las entidades empleadoras por cada transformación en indefinidos a tiempo completo que formalicen. Esta cuantía se verá reducida proporcionalmente a la jornada de trabajo resultante cuando se trate de transformación en indefinido a tiempo parcial, sin que en ningún supuesto dicha contratación pueda ser inferior a 20 horas semanales o su promedio en cómputo anual.

3. Los incentivos a la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos, formalizadas con personas con discapacidad llevarán aparejados durante toda la vigencia del

contrato indefinido la autorización de bonificaciones en las cuotas y cuantías establecidas por el apartado 3 del artículo 4 de esta Orden y, asimismo, serán compatibles con la ayuda a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales establecida en el apartado 4 del mismo artículo.

**Art. 10. Condiciones.**—Las entidades empleadoras que pretendan acceder a estas ayudas habrán de cumplir los siguientes requisitos al formalizar las transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos:

1. Que el convenio colectivo que resulte de aplicación contemple la posibilidad de formalizar transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos.

2. Que dichas transformaciones supongan un incremento de la plantilla contratada con carácter indefinido respecto del mes natural anterior a la formalización de las mismas, y al menos el 50% de dicha plantilla esté contratada con carácter indefinido o alcance este porcentaje a partir de las nuevas contrataciones para las que se solicitan incentivos.

3. Para el caso de transformaciones en contratos indefinidos a tiempo parcial, que la jornada de trabajo resultante no sea inferior a 20 horas a las emana, o su promedio en cómputo anual.

4. Para el caso de transformaciones de contratos de formación en contratos indefinidos:

a) Que dicho contrato de formación se hubiese suscrito en fecha anterior a la entrada en vigor de la presente Orden.

b) Que las entidades empleadoras no hayan suscrito contratos de formación con un número de personas

igual o superior al 60% de su plantilla en los tres últimos años.

#### CAPÍTULO IV

### Incentivos al empleo en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo

**Art. 11.** *Objeto y cuantías de las ayudas.*—1. En aquellas zonas en las que se establezcan actuaciones integrales y preferentes de empleo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 del Decreto 149/2005, de 14 de junio, se articularán ayudas que podrán alcanzar en su cuantía hasta dos veces y media el Salario Mínimo Interprofesional vigente en el momento de su concesión, computado en un período de doce meses, según las necesidades que presente cada área, así como los sectores y colectivos que se determinen en los planes de actuación para cada una de ellas.

2. Los incentivos a la creación de empleo indefinido previstos en este Capítulo se tramitarán y resolverán de acuerdo con las normas generales establecidas en el Capítulo V de la presente Orden, cuyo contenido les resulta de plena aplicación.

#### CAPÍTULO V

### Normas generales

**Art. 12.** *Presentación de solicitudes.*—1. Las solicitudes de los incentivos a la contratación indefinida regulados en la presente Orden irán dirigidas a la dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo correspondiente cuando tengan carácter provincial en tanto que las contrataciones incentivadas quedan afectas a una sola provincia, y a la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo cuan-

do tengan carácter multiprovincial en tanto que éstas afecten a más de una provincia. Las solicitudes del incentivo destinado a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal regulado en la presente Orden irán dirigidas a la dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo correspondiente.

En ambos casos, dichas solicitudes podrán presentarse, además de en las anteriores, en la Unidad Territorial de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico correspondiente, sin perjuicio de cualquier otra fórmula de las recogidas en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

A tal efecto se establecerán modelos de solicitud que serán proporcionados en las dependencias de la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente, en la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo correspondiente, y que se encuentran a disposición de las entidades o, en su caso, personas solicitantes en la web de la Consejería de Empleo, en el enlace recogido para estas ayudas en el Portal de Empleo ([www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo](http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo)).

2. Para mayor agilidad y facilidad en la tramitación, las solicitudes de ayuda podrán cumplimentarse vía telemática a través de la página Web de la Consejería de Empleo, en el enlace recogido para estas ayudas en el Portal de Empleo ([www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo](http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo)), donde la entidad o persona usuaria seleccionará su clave, e imprimirse para su posterior presentación en cualquiera de las dependencias establecidas en el apartado anterior.

3. La solicitud de las ayudas reguladas en la presente Orden conlle-

vará la autorización al órgano gestor para recabar los certificados a emitir por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la Tesorería General de la Seguridad Social y por la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía.

**Art. 13. Documentación adjunta a las solicitudes.**—1. Los impresos de solicitud de los incentivos articulados en esta Orden, incluirán sendas Declaraciones responsables relativas a otras ayudas concedidas y /o solicitadas para la misma finalidad procedente de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, y a no encontrarse incurso en ninguna de las demás causas de exclusión previstas en los artículos 19 y 20 de la presente Orden.

Igualmente se adjuntará Certificado expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social acreditativo de que la entidad solicitante se encuentra al corriente en sus obligaciones frente a la Seguridad Social o, en caso contrario, de las incidencias que acontezcan en el expediente.

2. Las solicitudes de incentivos a las nuevas contrataciones indefinidas y a las transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos irán acompañadas de la siguiente documentación:

2.1. De la entidad empleadora solicitante:

a) Fotocopia compulsada del CIF/NIF de la entidad empleadora solicitante.

b) Fotocopia compulsada del DNI o, en su caso, del NIE del representante de la entidad empleadora solicitante.

c) Fotocopia compulsada de la escritura de constitución de la entidad empleadora y , en su caso, la inscripción en el Registro correspondiente.

d) Fotocopia compulsada del poder de representación sin que sea ne-

cesario que el mismo se encuentre bastantado.

e) Fotocopia compulsada de los TC2 correspondientes al mes en que se formalizan las contrataciones indefinidas y al mes anterior a ello. Si la empresa estuviera acogida al sistema RED de transmisión telemática de datos a la Seguridad Social será suficiente con fotocopia compulsada u original del documento firmado por el responsable correspondiente. A efectos de acreditar el incremento neto de la plantilla fija en el mes en el que se producen las contrataciones indefinidas, será suficiente con una declaración responsable respecto a tales extremos.

f) Indicación del convenio colectivo que resulte de aplicación en los supuestos de contrataciones de carácter fijo-discontinuo, así como en los de transformaciones de contrato de formación en indefinido, y del boletín en el que se haya publicado.

g) Cuando no se haya hecho uso de los aplicativos Gescontrat@ o Contrat@ (Comunicación de contratos a través de Internet), disponibles en la Web de la Consejería de Empleo ([www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo](http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo)), se aportará fotocopia compulsada de los contratos indefinidos para los que se solicita la ayuda o, en su caso, del modelo normalizado de «Comunicación de conversión de contrato temporal en contrato indefinido» aprobado por el órgano competente.

h) Para el caso de nuevas contrataciones de carácter indefinido, documento de registro de la oferta de empleo tramitada por el Servicio Andaluz de Empleo acompañada de la lista de personas candidatas seleccionadas que pertenezcan a los colectivos descritos en los artículos 4 ó 7 de esta Orden, según el número de personas trabajadoras de la entidad empleadora, y cumplan la condición establecida por los artículos 6.1 y 8.1 de la misma.

i) Informe emitido por el comité de empresa de la entidad empleadora solicitante de la ayuda, en los términos establecidos por el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en su caso.

j) Solicitud de transferencia bancaria firmada por el representante de la entidad empleadora y la entidad bancaria.

En relación con la acreditación recogida por la letra g) de este apartado, y para los supuestos en los que se haya hecho uso del aplicativo *Gescontrat@* o *Contrat@*, será suficiente con la certificación expedida por la persona titular de la Jefatura de Servicio de Empleo correspondiente acreditativo de la comprobación sobre la formalización de los contratos indefinidos o la transformación en los mismos.

#### 2.2. De la persona trabajadora:

a) Fotocopia compulsada del DNI o, en su caso, del NIE de la persona contratada al objeto de acreditar su personalidad y edad.

b) Autorización de consulta de la Vida Laboral de la persona contratada emitida por el órgano competente de la Seguridad Social, al objeto de determinar posibles causas de exclusión y a efectos de seguimiento y control. A los efectos de la referida acreditación será suficiente con la comprobación efectuada por el Servicio de Empleo correspondiente mediante acceso a la red telemática.

c) Para el caso de nuevas contrataciones indefinidas a tiempo completo, original o fotocopia compulsada de Certificado de periodos de inscripción actualizado expedido por el Servicio Andaluz de Empleo.

d) A los efectos de acreditar la pertenencia de la persona contratada a los colectivos descritos en los artículos 4, 7 y 9 de esta Orden, así como la condición establecida en los artículos

6.1 y 8.1 de la misma, se aportará la documentación que para ello sea requerida en el modelo de solicitud.

3. Las solicitudes de incentivos para la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales irán acompañadas de la siguiente documentación:

a) Para el caso de que solicite la entidad empleadora, fotocopia compulsada del CIF/NIF de la misma, acompañado de fotocopia compulsada del DNI o, en su caso, del NIE de su representante.

b) Para el caso de que solicite la persona contratada, fotocopia compulsada del DNI o, en su caso, del NIE, o del de su representante.

c) Fotocopia de escritura de las escrituras de constitución de la entidad empleadora y, en su caso, la inscripción en el Registro correspondiente.

d) Fotocopia compulsada del poder de representación sin que sea necesario que el mismo se encuentre bastantado, en los supuestos que proceda.

e) Original o fotocopia compulsada de Certificado de minusvalía con grado reconocido igual o superior al 33% expedido por organismo competente, en los supuestos que proceda.

f) Autorización de consulta de la Vida Laboral de la persona con discapacidad, a los efectos de acreditar que la misma está en plantilla y que sigue en activo. A los efectos de la referida acreditación será suficiente con la comprobación efectuada por el Servicio de Empleo correspondiente mediante acceso a la red telemática.

g) Memoria explicativa de la adaptación del puesto de trabajo o la dotación de medios de protección personal.

h) Original o fotocopia compulsada de la factura o de cualquier otro documento justificativo del gasto realizado para la adaptación del puesto de

trabajo o la dotación de medios de protección personal. i) Informe favorable de la Inspección de Trabajo.

j) Solicitud de transferencia bancaria firmada por el representante de la entidad empleadora o, en su caso, la persona trabajadora, y la entidad bancaria.

4. Si la solicitud no reuniera los requisitos exigidos o no se acompañasen los documentos preceptivos, el órgano instructor del procedimiento requerirá a quien solicita para que en el plazo de 10 días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con la indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**Art. 14. Plazo de presentación de solicitudes.**—1. Las solicitudes de incentivos a las nuevas contrataciones indefinidas y a las transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos, se presentarán en dos períodos anuales:

a) Durante el mes de enero de cada año para todas las contrataciones de carácter indefinido y transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos que se hubieran formalizado entre el primer día del mes de julio y hasta el último día del mes de diciembre del ejercicio anterior.

b) Durante el mes de julio de cada año para todas las contrataciones de carácter indefinido y transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos que se hubieran formalizado entre el primer día del mes de enero hasta el último día del mes de junio del ejercicio corriente.

2. El plazo de solicitud para acceder a los contratos-programa suscritos con la Consejería de Empleo se encontrará abierto desde el primer día del mes de enero hasta el último día

del mes de septiembre de cada ejercicio, pudiendo acogerse al mismo todas aquellas contrataciones indefinidas formalizadas desde el primer día del mes de octubre del ejercicio anterior.

3. La entidad empleadora deberá formular la solicitud de ayuda para la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales, una vez efectuada dicha adaptación o dotación y, en todo caso, en el plazo de cuatro meses desde la fecha de emisión del preceptivo informe favorable de la Inspección de Trabajo.

Si transcurrido dicho plazo la entidad empleadora no hubiese efectuado la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales, la persona con discapacidad contratada podrá acometer la misma en cualquier momento, tras lo cual, podrá solicitar el incentivo.

**Art. 15. Período de duración mínima de los contratos indefinidos a efecto de seguimiento.**—A los solos efectos del seguimiento de las ayudas reguladas por la presente Orden y, en su caso, posible reintegro de los citados incentivos, el período mínimo de duración de los contratos de carácter indefinido, que se celebren o que resulten de la transformación de contrato de duración determinada en indefinido, será de cuatro años. Para acreditar el cumplimiento del citado período mínimo de duración de las contrataciones objeto de las ayudas reguladas en la presente Orden, el Servicio de Empleo correspondiente podrá comprobar la Vida Laboral de la persona contratada mediante acceso a la red telemática.

Si por cualquier incidencia las personas contratadas causaran baja sin cubrir el período mínimo de contratación establecido por el párrafo anterior,

en el plazo máximo de un mes podrá realizarse la sustitución mediante otra contratación de las mismas características y sin que ello genere derecho a un nuevo incentivo, excepto en el supuesto de despido declarado improcedente por los órganos jurisdiccionales del Orden Social sin que se hubiese optado por la readmisión de la persona trabajadora, supuesto en el que procedería el reintegro de la cuantía del incentivo conforme al procedimiento establecido por el artículo 22 de esta Orden. En ese mismo plazo de un mes, deberá ser comunicada a la Consejería de Empleo dicha sustitución, acompañada del nuevo contrato. En caso contrario, la cuantía de la ayuda será reintegrada en su totalidad, conforme al procedimiento de reintegro establecido por el citado artículo 22 de esta Orden.

**Art. 16. Competencia para resolver.**—1. La competencia para resolver sobre las solicitudes de incentivos que se regulan en la presente Orden, salvo aquellas que, en el marco de un contrato-programa, resulten de los incentivos previstos en el Capítulo II de la misma, se delega en:

a) La persona titular de la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo correspondiente, para el caso de entidades empleadoras que soliciten los incentivos de referencia para uno o varios centros de trabajo radicados en una sola provincia andaluza.

b) La Directora General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, para el caso de entidades empleadoras que soliciten los incentivos de referencia para centros de trabajo radicados en más de una provincia andaluza.

2. La resolución de concesión será motivada y contendrá como mínimo los extremos exigidos en el artículo

13.2 del Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, así como para el supuesto de que la Unión Europea participe en la financiación de las mismas, se indicará la cuantía o porcentaje de la ayuda aportada por el instrumento comunitario que corresponda.

3. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución de concesión de las ayudas será de 3 meses contados desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el órgano competente para su tramitación.

Transcurrido dicho período sin que se haya dictado resolución expresa, la solicitud podrá entenderse desestimada por silencio administrativo, según disponen las normas de regulación del sentido del silencio administrativo.

**Art. 17. Abono de las ayudas.**—

1. Los incentivos regulados en la presente Orden se tramitarán como pago en firme y por la totalidad de la cuantía concedida. No obstante, podrán ser abonados en una o más anualidades para el supuesto de incentivos a la contratación con carácter indefinido a favor de entidades empleadoras de más de doscientas cincuenta personas trabajadoras, así como para el supuesto de incentivos al empleo en áreas territoriales integrales preferentes para el empleo establecidas en los Capítulos II y IV de la misma.

2. El pago se efectuará mediante transferencia bancaria a la cuenta que la entidad empleadora o, en su caso, la persona trabajadora solicitante haya indicado en la solicitud.

**Art. 18. Compatibilidad de las ayudas.**—1. Los incentivos regulados

por la presente Orden serán compatibles con cualquier otra ayuda para el mismo fin no otorgada por la Consejería de Empleo, o por institución en la que ésta participe mayoritariamente, dentro de los límites legalmente establecidos.

No obstante lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, el importe de las ayudas en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con incentivos o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por las entidades beneficiarias, procediendo en caso contrario el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad incentivada, así como los intereses de demora correspondientes.

2. Si la nueva contratación indefinida por la que se solicita la ayuda regulada en la presente Orden fuera susceptible de ser incentivada con cuantías distintas por concurrir circunstancias en la persona trabajadora objeto de la contratación que así lo possibilitaran, la entidad empleadora deberá optar por aquella que considere más conveniente.

3. De conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la ayuda y, en todo caso, la obtención concurrente de incentivos o ayudas otorgadas por otras Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión.

**Art. 19. Exclusiones generales.**— Con carácter general, y de conformidad

con lo establecido por los apartados 2 y 3 del artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, serán excluidas como posibles beneficiarias de los incentivos regulados en la presente Orden, las entidades empleadoras y, en su caso, personas trabajadoras, que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declaradas culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen

Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social. Tampoco podrán obtener la condición de beneficiarias de estas ayudas quienes tengan deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determinen.

h) Haber sido sancionada mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según la Ley General de Subvenciones o la Ley General Tributaria.

i) Las asociaciones incurso en las causas de prohibición previstas en los apartados 5 y 6 del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, ni aquellas respecto de las que se hubiera suspendido el procedimiento administrativo de inscripción por encontrarse indicios racionales de ilicitud penal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.4 de la Ley Orgánica 1/2002, en tanto no recaiga resolución judicial firme en cuya virtud pueda practicarse la inscripción en el correspondiente registro.

j) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 32.2 de la Ley de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, tampoco podrán obtener la condición de beneficiarias aquellas entidades empleadoras que no hayan justificado en tiempo y forma las subvenciones concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupes-

tario por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos o, en el caso de entidades previstas en el artículo 6.1.b de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las concedidas por la propia entidad pública.

**Art. 20. Exclusiones especiales.**—1. Sin perjuicio de las exclusiones generales establecidas en el artículo anterior, tampoco podrán obtener la condición de posibles beneficiarias de los incentivos al empleo aquellas entidades empleadoras que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

a) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o sancionadas por resolución administrativa firme en los últimos tres años por falta muy grave en materia de prevención de riesgos laborales.

b) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o resolución administrativa firme por prácticas de discriminación laboral o en materia de género.

2. Los incentivos recogidos en la presente Orden no se aplicarán en los supuestos siguientes:

a) Contrataciones consideradas relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2.1, apartados a), b), c), d), e), f), h) e i) del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o en otras leyes.

b) Contrataciones de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades empleadoras.

c) Contrataciones realizadas con personas que, en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de formalización del contrato, hubiesen prestado servicios en la misma empresa o grupo de empresas mediante un con-

trato por tiempo indefinido. Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación en el supuesto de vinculación laboral anterior de la persona trabajadora con empresas a las que la entidad empleadora solicitante de los incentivos haya sucedido en virtud de lo establecido en el artículo 44 del citado Estatuto de los Trabajadores.

d) No se aplicarán incentivos a la contratación indefinida cuando se contrate a personas trabajadoras que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato con cualquier otra empresa.

**Art. 21. Obligaciones de las entidades empleadoras beneficiarias.—**

1. Con independencia de las obligaciones específicas contempladas para cada ayuda en esta Orden, y las que expresamente se recojan en la resolución o convenio de concesión, de conformidad con el artículo 14 de la Ley General de Subvenciones, y del artículo 29 de la Ley de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, son exigibles las siguientes obligaciones genéricas:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones.

b) Justificar ante el órgano concedente el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como, en su caso, comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicar al órgano concedente la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades incentivadas. Esta comunicación deberá efectuarse tan pronto como se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos.

e) Acreditar, con anterioridad a la propuesta de resolución de concesión, que se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social y que no tiene deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Al objeto de obtener las citadas acreditaciones se estará a lo dispuesto por los artículos 12.3 y 13.1 de esta Orden.

f) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable a la entidad empleadora beneficiaria en cada caso, así como cuantos estados contables y registros específicos sean exigidos por las bases reguladoras de las subvenciones, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

g) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

h) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 22 de esta Orden.

i) Las entidades empleadoras beneficiarias de las ayudas reguladas en la presente Orden deberán hacer constar, en toda información o publicidad que realicen sobre la actividad objeto de la ayuda, que la misma ha sido incentivada por el Servicio Andaluz de

Empleo de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de las normas que sobre información y publicidad se dicten por la Unión Europea, respecto a las subvenciones financiadas con fondos comunitarios. El incumplimiento de la presente obligación podrá dar lugar al reintegro de las ayudas recibidas.

j) Las entidades empleadoras beneficiarias de las ayudas reguladas en la presente Orden comunicarán a las personas contratadas que dichas contrataciones o la adaptación del puesto de trabajo, han sido incentivadas por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía y , en su caso, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo. A los efectos de seguimiento y control de la citada comunicación, la Consejería de Empleo podrá solicitar, durante el período mínimo de mantenimiento del puesto de trabajo, la acreditación de dicha comunicación a las personas contratadas. El incumplimiento de la presente obligación podrá dar lugar al reintegro de las ayudas recibidas.

2. Asimismo, las entidades empleadoras beneficiarias están obligadas a facilitar información al órgano concedente de la ayuda, así como a facilitar la comunicación y justificantes que le sean requeridos.

Junto a ello, también están obligadas a comunicar al órgano concedente de la ayuda cualquier cambio de domicilio a efectos de notificaciones durante el período en el que la ayuda es reglamentariamente susceptible de control.

**Art. 22. Reintegro.**—1. Además de los supuestos de invalidez de la resolución de concesión establecidos por el artículo 36 de la Ley General de Subvenciones, procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el

momento del pago de la ayuda hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación ola justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 30 de la Ley General de Subvenciones.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión contenidas en las letras i) y j) del apartado 1 del artículo 21 de esta Orden, de conformidad con el apartado 4 del artículo 18 de la Ley General de Subvenciones.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control previstas en los artículos 14 y 15 de la Ley General de Subvenciones, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades empleadoras beneficiarias, así como de los compromisos por éstas asumidos, con motivo de la con-

cesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

g) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades empleadoras beneficiarias, así como de los compromisos por éstas asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

h) Incumplimiento de las normas medioambientales, en su caso, al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte de la entidad empleadora beneficiaria de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniera obligada.

Igualmente, en el supuesto contemplado en último inciso del apartado 1 del artículo 18 de esta Orden procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada, así como la exigencia del interés de demora correspondiente.

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 de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

3. Cuando habiéndose producido circunstancias ajenas a la voluntad de la entidad empleadora beneficiaria de estas ayudas (fuerza mayor o caso fortuito), que determinen un cumplimiento por parte de ésta que se aproxime de modo significativo al cumplimiento total, previa comunicación motivada y acreditación tanto de las citadas circunstancias como de la actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, el órgano concedente determinará la cantidad de dicha ayuda que proporcionalmente habrá de reintegrarse en función del tiempo en que se haya mantenido el puesto de trabajo.

**Art. 23. Dotación presupuestaria.**—La concesión de las ayudas reguladas en los programas de la presente Orden estará condicionada a la existencia de dotación presupuestaria anual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17 de la presente Orden, y se podrán adquirir compromisos de carácter plurianual, de acuerdo con lo previsto en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

**Disposición Adicional Única.**  
*Normativa aplicable.*—Las ayudas a que se refiere la presente Orden, además de lo previsto por la misma, se regirán en todo lo que no se oponga a ésta, por lo establecido en la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo que dispongan las leyes anuales del Presupuesto, por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y por el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, así como por las normas

aplicables de la Ley General de Subvenciones y de la Ley de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

**Disposición Derogatoria Única.**

*Derogación de normativa anterior.*—Queda derogada la Orden de 24 de junio de 2002, de desarrollo del Decreto 141/2002, de 7 de mayo, sobre incentivos, programas y medidas de fomento a la creación de empleo y al auto-empleo, así como todas las disposiciones de igual o inferior rango de la Consejería de Empleo que establezcan incentivos a la contratación indefinida y se opongán a la presente Orden, y expresamente la Orden de 10 de junio de 2002, la Orden de 12 de febrero de 2003 y la Orden de 15 de mayo de 2003.

**Disposición Transitoria Única.**

*Período transitorio.*—1. Excepcionalmente, a partir del día siguiente al de la publicación de la presente Orden en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y hasta el último día del mes de septiembre de 2005, podrán solicitar las ayudas reguladas en ella las siguientes entidades empleadoras:

a) Entidades empleadoras que hayan formalizado nuevas contrataciones de carácter indefinido desde el 1 de enero de 2005 y hasta el 24 de junio del mismo año y cumplan los requisitos establecidos en esta Orden, excepto el recogido por los artículos 6.1 y 8.1 de la misma.

b) Entidades empleadoras que hayan formalizado nuevas contratacio-

nes de carácter indefinido desde el 25 de junio de 2005 hasta el 31 de agosto del mismo año y cumplan los requisitos establecidos en esta Orden, incluido el recogido por los artículos 6.1 y 8.1 de la misma.

c) Entidades empleadoras que hayan formalizado transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos desde el 1 de enero de 2005 hasta el 31 de agosto del mismo año y cumplan los requisitos establecidos en esta Orden.

2. Las contrataciones de carácter indefinido y transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos formalizadas a partir del primer día del mes de septiembre de 2005 se registrarán por los plazos establecidos en el artículo 14 de la presente Orden.

**Disposición Final Primera.** *Desarrollo normativo y ejecución.*—Se faculta a la dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la ejecución de la presente Orden en el ámbito de sus competencias específicas.

**Disposición Final Segunda.** *Entrada en vigor.*—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 21 de julio de 2005

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo

