



TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

78

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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



CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

VOCALES

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

COMITÉ DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

SECRETARIO

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

Suscripciones y distribución:

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

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

mazuecos@comares.com

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

DISEÑO: Manuel Jesús Jiménez López

DEPOSITO LEGAL: SE-1.077/96

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

Imprime: EDITORIAL COMARES



TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
N.º 78/2005

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- El RDL 3/2004, de 25 de junio: una nueva regulación del salario mínimo interprofesional y el establecimiento de un nuevo indicador de prestaciones sociales 11
ANTONIO J. VALVERDE ASENCIO
- ¿Qué hay de nuevo, viejo? Análisis macroscópico del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio 43
RICARDO P. RON LATAS
- La reforma del despido de trabajo en Alemania: una nueva incursión flexibilizadora sobre los mecanismos de salida del mercado de trabajo. 69
OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA
- El personal investigador en formación ¿becarios o trabajadores? 95
JOSEP MORENO GENÉ

2. MERCADO DE TRABAJO

- Aspectos económicos y jurídicos de la inmigración en España 139
MANUEL JAÉN GARCÍA
ENCARNACIÓN GARCÍA RUIZ
- Informe trimestral sobre el Mercado de Trabajo en España y Andalucía (tercer trimestre) 161
SANTOS M. RUESGA BENITO, JOSÉ L. MARTÍN NAVARRO
Y CARLOS RESA NESTARES

**3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA****PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA**

Universidad de Cádiz

Prejubilados en el censo para elecciones de órganos representativos de
trabajadores 193

MARÍA DEL JUNCO CACHERO

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

La acumulación de las horas de lactancia en un mes de permiso: una
opción del trabajador 203

MARGARITA ARENAS VIRUEZ

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

La protección de la dependencia en enfermedades terminales 219

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

Reafirmación del derecho a la tutela judicial efectiva desde el error pa-
tente por la inadmisión de una prueba y consideraciones a la prueba
electrónica de reproducción de voz en los procedimientos de vulnera-
ción de derechos fundamentales 235

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

4. INFORMES Y DOCUMENTOS

La negociación colectiva en Andalucía durante 2004 245

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓNDECRETO 528/2004, de 16 de noviembre, por el que se modifica el
Reglamento General de Ingreso, Promoción Interna, Provisión de Pues-
tos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Ad-
ministración General de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto
2/2002, de 9 de enero

BOJA núm. 232, de 26 de noviembre de 2004 282

DECRETO 567/2004, de 21 de diciembre, por el que se establecen ayu-
das sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas de viu-
dedad

BOJA núm. 254, de 30 de diciembre de 2004 294



Índice

7

DECRETO 568/2004, de 21 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas de carácter extraordinario a favor de ancianos y enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo, beneficiarios de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos BOJA núm. 254, de 30 de diciembre de 2004	297
DECRETO 569/2004, de 21 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas BOJA núm. 254, de 30 de diciembre de 2004	298
ORDEN de 15 de octubre de 2004, por la que se modifica la de 29 de julio de 1996, sobre jornadas y horarios en la Administración General de la Junta de Andalucía BOJA núm. 212, de 29 de octubre 2004	300
ORDEN de 22 de noviembre de 2004, por la que se modifican determinados artículos de la Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, y empresas calificadas como I+E dirigidas al Fomento del Desarrollo Local BOJA núm. 232, de 26 de noviembre de 2004	302
ORDEN de 18 de noviembre de 2004, por la que se modifica la de 17 de febrero de 2004, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas consistentes en el abono de las cuotas a la Seguridad Social a los/as trabajadores/as que hayan percibido la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por la cuantía total a que tuvieran derecho en el momento de la capitalización BOJA núm. 240, de 10 de diciembre de 2004	313

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







EL RDL 3/2004, DE 25 DE JUNIO: UNA NUEVA REGULACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL Y EL ESTABLECIMIENTO DE UN NUEVO INDICADOR DE PRESTACIONES SOCIALES

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

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

EXTRACTO

El RDL 3/2004, de 25 de junio, establece una nueva regulación indirecta del SMI aportando, como elemento principal, el establecimiento de un nuevo indicador de renta, el denominado Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), para distinguir dos parámetros de renta. Por un lado, a efectos, en principio, estrictamente laborales y previamente determinados, el SMI; y, por otro, con efectos más amplios y con carácter residual, el IPREM.

Es cierto que la distinción de indicadores de renta tal como las plantea el RDL 3/2004 ha sido, desde hace unos años, una propuesta de los agentes sociales para dignificar, incrementándola, la cuantía del salario mínimo interprofesional. En este sentido, si se admite como algo indiscutible que el incremento del salario mínimo sólo se produciría si se le evitaba del lastre que podría suponer en el gasto público su vinculación como índice de renta de múltiples efectos, parece saludable establecer la disgregación planteada, «racionalizar» en el sentido expuesto y disponer un doble indicador de rentas. Pero, por otra parte, vincular lo anterior a la consecución del mandato constitucional de garantizar una retribución suficiente puede crear cierta insatisfacción si ello se hace a costa de otras prestaciones sociales y, en particular, de las prestaciones por desempleo; cuya vinculación al IPREM (en cuanto a la determinación de su cuantía) se intenta paliar originalmente, pero que en una progresión donde se abrirá necesariamente la brecha entre SMI e IPREM (como ya lo demuestra el RD 2388/2004) conllevará necesariamente la disminución de poder adquisitivo del subsidio por desempleo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA JUSTIFICACIÓN DEL NUEVO INDICADOR PÚBLICO DE RENTA DE EFECTOS MÚLTIPLES
 - 2.1. La garantía del derecho a la remuneración suficiente
 - 2.2. La necesidad de reconducir el SMI a efectos exclusivamente laborales
 - 2.3. La necesidad de incrementar la cuantía del SMI
3. LAS PREVISIONES DEL RDL 3/2004
 - 3.1. La vinculación exclusiva del SMI a efectos laborales y la creación del IPREM
 - 3.2. El mantenimiento inicial de la regulación del SMI
 - 3.3. La vinculación del SMI a temas laborales: enumeración de las materias referidas
 - 3.4. La vinculación al SMI en el ámbito de Seguridad Social
 - 3.5. En particular en materia de desempleo: reglas específicas sobre el indicador de rentas a aplicar
4. EL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL RDL 3/2004
5. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

El RDL 3/2004, de 25 de junio, establece una nueva regulación indirecta del SMI aportando, como elemento principal, el establecimiento de un nuevo indicador de renta, el denominado Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), para distinguir dos parámetros de renta. Por un lado, a efectos, en principio, estrictamente laborales y previamente determinados, el SMI; y, por otro, con efectos más amplios y con carácter residual, el IPREM.

Sin duda, la primera cuestión que se plantea es cuál es la auténtica justificación de esta distinción de parámetros de renta.

La propia Exposición de Motivos del RDL 3/2004 apunta, en primer lugar, como fundamento la necesidad de garantizar la consecución del derecho de los trabajadores constitucionalmente reconocido (art. 35) a una «remuneración suficiente» para satisfacer sus necesidades y las de su familia, renovando, sin duda, el debate sobre el contenido del derecho a una remuneración suficiente recogido en el artículo 35 de la Constitución.

No obstante, y sin perjuicio de la importancia que tiene evidentemente el derecho a una remuneración suficiente y al debate consiguiente sobre si se atiende (sobre si se ha atendido) suficientemente o no tal derecho¹, más

¹ Además de sobre la legitimación de garantizar tal derecho a través de un salario mínimo interprofesional de carácter estatal. Al respecto, es obligada la cita de la STC 31/1984, de 7 de marzo, donde el Tribunal Constitucional, al hilo del planteamiento sobre la afectación o no del principio de igualdad al establecer un salario mínimo distinto por edad, reflexiona sobre la «legitimidad» de establecer un salario mínimo de carácter estatal.

acorde con la verdadera intención de la norma parece el siguiente fundamento en que parece justificarse la misma.

En este sentido, la aludida racionalización de la regulación del SMI —tal como aparece en la rúbrica del RDL—, que exige distinguir sus efectos de ámbitos estrictamente no laborales, puede plantear la justificación de necesitar otros parámetros de renta. Si la escasa cuantía del SMI en nuestro país se ha fundamentado en las repercusiones que desde un punto de vista macroeconómico podría conllevar una subida importante del mismo —precisamente por las implicaciones no laborales del mismo—², el establecimiento de este nuevo índice de renta debería solventar, como así declara la norma, tal reticencia. Por ello, la propia norma parte como fundamento de la misma, según su propia Exposición de Motivos, «*dignificar la cuantía del SMI*», evitando que se «*produzcan efectos perturbadores en la economía en general y en la de las administraciones Públicas*» en particular.

Por otra parte, el RDL 3/2004 no produce en realidad modificación alguna en la regulación del SMI. Mantiene el mismo régimen jurídico del mismo, las mismas reglas de cálculo (salvo, obviamente, en lo que se refiere a la determinación de su cuantía oficial) y las mismas normas de absorción y compensación. La alteración del régimen jurídico del SMI es una cuestión sometida a otro debate como bien es conocido que bien puede entenderse iniciado con la regulación de este RDL 3/2004, pero que no plantea y que deja al ámbito de una concertación social que lejos de producirse ha conllevado el abandono aparente, por el momento, de las intenciones del Gobierno de modificar o de instar la modificación del régimen jurídico del Salario Mínimo Interprofesional y de los parámetros que sirven para determinar su cálculo.

Sí se plantea un régimen transitorio relativamente complejo, que pretende no alterar las reglas preestablecidas en la negociación colectiva cuando ésta haya tomado como cálculo o como índice de referencias para determinadas partidas salariales el SMI. En estos casos, se mantiene no sólo la vigencia de dicho SMI calculado conforme los antecedentes de esta norma, sino que será actualizado conforme las previsiones del IPC. Se crea así, un tercer índice, implícito, de referencia, con reglas de cálculo propias y autónomas que tendrán que tenerse en cuenta (como de hecho están presentes expresamente en la Disposición Transitoria Única del RD 2388/2004, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2005³). Un tercer índice que puede ser, incluso, distinto de aquél previsto

² Confr. en este sentido, GARCÍA PERROTE ESCARTÍN; «El salario mínimo interprofesional»; en AA.VV. (de la Villa Gil coord.); «Estudios sobre el salario», ACARL, 1993; págs. 313 y ss.

³ Cuyo primer apartado dispone: «De conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la

para las relaciones privadas o en «normas no estatales», donde la referencia va a ser el salario mínimo interprofesional previsto originalmente en 2004 (antes de la reforma del RDL 3/2004) incrementado no en la previsión del IPC, sino en el mismo incremento previsto para el IPREM; incremento que no tiene por qué ser igual pero que sí identificaría tal nivel de renta de referencia al mismo IPREM —al partir su cuantía de la prevista originalmente para el salario mínimo interprofesional antes de la entrada en vigor del RDL 3/2004—.

En definitiva, nos encontramos con una nueva norma cuyo aspecto esencial está en la introducción de un nuevo parámetro de renta que se aplicará con carácter general para todos aquellos efectos no laborales a los que se vincula el salario mínimo interprofesional. Este nuevo índice de renta permite, según la opción legislativa adoptada, una subida importante del aquél; que se reiterará con el Real Decreto 2388/2004, que, según su propia Exposición de Motivos, «supone avanzar en el desarrollo de la estrategia de dignificación del salario mínimo interprofesional que viene impulsando el Gobierno con el consenso de los interlocutores sociales, cuyo primer paso fue la aprobación del Real Decreto-ley 3/2004...»; y que, finalmente, intenta no interferir en las normas convencionales previas (tampoco en las relaciones privadas o en disposiciones generales de administraciones públicas no estatales) a través del establecimiento de un complejo régimen transitorio que no toma en cuenta las reglas de variabilidad normativa generalizadas en la negociación colectiva.

El que la delimitación de efectos de uno y otro parámetro de rentas (SMI e IPREM respectivamente) respete realmente la filosofía previamente planteada, el que se justifique el establecimiento de la medida a través de una norma urgente como el Decreto Ley (de nuevo en el ámbito del Derecho del Trabajo⁴) y que se obvien otros mecanismos posibles (la posible subida del salario mínimo interprofesional de conformidad con lo previsto en el propio art. 27 del Estatuto de los Trabajadores) son cuestiones que sugiere una norma como la presente. Una norma, que pese a lo declarado previa-

regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, en los convenios colectivos vigentes el 1 de julio de 2004 cuya vigencia continúe durante 2005, que utilicen el salario mínimo interprofesional como referencia par determinarla cuantía o el incremento del salario base o de complementos salariales, las cuantías del salario mínimo interprofesional se entenderán referidas, durante 2005, a las que estaban vigentes en la fecha de entrada en vigor del citado Real Decreto-ley 3/2004 incrementadas en un 2 por 100, previsión y objetivo de inflación utilizados en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2005, salvo que las partes legitimadas acuerden otra cosa».

⁴ Una crítica a este respecto en GARCÍA MURCIA; «Del salario mínimo al IPREM: el nuevo indicador para las prestaciones y ayudas sociales»; *Relaciones Laborales* núm. 20/2004; págs. 18 y ss.



mente, establece, como hemos dicho, una serie de disposiciones transitorias que pretender evitar una afectación inmediata de la primera consecuencia que persigue: la subida del salario mínimo interprofesional.

Vamos a ver, en estas líneas, el contenido de este RDL 3/2004, partiendo del fundamento que ha justificado, según el Gobierno, la misma, deteniéndonos, siquiera brevemente, en su presentación y aludiendo a los aspectos más destacables que plantea.

2. LA JUSTIFICACIÓN DEL NUEVO INDICADOR PÚBLICO DE RENTA DE EFECTOS MÚLTIPLES

2.1. La garantía del derecho a la remuneración suficiente

Como recuerda la Exposición de Motivos del RDL 3/2004, el art. 35 de la Constitución reconoce, dentro del derecho al trabajo, el derecho de los trabajadores a percibir «una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia».

Esta referencia constitucional⁵ plantea, no obstante, además del debate sobre su concreción⁶ —quizá insatisfactoria en relación con otros textos constitucionales u otros textos internacionales⁷—, la vinculación evidente entre la misma y la determinación del salario mínimo (frente a conceptos próximos pero distintos como los de «salario justo»⁸ o «salario equitativo»⁹); una

⁵ Auténtico principio rector de la política económica y social más que derecho fundamental pese a su literalidad y sistemática; en este sentido, con claridad, GARCÍA MURCIA; «Derecho a una remuneración suficiente»; en AA.VV. (Monereo Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida dirs.); *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Comares. Pág. 1202.

⁶ Sobre el tema *vid.* MARTÍNEZ JIMÉNEZ; *El salario mínimo legal*. Universidad de Málaga, 1986: págs. 17 y ss.; específicamente respecto al artículo 35 de la Constitución en págs. 51 y ss.

⁷ Confr. GARCÍA MURCIA; «El derecho a una remuneración suficiente»; cit. pág. 1196.

⁸ GARCÍA MURCIA; «El derecho a una remuneración suficiente»; cit. pág. 1197. Sobre un concepto de qué sea «remuneración suficiente» este autor define a la misma como «un salario que permita ser, por decirlo coloquialmente, un medio de vida y, en su caso, de sostén de la familia»; *op. cit.* pág. 1205.

⁹ Aunque en este caso concreto y si acudimos al texto de la Carta Social Europea, se trate de un concepto global que integra el derecho a una remuneración suficiente; derecho a una remuneración suficiente que delimita con mayor concreción que nuestra Constitución. En este sentido, el artículo 4. Derecho a una remuneración equitativa, de la Carta Social Europea dispone lo siguiente:

«Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las partes contratantes se comprometen:

1. A reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso.

vinculación que hace que sea al Gobierno¹⁰ a quien corresponde determinar efectivamente la «suficiencia» del salario o de la remuneración¹¹ —precisamente a través de la fijación del suelo salarial de contratación— en cuanto que competente para ello de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores y en cuanto que director de la política económica de conformidad con lo previsto genéricamente en el artículo 97 de la Constitución.

Siendo de esta forma, la fijación de un salario mínimo interprofesional más elevado, que se condiciona, como diremos inmediatamente, a la superación de la consideración del SMI como indicador de renta para acceder a determinados beneficios sociales o para la aplicación de determinadas medidas no directamente laborales, halla en este fundamento su justificación primera. Sobre todo porque, como veremos, la cuantía del salario mínimo interprofesional ha perdido poder adquisitivo, está lejos del salario medio en nuestro país, y es muy bajo en relación con los salarios mínimos fijados en el ámbito de la Unión Europea respecto de aquellos países que tienen tal parámetro mínimo de contratación laboral.

De esta forma, el Gobierno, ahora como legislador urgente, intenta equilibrar progresivamente el desfase producido; y lo hace, en primer lugar, no variando las normas sobre el establecimiento del salario mínimo interprofesional, sino a través del establecimiento de un nuevo índice de rentas de efectos múltiples, que libere al SMI de su función precedente de ser indicador de rentas y evite los condicionantes sobre la economía que hasta ahora podría haber justificado su contención y evitado su subida.

Sin embargo, pese a que esta justificación parece evidente, se podrían hacer una serie de consideraciones.

En primer lugar, esta justificación significa el reconocimiento implícito de que hasta el momento el SMI no garantizaba el derecho constitucio-

2. A reconocer el derecho de los trabajadores a un incremento de remuneración para las horas extraordinarias, salvo en determinados casos particulares.

3. A reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor.

4. A reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo.

5. A no permitir retenciones sobre los salarios sino en las condiciones y límites establecidos por las leyes o reglamentos nacionales, o fijados por convenios colectivos o laudos arbitrales.

El ejercicio de estos derechos deberá asegurarse mediante convenios colectivos libremente concertados, por los medios legales de fijación de salarios, o mediante cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales».

¹⁰ Al «legislador» para GARCÍA MURCIA; *op. cit.* pág. 1204.

¹¹ Sin que quepa fiscalizarlo por los tribunales. Sobre el tema confr. la STS de 24 de julio de 1991 a la que alude, en este tema, GARCÍA PERROTE ESCARTÍN; *op. cit.* págs. 325 y ss.

nalmente reconocido. La escasa cuantía, en nuestra opinión, del SMI no dejaba dudas en este sentido, pero hasta ahora no había sido objeto de un reconocimiento tan expreso por parte de quien, en definitiva, tenía la competencia para establecer la cuantía del SMI según lo dispuesto en el art. 27 del Estatuto de los Trabajadores.

En segundo lugar, aunque en la norma legal queda como algo indiscutible, siempre se puede plantear si realmente era imprescindible separar los indicadores o parámetros de renta para asumir una subida del SMI. Porque, de otra forma, habría que analizar si los efectos sobre los que actúa el nuevo IPREM no afecta, siquiera indirectamente, también a este derecho constitucional. Efectivamente, si se toma como parámetro el IPREM en materias tales como el acceso a determinadas prestaciones o ayudas de contenido social, a la determinación de la cuantía embargable del salario, etc. sin duda también puede estar en cuestión la efectividad del objetivo perseguido de garantizar en lo posible el derecho a obtener un salario suficiente.

Es cierto que la referencia a una «remuneración suficiente» centra en el ámbito estrictamente salarial el reconocimiento de este «derecho»¹²; sin embargo, desde una perspectiva más general, teniendo en cuenta principios como los reconocidos en el artículo 41 de la Constitución (recuérdese: «*los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo...*»), se plantea la exigencia de extender este criterio de «suficiencia» también a las prestaciones sociales, de Seguridad Social si se quiere, y especialmente las de desempleo. Ello no se toma en cuenta en esta regulación; antes al contrario. Por ello, siempre cabe plantearse, desde esta perspectiva, si tiene justificación la distinción propuesta si, de forma directa o indirecta como hemos visto, el IPREM condiciona o alude a determinados aspectos de renta sobre los que también habría que predicar su «suficiencia»¹³.

Por todo lo anterior, puede llamar la atención, en cierta medida, que este sea el fundamento primero al que acude la Exposición de Motivos del RDL 3/2004 y que justifica, en definitiva, la denominada «racionalización» que pretende la norma al distinguir dos indicadores de rentas.

Como decimos, la difícil concreción del «derecho» a una remuneración suficiente reconocido constitucionalmente en el artículo 35; su relación con

¹² En este sentido, GARCÍA MURCIA; «Derecho a una remuneración suficiente»; cit. págs. 1203 y 1204.

¹³ Sobre la suficiencia de las prestaciones por desempleo, confr. QUESADA SEGURA; *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*; Mergablum - CARL, 2004; págs. 143 y ss.

la suficiencia en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social que menciona el artículo 41 (a la que podría sumarse la mención del artículo 50 del texto constitucional); y el papel que en ello juega el Gobierno, no sólo como legislador urgente en este caso, sino como titular de la política y competente en la fijación y determinación del SMI conforme la regulación legal del mismo, que en este caso reconoce explícitamente la insuficiencia de la cuantía del salario mínimo precedente (y, por tanto, ¿también a las prestaciones mínimas de desempleo que se calcula tras el RDL 3/2004 conforme al nuevo indicador de rentas?), hace difícil asumir acriticamente tal fundamento. Al menos, la mención al mismo rememora un debate antiguo que puede extenderse más allá del salario y plantearse respecto a aquellas prestaciones sociales cuyo índice de referencia —en cuanto a su cálculo— deja de ser el salario mínimo interprofesional.

2.2. La necesidad de reconducir el SMI a efectos exclusivamente laborales

Partiendo de lo anterior, puede plantearse la necesidad de hacer la distinción entre rentas de referencia tal como la plantea el RDL 3/2004.

Como decíamos antes, el argumento principal se centra en la necesidad de liberar al SMI de su vinculación como renta de referencia múltiple que se utilizaba, tanto a efectos de determinar el acceso a determinados beneficios o para la aplicación de determinadas medidas de toda índole (educativa, de acceso al beneficio de justicia gratuita, para el acceso a viviendas de protección oficial, a efectos fiscales, ...), como, directamente, para determinar el acceso a determinadas prestaciones de Seguridad Social y para fijar los topes máximos y mínimos de su cuantía. Esta vinculación múltiple, según la propia Exposición de Motivos del RDL 3/2004, hacía que «la repercusión sobre el gasto público» impidiera una subida del salario mínimo por temor, precisamente, a las consecuencias macroeconómicas de la misma¹⁴.

En principio, según la lógica de la norma, la separación de efectos tanto del salario mínimo, como del nuevo indicador de rentas de efectos múltiples, libera a aquél de los condicionantes que evitaban su subida y que evitaban, al tiempo, utilizar como criterio para su incremento otro parámetro que no fuera la previsión de subida del IPC —frente al utilizado tanto en el RDL 3/2004 como en el posterior RD 2388/2004 en la subida del SMI: el índice real de precios al consumo—.

¹⁴ Argumento admitido por los propios sindicatos. Según el documento conjunto de UGT y CC.OO. sobre el salario mínimo para 2001.



El SMI realmente tiene unos escasos efectos exclusivamente laborales. Limitar a estos efectos el salario mínimo como renta de referencia libera, efectivamente, aun con las consideraciones anteriormente hechas, de la presión que supondría sobre los efectos económicos de un incremento de su cuantía. Sin embargo, le incrementa la presión sobre el debate antes planteado sobre su suficiencia, dado que, tal como afirma la Exposición de Motivos, por ejemplo para los trabajadores para los que el salario mínimo interprofesional es su salario de referencia (por no estar bajo convenio colectivo) *«el SMI constituye su retribución efectiva y la única garantía de derecho que reconoce nuestra Constitución a una retribución suficiente»*.

2.3. La necesidad de incrementar la cuantía del SMI

Una serie de datos evidencian efectivamente la necesidad de subir la cuantía del salario mínimo interprofesional.

En primer lugar, la lejanía del salario mínimo interprofesional del salario medio en España ¹⁵. Este dato es, en principio, meramente indicativo, pero, sin duda, tiene una importancia capital para comprender la medida efectiva de referencia del SMI.

En este sentido hay que recordar cómo el Comité de Expertos Independientes encargados de elaborar los informes sobre el cumplimiento de la Carta Social Europea dispone que el salario mínimo no debería ser nunca inferior al 60% del salario medio; un comité de expertos que ya dio un informe negativo de la situación en España en este sentido en su informe de 1997 ¹⁶.

Pero no es éste el único argumento, la cuantía del salario mínimo tiene un efecto directo, quizá lo que sea más tangible, para comprender la situación en que quedan respecto a su poder adquisitivo real los trabajadores no sujetos a convenios colectivos a los que sería de directa aplicación el mismo (incluidos los sujetos a un contrato para la formación). Y ello refleja la clara insuficiencia de la cuantía antecedente del salario mínimo.

¹⁵ Un «coste salarial» por trabajador y mes (criterio que sustituye al concepto salario medio en las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística) que se sitúa en el tercer trimestre de 2004 en 1461,46 € según la «Encuesta Trimestral de Coste Laboral (ETCL). Tercer Trimestre de 2004». Publicada por el Instituto Nacional de Estadística el 17 de diciembre de 2004. INEbase - www.ine.es.

¹⁶ Ya en el documento conjunto de UGT y CC.OO. sobre el salario mínimo para 2001 se destaca cómo en 2000 el salario mínimo estaba alejado en un 34 % de la recomendación derivada de la Carta Social Europea. Ahora, en el documento sobre «Criterios y Orientaciones relativas al salario mínimo interprofesional...» antes citado se alude a tal porcentaje para justificar el necesaria incremento del mismo y la reforma de su régimen legal.



Por todo ello, la iniciativa planteada de incrementar la cuantía del salario, independientemente del debate sobre su urgencia real y sobre el instrumento legislativo utilizado ¹⁷, responde a una necesidad evidente.

Pero, en segundo lugar, la lejanía del salario mínimo interprofesional de la cuantía fijada para los salarios mínimos en el contexto europeo (en aquellos países donde se acude a tal instrumento de mínimo de contratación). Efectivamente, la diferencia entre la cuantía del salario mínimo en España de otros países como Francia, Reino Unido, etc., sólo por encima del salario mínimo establecido en países como de nuevo ingreso en la Unión Europea (y Portugal) ¹⁸, hace que la necesidad de incrementar su cuantía sea también evidente. Sobre todo en un contexto europeo que debería tender hacia la uniformidad de las relaciones laborales, de los costes sociales y de la equiparación retributiva en un ámbito de unidad económica y monetaria que tiende a equiparar los costes de vida.

En tercer lugar, la utilización reiterada de parámetros para su subida exclusivamente formales o apriorísticos (como la previsión oficial del índice de precios al consumo) alejados de la realidad (el crecimiento real del IPC) ha supuesto, como reconoce expresamente la Exposición de Motivos del RDL 3/2004, una progresiva pérdida del poder adquisitivo del SMI. Ello supone un alejamiento progresivo de los anteriores índices que podrían servir de referencia, incrementando su distancia y, por ende, dejando al SMI en una situación compleja respecto de su propia efectividad y suficiencia.

Sin embargo, la subida del SMI que dispone el RDL 3/2004 no se hace alterando el marco normativo de fijación del mismo; esto es, lo dispuesto en el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores, que mantiene los mismos criterios originarios para la determinación de su cuantía por parte del Gobierno ¹⁹. De esta forma, la subida de la cuantía del salario mínimo que dispone el RDL 3/2004, así como la que dispone el RD 2388/2004, que acude al mismo parámetro real, representan una opción política determinada del Gobierno ²⁰ de llevar la cuantía mensual del SMI hasta los 600 € en

¹⁷ Confr. en este sentido GARCÍA MURCIA; cit. antes.

¹⁸ Si atendemos al Boletín UE 4-2003 (<http://Europa.eu.int/abc/doc/off/bull/es/200301/p103008.htm>) nos encontramos con que, en 2003, el salario mínimo interprofesional de España estaba por debajo de Bélgica, Grecia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido e incluso Malta. Respecto a los primeros citados la diferencia (salvo Grecia) era del doble o más del doble.

¹⁹ Un análisis sobre los mismos, por ejemplo, en GARCÍA PERROTE ESCARTÍN; *op. loc. cit.*

²⁰ Consensuada inicialmente en el documento «Competitividad, empleo estable y cohesión social. Declaración para el diálogo social 2004», firmado por el Presidente del Gobierno, los presidentes de CEOE y CEPIME y los Secretarios Generales de CC.OO. y UGT. Según el punto 8) del apartado III («Ámbitos del diálogo social»), «El Salario Mínimo Interprofesional

2008²¹, no una opción legislativa pese a que el instrumento elegido tenga rango legal²².

En este sentido, es necesario vincular el contenido del RDL 3/2004 con los proyectos del Gobierno de modificar el régimen legal del SMI a través de la reforma del art. 27 del Estatuto de los Trabajadores²³.

En el aludido documento «Criterios y Orientaciones relativas al salario mínimo interprofesional (SMI) y al indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) durante el período 2005-2008» el Gobierno propone a los agentes sociales una serie de aspectos sobre los que descansaría la reforma pretendida del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores.

Estos aspectos son los siguientes:

- «1.º Una definición o concepto del SMI en su función de garantía retributiva mínima de los trabajadores por cuenta ajena.
- 2.º La previsión de la revisión anual del SMI.

(SMI) se ha situado, como consecuencia de su evolución en los últimos años, en unos niveles que cada vez se alejan más de la proporción que con respecto del salario medio (60%) se recomienda por la Carta Social Europea. El Gobierno, ya ha iniciado el proceso de recuperación escalonada del SMI hasta alcanzar, al final de la presente legislatura, la cuantía de 600 euros mensuales. Y, junto a ello, ha abordado el proceso de desvinculación del SMI de la definición de políticas de transferencias de rentas sociales que incluyen al sistema de protección por desempleo. Queda pendiente abordar, con las partes sociales que han sido consultadas, el proceso de revisión futura del SMI a lo largo de los próximos años, los criterios que podrían tenerse en cuenta para la revisión del IPREM y los cambios que deben producirse en la regulación sustantiva del SMI». En este contexto el Gobierno lanza en diciembre de 2004 el documento sobre «Criterios y orientaciones relativas al salario mínimo interprofesional (SMI) y al indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) durante el período 2005-2008»; y es, en este ámbito, por ahora paralizado, de negociación de la reforma del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores donde se sitúan los parámetros utilizados para la subida del SMI.

²¹ Tal como aparece en los documentos antes citados. Dicho objetivo se lograría en el período 2005-2008.

²² Lo que hace que GARCÍA MURCIA se plantee por qué simplemente no se acude a la vía del Decreto para incrementar la cuantía del salario mínimo, una modificación por Decreto que puede tener carácter semestral recordando lo dispuesto en el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores. Así, en «Del salario mínimo...», cit. pág. 20.

²³ Como afirma la Exposición de Motivos del RDL 3/2004 y como recuerda el documento del Gobierno sobre la reforma del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores: «Debe señalarse, con todo, que la estrategia para dignificar la cuantía del SMI y para recuperar su función como garantía salarial mínima de los trabajadores no se agota con las medidas que se incluyen en este Real Decreto Ley. El gobierno y los agentes sociales habrán de concretar, en el marco del diálogo social, cuestiones tales como la evolución que vaya a tener el SMI a lo largo de esta legislatura, los criterios que podrían tenerse en cuenta para la revisión del IPREM y para la reforma del artículo 27 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para asentar sobre nuevas bases la determinación anual del SMI por el Gobierno y para evitar que se produzcan pérdidas de su poder adquisitivo».

3.º Una redefinición de los criterios para la determinación del SMI entre los que, dada su naturaleza estrictamente salarial, debería también introducirse algún criterio sobre evolución de los salarios.

En concreto, deberían introducirse la evolución del salario medio y el aumento salarial medio de los convenios colectivos.

4.º Una cláusula cuya aplicación, al tiempo de la determinación, garantice en todo caso el mantenimiento del poder adquisitivo del SMI.

5.º Como consecuencia de esos nuevos criterios, parece razonable la supresión de la actual posibilidad de revisión semestral, que, por otra parte, no ha sido aplicada nunca como tal».

Lo que resultaría una propuesta de modificación de la norma citada del siguiente tenor:

«1. El salario mínimo interprofesional constituye la garantía salarial mínima de los trabajadores por cuenta ajena en cualquier sector de actividad, sin que se pueda percibir un salario por el trabajo por debajo de su cuantía.

2. Anualmente, con efectos desde el 1 de enero, previo periodo de consultas con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, el Gobierno fijará la cuantía del salario mínimo interprofesional teniendo en cuenta, de forma conjunta, los siguientes factores:

- a) El índice de precios de consumo.
- b) La productividad media nacional alcanzada.
- c) El aumento salarial medio de los convenios colectivos.
- d) El salario medio y su relación con el salario mínimo interprofesional.
- e) La coyuntura económica general.

3. Teniendo en cuenta lo señalado en el apartado anterior, la revisión anual del salario mínimo interprofesional deberá garantizar en todo caso el mantenimiento de su poder adquisitivo. A tal efecto, cuando la variación del índice de precios de consumo publicado en los doce meses anteriores al momento de su entrada en vigor fuese superior al aumento que hubiera experimentado el salario mínimo interprofesional en el año en curso se procederá a la correspondiente actualización de su cuantía con la diferencia existente, fijándose el incremento para el ejercicio siguiente sobre la cuantía resultante de dicha actualización.

4. La fijación del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando éstos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquél.

5. El salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable».

Pues bien, es evidente, por lo expuesto, que la reforma y los argumentos que se están vertiendo en el proceso de debate de la citada reforma, ante el contenido de la misma, son trasladables al debate que puede suscitarse, en cuanto que antecedente de ésta, el RDL 3/2004. O dicho de otra forma, los



propios argumentos del RDL 3/2004 han de ser encuadrados en un contexto más amplio en la medida en que resulta ser la primera de las medidas de una pretendida reforma más amplia de las reglas que regulan el salario mínimo interprofesional, cuyo incremento se plantea a lo largo de toda la legislatura y que se condiciona al acuerdo con los agentes sociales.

Esto sitúa en su verdadero contexto a la reforma introducida por el RDL 3/2004 que, de alguna forma, recoge ya algunas de las pretensiones de los sindicatos²⁴. Pero, al tiempo, por la paralización o abandono aparente de esta negociación o concertación social —dada la negativa de la patronal a aceptar una revisión automática del SMI— crea cierto elemento de desconcierto en cualquier valoración efectiva sobre la medida planteada de inicio por parte del RDL 3/2004.

En definitiva, los argumentos sobre la insuficiencia de la cuantía del salario mínimo interprofesional y sobre los criterios de su revalorización anual son quizá demasiado evidentes. Por ello quizá, el incremento de su cuantía que plantea tanto el RDL 3/2004 como posteriormente el RD 2388/2004 no admite muchos elementos de discusión más que las incertidumbres que puede plantear el situar el mismo en un contexto de negociación hoy por hoy aparentemente en una situación de *impasse*²⁵.

3. LAS PREVISIONES DEL RDL 3/2004

3.1. La vinculación exclusiva del SMI a efectos laborales y la creación del IPREM

Como hemos dicho antes, el RDL 3/2004 parte de la declaración general de una desvinculación del SMI de otros efectos distintos de los laborales. Así lo declara en la rúbrica del artículo 1 y así lo pretende regular al recoger en esta norma la definición y enumeración (en lo que es una lista tasada) de los efectos a que se vincula efectivamente el SMI (artículo 1.2).

Como decimos, se trata de una lista tasada, frente a lo que sería el indicador de rentas por excelencia para determinar el acceso a cuantas prestaciones, beneficios de carácter social, aplicación de medidas sociales, etc.

²⁴ Tanto el objetivo de que la cuantía del salario mínimo interprofesional alcanzara el 60% del salario medio como, incluso, la vinculación a efectos exclusivamente laborales del SMI. Al respecto confróntese el documento antes citado de UGT y CC.OO. sobre el salario mínimo para 2001.

²⁵ El día 4 de marzo se anunció la firma del acuerdo sobre negociación colectiva para 2005 entre sindicatos y organizaciones empresariales aplazando el debate sobre el salario mínimo interprofesional (por ejemplo *vid. El País* del sábado 5 de marzo; pág. 60).

En este sentido, por si quedaba alguna duda, el artículo 2.3 del RDL 3/2004 dispone claramente que «a partir de la entrada en vigor de este real decreto ley, las referencias al salario mínimo interprofesional contenidas en normas vigentes del Estado, cualquiera que sea su rango, se entenderán referidas al IPREM, salvo las señaladas en el artículo 1 de este real decreto ley y en sus normas de desarrollo»²⁶; esto es, las referencias que a continuación vamos a enumerar.

Para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1 del RDL 3/2004, se crea el indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) como índice de rentas de referencia para determinar bien la cuantía, bien los requisitos de acceso de determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos.

En principio, aquí, el IPREM serviría como indicador o índice de rentas residual, genérico si se quiere, frente a los efectos tasados —fundamentalmente laborales— del SMI.

Es más, la referencia o remisión al SMI contenido en las distintas normas antes de la entrada en vigor del RDL 3/2004 se han de entender hecha al nuevo indicador salvo para los efectos enumerados en el artículo 1 y salvo las referencias expresas en materia de prestaciones por desempleo a que se refiere el artículo 3.

La cuantía fijada para el IPREM inicialmente coincide, como no podría ser de otra forma, con la cuantía del SMI en ese momento; y se distingue entre una cuantía diaria, mensual y anual, diferenciando a su vez, en este último caso, si se incluyen o no la prorrata de las pagas extraordinarias que corresponden (teniendo en cuenta, en este caso, que para el acceso a determinadas prestaciones o beneficios sociales puede diferenciarse entre una y otra cuantía, teniendo en cuenta, en su cálculo la parte proporcional de pagas extraordinarias o no).

En definitiva, el IPREM sirve, como decíamos, como módulo de cálculo de todas aquellas prestaciones, beneficios sociales, determinación de actividades, etc. dispuestas por la norma estatal y que no estén referidas al SMI de conformidad con los artículos 1 y 3 del RDL 3/2004. Así lo dispone, como decíamos, el apartado 3 del artículo 2 del RDL 3/2004; pero, además, será este el indicador de referencia en las disposiciones de carácter general de administraciones inferiores, siempre respetando la posibilidad de que ésta puedan «fijar indicadores propios en el ejercicio de las competencias que constitucionalmente les corresponda».

²⁶ No sólo las normas de carácter estatal, si atendemos a lo dispuesto en el apartado 4 de este mismo artículo 2 y en la Disposición Transitoria 2.ª del RDL 3/2004 también hay que entender referidas exclusivamente al IPREM las disposiciones de carácter general de administraciones de ámbito territorial inferior: comunidades autónomas y administraciones locales.



3.2. El mantenimiento inicial de la regulación del SMI

El apartado 2.º del artículo 4 del RDL 3/2004 dispone de forma taxativa que *«sin perjuicio de la aplicación de las cuantías a que se refiere el apartado anterior, la regulación del salario mínimo interprofesional será la establecida en el Decreto 1793/2003, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2004»*.

Esta norma es curiosa sin duda.

El contenido pretendido por el Gobierno como legislador urgente parece claro. Se refiere a que las normas sobre cálculo, absorción y compensación del salario mínimo, etc. seguirán aplicándose en el momento de entrada en vigor del RDL 3/2004 tal como han sido dispuestas en el Decreto que fijó el SMI originalmente para 2004 —y, en general, conforme los sucesivos decretos sobre SMI—. Lo que supone, en definitiva, que el RDL 3/2004 a estos efectos sólo pretende incrementar la cuantía del mismo y regular su contenido como renta de referencia liberándolo de aquellos efectos no mencionados que serán remitidos al nuevo indicador (IPREM).

Sin embargo, aunque ésta deba ser la interpretación correctora de esta norma, parece que, en este momento, al Gobierno se le olvida que está legislando, no simplemente alterando la cuantía del SMI —que bien podría haberlo hecho por Decreto—. Siendo así, si entendiéramos esta alusión al RD 1793/2003 como una auténtica remisión normativa cómo admitir un cambio futuro en las reglas de cálculo o absorción y compensación del SMI distintas de las previstas en el citado RD por una norma que no tuviera rango legal; por ejemplo, por un nuevo RD que al fijar el SMI intentara variar las reglas citadas.

En definitiva, con respecto a esto, parece clara la intención del legislador urgente pero, en nuestra opinión, cae en una deficiencia técnica que simplemente refleja el doble rol que intenta jugar. Por una parte, efectivamente, de legislar la creación de un nuevo indicador de rentas y de establecer cuáles son sus normas de referencia; pero, por otra, al disponer exclusivamente el incremento de la cuantía del SMI, la función de especificar la función asignada al Gobierno por el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores como titular de la potestad reglamentaria.

En este contexto, el siguiente apartado (3.º) de este mismo artículo 4 aclara que *«las cuantías del salario mínimo interprofesional que se establecen en el apartado 1 se aplicarán desde el 1 de julio hasta el 31 de diciembre de 2004 y se revisarán, para 2005 y años sucesivos, conforme lo dispuesto en el artículo 27 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores»*.

No hay, pues, tal como hemos visto, alteración alguna del marco legal en que se encuadra la fijación de la cuantía del salario mínimo. Como hemos dicho, tal incremento iniciado en el RDL 3/2004 se enmarca en un pro-

ceso de reforma negociada hoy por hoy abandonada aparentemente que pretendía una reforma del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores en los términos expuestos anteriormente.

Sí es destacable, sin perjuicio de que después nos detengamos brevemente en ello, el régimen transitorio previsto en el RDL 3/2004. La Disposición Transitoria del RDL 3/2004 que pretende no alterar las normas convencionales previamente establecidas permite la «congelación» del SMI y la contención de su subida futura conforme no al índice real de precios al consumo sino al IPC estimado cuando se trate de una referencia al mismo por parte de la negociación colectiva. Independientemente de que se deja al margen las muy extendidas previsiones sobre variabilidad normativa de la negociación colectiva, esta previsión supone el tener un nuevo indicador específico para la negociación colectiva entre tanto se mantengan en vigor los convenios colectivos que remitan al SMI antes de la entrada en vigor del RDL 3/2004 y siempre que las partes no se hubieran pronunciado al respecto.

De igual forma, respecto a aquellos pactos privados o respecto a las disposiciones generales de administraciones de ámbito territorial inferior al Estatal, el mantenimiento del SMI antes de la entrada en vigor del RDL 3/2004 (idéntico al IPREM) y su actualización futura conforme las normas de actualización del IPREM —lo que supone cuestionarse por qué no hay una referencia simplemente al IPREM— evita una referencia al SMI actualizado.

3.3. La vinculación del SMI a temas laborales: enumeración de las materias referidas

Según lo dicho anteriormente, la vinculación al SMI ha de entenderse referida exclusivamente a los temas o materias recogidos y citados expresamente en el artículo 1 del RDL 3/2004. Siguiendo la lógica estricta de la norma, se debería tratar sólo de materias de carácter laboral o, si se prefiere, salarial, dado que, tal como se presenta, la lógica del RDL 3/2004 de lo que trata es de desvincular el SMI de cualquier función de indicador de rentas de cuestiones no estrictamente laborales.

De conformidad con la exposición del citado artículo 1 del RDL 3/2004, las materias a que ha de entenderse referido el SMI, o, si se prefiere, las materias a las que aquél ha de servir exclusivamente como indicador de rentas son las siguientes:

«a) El salario del trabajador en los términos y condiciones establecidos en las normas reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

Claramente se refiere a determinadas relaciones laborales de carácter especial donde la normativa reglamentaria que las regula remite al salario mínimo interprofesional cuando regula los derechos de retribución de estos trabajadores. Por ejemplo, el artículo 6 del RD 1424/1985, que regula la relación laboral de carácter especial de los empleados de hogar; cuyo primer apartado remite al salario mínimo interprofesional, como salario aplicable en el ámbito de esta relación.

El anterior es quizá el ejemplo más paradigmático, por las propias peculiaridades de la relación laboral que regula, de la remisión del citado apartado a) del artículo 1 del RDL 3/2004. Pero obviamente no es el único supuesto. En otros supuestos, aunque el salario mínimo no aparezca como salario aplicable directamente, sí hay una alusión al mismo, tanto como parámetro de referencia para el cálculo del salario —tal como ocurre respecto a la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios²⁷—, como suelo de contratación —verdadera función del salario mínimo—, tal como ocurre en los otros supuestos donde la regulación de las relaciones laborales de carácter especial remiten al salario mínimo²⁸.

De una forma o de otra, es obvio el carácter no sólo laboral sino salarial de la remisión al SMI.

De igual contenido podría entenderse la siguiente mención del artículo 1 del RDL 3/2004; tal como dispone el apartado b) de este artículo, ha de entenderse referida al SMI:

«b) La retribución del trabajador contratado para la formación, en los términos del artículo 11.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

²⁷ En este sentido, el artículo 15.2 del RD 782/2001, de 6 de julio, dispone que *«para la determinación de la retribución, se aplicarán los parámetros señalados en el apartado anterior; para cuyo cálculo se tomará de referencia el salario mínimo interprofesional vigente en cada momento...»*.

²⁸ En este sentido, tanto el artículo 7 del RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, como el artículo 16 del RDL 2/1986, de 23 de mayo, que regula la relación laboral de carácter especial de estibadores portuarios, repiten una norma del mismo tenor (respectivamente los artículos 7 y 16 de cada norma) según la cual la retribución será *«...en sus modalidades y cuantía, la pactada en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, con respeto en todo caso, de la normativa sobre salarios mínimos»*. Igual función habría que entender respecto a la regulación de la relación laboral de carácter especial de los minusválidos en centros especiales de empleo en la medida en que el artículo 12 del RD 1368/1985, de 17 de julio remite sin más a los artículos 26 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores (y, por tanto, al artículo 27). Esta norma, además, habría que ponerla en conexión con lo previsto en el artículo 1 del RD 1451/1983 respecto a la posible reducción del salario hasta en un 25% para quienes tengan una incapacidad parcial, siempre y cuando no suponga una reducción del salario por debajo del salario mínimo interprofesional.

Efectivamente, tal como dispone el artículo citado, en su apartado 2.h), la retribución (de los trabajadores contratados para la formación) será la prevista en convenio colectivo, «...sin que, en su defecto, pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo».

Juega, el salario mínimo, por tanto, como suelo de contratación (en función del tiempo de trabajo efectivo del que hay que descontar, cuando menos, el 15 % que se ha de destinar a formación) de esta modalidad de contrato.

También con clara connotación salarial hay que entender la mención del apartado c), aunque, en esta ocasión, desde la perspectiva de los privilegios que legalmente tiene el crédito salarial respecto a otros créditos en supuestos de concurso del empleador. Según la misma, hay que entender referida al SMI:

«c) Las garantías, privilegios y preferencias del salario establecidas en el artículo 32 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como en la legislación procesal civil y en la legislación concursal».

En este sentido, como sin duda es conocido, el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, al regular los privilegios del crédito salarial (al igual que la Ley Concursal, al regular los créditos contra la masa —artículo 84— y los privilegios de los créditos salariales —artículos 90 y 91²⁹—, establece topes que se vinculan al salario mínimo interprofesional. Independientemente de la opinión que pueda merecer el establecimiento de dichos topes (incluso en el privilegio refaccionario) qué duda cabe, aquí también, del carácter salarial de la regulación. Se trata de la extensión del privilegio que en materia concursal se da al crédito salarial.

Esta misma consideración cabría hacer respecto al siguiente apartado del artículo 1 del RDL 3/2004, cuando alude al mecanismo de garantía por excelencia del crédito salarial en los supuestos de insolvencia empresarial; esto es, al Fondo de Garantía Salarial. De esta manera, como no podría ser de otra forma, ha de entenderse referido al SMI:

«d) Los límites de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, en los términos del artículo 33 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

²⁹ Aunque respecto al crédito especial refaccionario no menciona el límite a que alude el Estatuto de los Trabajadores. Confr., en este sentido, el artículo 90.3.º párrafo de la Ley Concursal.

Unos límites de responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial que toman como módulo de referencia el SMI, tanto en lo que se refiere al crédito salarial como al crédito por las indemnizaciones por despido impagadas.

Tal como establece el apartado 1 del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, el citado límite se sitúa en un importe nunca «*superior a la cantidad resultante de multiplicar el duplo de salario mínimo interprofesional diario por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días*», respecto al salario (incluidos los salarios de tramitación) y, de conformidad con el apartado 2 del mismo artículo, con «*el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del duplo del salario mínimo interprofesional*», respecto a las indemnizaciones por despido debidas (igual tope es aplicable en los supuestos de responsabilidad directa del Fondo en caso de despido objetivo en empresas de menos de 40 trabajadores).

También se refiere al SMI, la referencia salarial de qué ha de entenderse por colocación adecuada a los efectos del compromiso de colocación previsto en la Ley General de Seguridad Social respecto de la prestación por desempleo. Así, el apartado e) del artículo 1 del RDL 3/2004, dispone que se referirá al salario mínimo:

«e) El salario correspondiente a una colocación para que esta sea considerada adecuada a los efectos de la protección por desempleo, según lo dispuesto en el último párrafo del artículo 231.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio».

Como sin duda es conocido, esta norma regula el compromiso de actividad, requisito del acceso a las prestaciones por desempleo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley General de Seguridad Social; un compromiso de actividad definido en el artículo 213.2 de dicho cuerpo legal como aquel «*...que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo*» y que impide rechazar una colocación adecuada, definiéndose la misma como «*...la profesión demandada por el trabajador y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas*» (artículo 213.3.1.º párrafo) y siendo, a su vez, ésta, la colocación que «*...se ofrezca en la localidad de residencia habitual del trabajador o en otra localidad situada en un radio inferior a 30 kilómetros desde la localidad de la residencia habitual, salvo que el trabajador acredite que el tiempo mínimo para el des-*

plazamiento, de ida y vuelta, supera el 25 por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo, o que el coste del desplazamiento supone un gasto superior al 20 por ciento del salario mensual, o cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar de nuevo empleo» y que reúna unos requisitos de contratación y de retribución similares a la colocación precedente («La colocación que se ofrezca al trabajador se entenderá adecuada teniendo en cuenta la duración del trabajo, indefinida o temporal, o de la jornada de trabajo, a tiempo completo o parcial. Además dicha colocación para entenderse adecuada deberá implicar un salario equivalente al aplicable al puesto de trabajo que se ofrezca, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho el trabajador, o aunque se trate de trabajos de colaboración social»).

Siendo así, la propia Ley General de Seguridad Social dispone que «el salario correspondiente a la colocación para que ésta sea considerada adecuada no podrá, en ningún caso, ser inferior al salario mínimo interprofesional una vez descontados de aquél los gastos de desplazamiento»; aludiendo, en este caso, al salario mínimo no ya como retribución sino como mínimo de renta asumible por el trabajador para entender la oferta de colocación como adecuada.

El siguiente apartado remite al salario mínimo interprofesional:

«f) La cuantía máxima del anticipo al que tiene derecho el trabajador que haya obtenido a su favor una sentencia en la que se condene al empresario al pago de una cantidad y contra la que se haya interpuesto recurso, conforme al artículo 287.3 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril».

Según esta norma, dicha cantidad tiene una doble limitación. Por una parte, su máximo total no podrá superar el 50 por ciento del importe reconocida en la sentencia; y, por otra, dicha cantidad «no podrá exceder anualmente del doble del salario mínimo interprofesional fijado para trabajadores mayores de dieciocho años, incluida la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias, vigente durante su devengo». Esto es, el SMI anual, que incluye tal parte proporcional de las pagas extraordinarias, vigente durante el devengo de la cantidad reconocida en instancia.

Se trata, pues, de una cuantía de carácter laboral, no necesariamente de carácter salarial —la reclamación de cantidad puede derivar de otros devengos no estrictamente salariales—, que toma como referencia el salario mínimo y que el Gobierno aún entiende que debe referirse al salario mínimo.

Con un carácter aún más distante de lo que sería propiamente salario (entendido en su sentido más estricto de contraprestación del trabajador) o crédito salarial, el siguiente apartado de este artículo 1 se refiere a una ma-



teria donde la alusión al salario mínimo, aunque tenga un contenido laboral, presenta otras connotaciones.

Efectivamente, según el apartado siguiente, debe entenderse referido al salario mínimo interprofesional:

«g) El importe de la garantía financiera que deben constituir las empresas de trabajo temporal, en los términos establecidos en el artículo 3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal».

En este caso, la Ley de Empresas de Trabajo Temporal dispone la obligación de establecer una garantía financiera previa al funcionamiento de éstas. Esta garantía financiera, cuya base de cálculo es el salario mínimo interprofesional para la primera autorización, tiene como fundamento garantizar el pago de salarios de los trabajadores de la Empresa de Trabajo Temporal. Por ello, su cálculo tiene como base la «masa salarial» del ejercicio anterior de la misma cuando se trata de autorizaciones administrativas subsiguientes. Pero no hay una relación directa e inmediata con la retribución de los trabajadores. Podría haberse tomado cualquier otro módulo de referencia. Sin embargo, en esta ocasión y seguramente por la justificación aludida, se sigue manteniendo la referencia al SMI para, de esta forma, acompañar la cuantía de tal garantía a las subidas del propio salario mínimo interprofesional.

Desde una perspectiva distinta, el siguiente apartado dispone como índice de referencia el salario mínimo interprofesional para establecer:

«h) Los límites de referencia de las compensaciones mínimas que corresponden a los socios de trabajo y a los socios de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, en los términos establecidos, respectivamente, en los artículos 13.4 y 97.5 de la Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas»

Según la primera de las normas citadas en este apartado, en su tercer párrafo, se establece que, en el caso de admisión de socios de trabajo, «...las pérdidas determinadas en función de la actividad cooperativizada de prestación de trabajo, desarrollada por los socios de trabajo, se imputarán al fondo de reserva y, en su defecto, a los socios usuarios, en la cuantía necesaria para garantizar a los socios de trabajo una compensación mínima anual igual al setenta por ciento de las retribuciones satisfechas en la zona por igual trabajo y, en todo caso, no inferior al importe del salario mínimo interprofesional».

Esta norma, pues, al igual que hace el citado artículo 97.5 de la misma Ley respecto a las Cooperativas de Explotación Comunitaria de la Tierra, establece un límite a la responsabilidad de los socios de trabajo en las Co-

perativas. Su vinculación al SMI se mantiene en su consideración de límite de rentas o de ingresos en este caso.

Más clara es el carácter salarial de la siguiente remisión al SMI, aunque, en este caso, también como límite o suelo de contratación:

«i) La retribución de los trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente parcial que se reincorporen a la empresa, en los términos establecidos en el artículo 1 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos»

Efectivamente, de conformidad con la norma citada, los trabajadores en situación de incapacidad permanente parcial pueden acceder a su empleo con una reducción salarial del 25 por ciento si el empresario acredita la disminución en el rendimiento (siempre que no hubiera un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual), estableciéndose como límite de ingreso en todo caso el salario mínimo interprofesional cuando el trabajo se realice a jornada completa.

Por tanto, de nuevo aquí, el salario mínimo interprofesional aparece como límite (obvio por otra parte) de ingresos incluso en los casos en que se autoriza la reducción de la retribución por la disminución de la capacidad del trabajador.

Relacionados con la subvención que pueden percibirse en determinados supuestos se entiende remitidos al SMI:

«j) La cuantía de la subvención de los costes salariales correspondientes a los puestos de trabajo ocupados por los trabajadores con discapacidad que presten servicios en los centros especiales de empleo, conforme a lo previsto en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 16 de octubre de 1998, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en centros especiales de empleo y trabajo autónomo»

Y

«k) La cuantía de la subvención de los costes salariales derivados de los contratos que se suscriban con los alumnos trabajadores establecida en las siguientes normas: 1.ª La Orden del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, de 14 de noviembre de 2001, por la que se regulan el programa de escuelas taller y casas de oficios y las unidades de promoción y desarrollo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dichos programas. 2.ª La Orden del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, de 14 de noviembre



de 2001, por la que se desarrolla el Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el programa de talleres de empleo, y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dicho programa».

En estas normas se regulan diferentes tipos de subvenciones —dejando fuera a cualquiera otras similares³⁰— cuya cuantía, por las peculiaridades que presenta en relación con los costes laborales de este tipo de trabajadores, en un caso, o de personas en formación para acceder al mercado de trabajo, en el otro. No hay una relación salarial directa, como veíamos respecto a la garantía de las empresas de trabajo temporal; sino una relación indirecta que bien podría haber tenido otro módulo que sirviera de base de cálculo para dichas subvenciones.

En esta enumeración se echa de menos una referencia al salario de los trabajadores contratados bajo la modalidad de colaboración social. Como es conocido, en estos supuestos, regulados por el RD 1445/1982, de 25 de junio, las administraciones públicas podrán utilizar a trabajadores perceptores de prestaciones por desempleo; unos trabajadores que continuarán percibiendo las prestaciones por desempleo y que verán completados por parte de las administraciones que utilicen sus servicios estas prestaciones hasta el importe total de la base reguladora de las mismas, garantizándose, en todo caso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 38.4 del dicho RD 1445/1982, el 100 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento.

Sin embargo, sí se menciona este tipo de trabajos en el apartado 4 del artículo 3 del RDL 3/2004, al regular específicamente la vinculación al SMI o al IPREM de las diferentes remisiones anteriores al salario mínimo en materia de prestaciones por desempleo. En dicho apartado, se mantiene la vinculación al salario mínimo de tal referencia, como no podría ser de otra forma, al tratarse, no tanto de una norma que afecte a la regulación de la prestación por desempleo (más allá de las obligaciones que para los perceptores de la misma regula el artículo 213 de la Ley General de Seguridad Social), sino de un mínimo de retribución que ha de garantizarse a este tipo de trabajadores.

En fin, se ha pretendido identificar todos los supuestos en que la referencia al SMI es exclusivamente laboral. Sin embargo, para mantener la integridad del argumento dado por el Gobierno al establecer una norma como ésta, la vinculación debería quizá haber sido más estricta, y quedarse exclusivamente en el ámbito salarial o, si se quiere, en el ámbito de la determina-

³⁰ GARCÍA MURCIA; «Del salario mínimo...»; cit. pág. 29. En nota a pie.

ción del salario o, aún en un ámbito más amplio en el sentido antes expuesto, de la renta a percibir por el trabajador.

Es así efectivamente en la mayoría de los supuestos; pero no en otros, como en las referencias a las subvenciones o las referencias a las garantías financieras de las ETT, que bien podrían haber tenido otro parámetro de cálculo. En todo caso, la vinculación indirecta de estos supuestos al salario justifica la opción del Gobierno como legislador urgente.

3.4. La vinculación al SMI en el ámbito de Seguridad Social

Pero además, esta vinculación al SMI se mantiene en otros ámbitos no exclusivamente salariales sino de Seguridad Social, fundamentalmente a efectos de cotización y en el ámbito de acceso a determinadas prestaciones (donde el criterio de acceso es la determinación de la renta del beneficiario); así, de conformidad con el apartado 3 de este artículo 1, se mantendrá la vinculación con el SMI para determinar:

En primer lugar, las bases mínimas de cotización en los regímenes de la Seguridad Social, según lo dispuesto en el artículo 16 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que, como se recordará, dispone en su segundo apartado que *«las bases de cotización a la Seguridad Social, en cada uno de sus Regímenes, tendrá como tope mínimo las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento incrementadas en un sexto, salvo disposición expresa en contrario»*.

Ello ha supuesto que el propio RDL 3/2004 alterara, dentro del mismo Capítulo II destinado al incremento de la cuantía del salario mínimo interprofesional, las bases mínimas de cotización de los regímenes de Seguridad Social.

En segundo lugar, los requisitos de acceso y, en su caso, mantenimiento de las pensiones de viudedad, orfandad, prestaciones en favor de familiares, prestaciones familiares y por nacimiento o adopción del tercer o sucesivos hijos, así como el importe de la prestación económica por parto o adopción múltiples, establecida en el artículo 188 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En particular tales requisitos, a los que se refiere en primer lugar el artículo 1.3.b) del RDL 3/2004 se refieren específicamente a la determinación de los beneficiarios de la pensión de orfandad (artículo 175.2 de la Ley General de Seguridad Social), a la determinación de hijo a cargo a efectos de la prestación por esta contingencia en el nivel no contributivo (artículo 181.a) 2.º párrafo de la misma y RD 1368/2000) o a la determinación de cargas familiares para la determinación de la cuantía mínima de la pensión de viudedad (de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del RD 1647/1997).

Por ello, llama la atención que la mención del citado apartado del RDL 3/2004 sea genérico, frente a la especificación que ha hecho en la primera parte del artículo 1. Salvo en lo que se refiere a la determinación de la cuantía de la prestación a tanto alzado del artículo 188 de la Ley General de Seguridad Social, las otras remisiones genéricas de este apartado contrastan con la especificidad de las menciones de las normas de referencia al salario mínimo (teniendo en cuenta, además, que, por ejemplo, la determinación para acceder a las prestaciones por hijo a cargo en el artículo 182 se fundamenta no en una remisión al SMI sino a una cuantía fija a tanto alzado —como es propia en el nivel no contributivo—).

Pero no es la única cuestión que llama la atención en la referencia al SMI en el ámbito de Seguridad Social.

Sin ánimo de ser exhaustivos, y sin perjuicio de mejor criterio, hay al menos dos menciones en la normativa de Seguridad Social al salario mínimo que no se toman en cuenta en este apartado 3 del artículo 1 del RDL 3/2004 (sin contar, en este caso, con las referencias a la regulación del régimen de prestaciones por desempleo que tiene una regulación específica en el real decreto ley).

De esta forma, en primer lugar, no se menciona la previsión del artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el anticipo de prestaciones en los supuestos de responsabilidad empresarial por falta de alta o de cotización. Según esta norma, cuando proceda el anticipo de prestaciones éste «...en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las Entidades gestoras, Mutuas o Servicios».

En segundo lugar, el artículo 35.5 del RD 1415/2004, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, prevé que no se dará el aplazamiento del pago de deudas con la Seguridad Social si, entre otras posibles circunstancias, «el importe de la de la deuda aplazable no supere el doble del salario mínimo interprofesional mensual vigente al momento de la solicitud».

Estas menciones deberían entenderse hechas, a partir de la entrada en vigor del RDL 3/2004 (se da la circunstancia conocida que éste entra en vigor el día 1 de julio de conformidad con lo establecido en su Disposición Final —fue publicado el día 26 de junio— y el RD 1415/2004 entra en vigor sólo 4 días antes y fue publicado en BOE el día 25 de junio —sólo un día antes que el RDL 3/2004), al IPREM si se atiende a la literalidad de la norma y al carácter restrictivo de la vinculación al SMI. Sin embargo, aunque la remisión al IPREM puede entenderse en el caso de los límites para acceder a un aplazamiento en el pago de deudas de Seguridad Social; es más discutible en el caso de anticipo de las prestaciones si de alguna forma

aquí se entiende que se está limitando el acceso inmediato a una prestación de Seguridad Social en los casos de incumplimiento del sujeto responsable.

Finalmente, los requisitos para el acceso y mantenimiento de las prestaciones que integran el sistema de protección por desempleo, tienen una regulación específica, que pasamos a mencionar.

3.5. En particular en materia de desempleo: reglas específicas sobre el indicador de rentas a aplicar

Efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del RDL 3/2004 se establecen normas específicas a la hora de determinar cuál es el indicador de rentas a emplear en materia de protección por desempleo.

De esta forma, será el SMI, «*sin modificación del régimen establecido en la normativa correspondiente*», el indicador de renta general para determinar los requisitos de renta y de responsabilidades familiares para acceder a las prestaciones por desempleo, y, en particular:

- A efectos de determinar las rentas familiares que sirven de cálculo para determinar las cuantías máximas y mínimas de la prestación por desempleo según el artículo 206.1.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social (cómputo de las rentas de los hijos para fijar tales cuantías máxima y mínima); unas cuantías máximas y mínimas que, no obstante, se entienden referidas al IPREM según el número siguiente de este mismo artículo 3 del RDL 3/2004;
- A efectos de determinar si procede o no la suspensión del derecho a la prestación por desempleo en caso de servicio militar o prestación social sustitutoria o cumplimiento de condena en atención a si disfruta o no de rentas familiares que alcanzaran la cuantía del SMI —en caso de tener responsabilidades familiares, tal como disponen los apartados b) y c) del artículo 212.1 de la LGSS—.
- A efectos de determinar el acceso al subsidio por desempleo, de conformidad con las normas establecidas en el art. 215 de la LGSS. En este caso la referencia normativa del RDL 3/2004 es muy amplia, en la medida en que remite, sin más, al artículo 206.1.2.a) de la LGSS. Sin embargo, debe entenderse hecha a los requisitos de acceso al subsidio por desempleo (en la definición legal de los beneficiarios del mismo según la norma citada de la LGSS), dado que las referencias a la cuantía han de entenderse hechas al IPREM de conformidad con lo previsto en el número siguiente de este mismo artículo del RDL 3/2004.
- A efectos de determinar la renta activa de inserción, establecida en la disposición final quinta.4 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en sus normas de desarrollo.

- Y a efectos de determinar tanto el subsidio por desempleo establecido en el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, por el que se regula el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, como la renta agraria establecida en el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, por el que se regula la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura.

En definitiva, se remite al salario mínimo interprofesional para determinar los requisitos de acceso, suspensión o mantenimiento de las prestaciones por desempleo; estableciendo, por tanto, el indicador más alto en cuantía económica para tales menesteres y favoreciendo, de alguna forma, el acceso a las prestaciones en los casos en que ésta se hace depender de la renta familiar.

Sin embargo, la cuantía de la prestación se hace depender del IPREM, cuando el SMI asume la función de renta mínima³¹.

Se intenta paliar, empero, la pérdida de poder adquisitivo de las prestaciones por desempleo que inicialmente podría producirse incrementando, a través de la reforma de los artículos 211 y 217 respecto a la prestación y al subsidio por desempleo, el porcentaje del cálculo del mismo. Incluso, se intenta justificar dicha diferencia argumentando que se ha repercutido en las prestaciones por desempleo el incremento excepcional del 6,6 por ciento del SMI en el año 2004³².

Sin embargo, dicho incremento pronto quedará absorbido si se continúa con el progresivo alejamiento entre el SMI y el IPREM.

En definitiva, independientemente de las medidas correctoras previas y de las repercusiones argumentadas, queda claro que la remisión al IPREM de los módulos de cálculo de las prestaciones por desempleo (no es así, como hemos visto, en la otra prestación donde se utiliza como módulo de cálculo el SMI) puede suponer, en el futuro cierta pérdida del poder adquisitivo de éstas.

Ello puede poner en cuestión, como decíamos antes incluso respecto a la «suficiencia» de la remuneración y las prestaciones por desempleo, el objetivo primero declarado con la reforma introducida por el RDL 3/2004.

³¹ En este sentido, el documento conjunto de UGT y CC.OO. sobre el salario mínimo para 2001 donde ya se expone la necesidad de desvincular el salario mínimo de sus efectos no laborales, sí relacionaba la necesaria subida del SMI con la insuficiente cuantía de determinados subsidios, en particular los de desempleo.

³² En este sentido el documento del Gobierno «Criterios y Orientaciones...»; cit. Igualmente aparece en la valoración positiva que los sindicatos han hecho de la reforma operada por el RDL 3/2004.

4. EL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL RDL 3/2004

Como hemos visto, la Disposición Transitoria primera prevé la inaplicación del incremento fijado para el SMI en determinados supuestos.

En primer lugar, prevé la inaplicación a los convenios colectivos vigentes a la entrada en vigor del RDL 3/2004 cuando éstos tomen como referencia de cálculo para determinar la cuantía o el incremento del salario base o de complementos salariales el salario mínimo interprofesional; debe entenderse así tanto para los supuestos en que esta cuantía sirva de cálculo para determinar aquél como para fijar los topes que a determinados complementos puede establecerse (por ejemplo en el cálculo del complemento de antigüedad en determinados convenios)

Ello supone, como decíamos, la existencia real de un nuevo índice de rentas, dado que tal como establece el segundo apartado de esta Disposición Transitoria primera, *«la cuantía del salario mínimo interprofesional se entenderá referida, para los años siguientes, a la que estaba en vigor a la fecha de entrada en vigor de este real decreto ley incrementada según la previsión u objetivo de inflación utilizados en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado»* en los supuestos en que la vigencia de los convenios colectivos aludidos en el primer apartado continúe más allá de 2004 (incluyendo, ha de entenderse, las sucesivas prórrogas e, incluso, la vigencia de su parte normativa una vez denunciado el convenio).

Dada la equiparación entre esta cuantía originalmente con el IPREM y dado que el criterio citado será el que sea utilizado para la revisión de este indicador de renta, bien podría haberse remitido al mismo sin más. Sin embargo, seguramente por mantener en el ámbito estrictamente salarial esta referencia y, al tiempo, para evitar distorsiones en la negociación colectiva, se mantiene esta remisión formal al SMI aunque no sea al actualizado por el RDL 3/2004 ni por las normas posteriores (RD 2388/2004).

Es curioso observar cómo el legislador urgente evita, como decíamos, incorporar elementos de distorsión en la negociación colectiva (que se plantearon respecto a la determinación de la jornada máxima legal y que resolvió en su momento el Tribunal Constitucional). Incluso obviando la existencia de reglas de variabilidad normativa en muchos convenios colectivos. Quiere ser (excesivamente quizá) cauteloso con las propias reglas originales del proceso de negociación aun a riesgo de crear otras distorsiones futuras si se atiende a la distinta duración que puede tener este régimen transitorio en cada unidad negocial.

En todo caso, como no podría ser de otra forma, esta norma transitoria no es aplicable cuando de lo que se trata es de fijar el suelo de contratación, individual y colectiva. En estos casos, sin perjuicio de las reglas de absorción y compensación, el salario mínimo fijado por el RDL 3/2004 será di-

rectamente aplicable cuando en su conjunto y en cómputo anual sea superior al fijado convencionalmente.

En segundo lugar, prevé la «no afectación de la nueva cuantía del salario mínimo interprofesional en las referencias contenidas en normas no estatales y relaciones privadas».

La misma cautela antes aludida la tiene el Gobierno respecto a las remisiones que las disposiciones generales de comunidades autónomas y administraciones locales puedan contener al salario mínimo interprofesional —sin perjuicio de la regla general ya establecida de que estas remisiones se entenderían hechas al IPREM—. Ya veíamos cómo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.4 de este RDL 3/2004, estas administraciones podrían utilizar como índice de referencia el IPREM, «sin perjuicio de su potestad para fijar indicadores propios en el ejercicio de las competencias que constitucionalmente le correspondan». En la Disposición Transitoria segunda se establece la inaplicación de la subida del SMI —sin mencionar que es de aplicación directamente el IPREM aunque de hecho se trate de aplicar su cuantía— a las normas vigentes de las comunidades autónomas y de las entidades de la administración local a la entrada en vigor del RDL 3/2004.

De esta forma, como en el caso anterior, se crea una especie de nuevo índice transitorio (aunque materialmente en su cuantía coincida con el IPREM) que será actualizado para los años siguientes «en el mismo porcentaje en que se incremente el IPREM»

No dice nada el segundo apartado de esta Disposición Transitoria segunda, pero, sin perjuicio de la potestad de establecer cualquier otro indicador de renta por parte de la administración afectada, se debe entender que esta actualización inicial del SMI original de 2004 será en tanto esté vigente la norma a la que fuera de aplicación; una vez derogada la misma, la nueva norma debería actualizar su referencia en su caso.

Esta misma solución es aplicada a la relación entre privados. Tal como afirma la letra b) del primer apartado de la Disposición Transitoria segunda, la subida del SMI contemplada en el RDL 3/2004 no será de aplicación «a cualesquiera contratos y pactos de naturaleza privada vigentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto ley que utilicen el salario mínimo interprofesional como referencia a cualquier efecto, salvo que las partes acuerden la aplicación de las nuevas cuantías del salario mínimo interprofesional»; aplicándose, como en el caso anterior, la misma regla de actualización.

En definitiva, salvo que se trate de un supuesto en que no se respete el suelo salarial de contratación que supone la fijación de una nueva cuantía del SMI (tal como dispone el apartado 3 de la Disposición Transitoria segunda —al igual que lo hacía la Disposición Transitoria primera respecto a la negociación colectiva—), la norma consagra la pervivencia implícita de otros índices de referencia, que en su cuantía serán idénticos al IPREM, pero

que no se ha querido identificar formalmente con el mismo. No toma en cuenta que la pervivencia de este régimen transitorio puede ser indefinida, como indefinida puede ser la relación entre privados a las que afecta o como indefinida puede ser la norma de referencia de la comunidad autónoma o de la administración legal.

Particularmente destacable es el hecho en el ámbito del contrato de trabajo donde esta circunstancia puede darse; porque, en lugar de establecer reglas de absorción y compensación —es cierto que complejas— que permitieran o suavizaran la aproximación progresiva al SMI como índice de referencia laboral en todo caso, se evita esta consideración, sustrayendo en el ámbito contractual a la inicial intención de referir el salario mínimo como indicador a efectos laborales y salariales.

5. REFLEXIÓN FINAL

GARCÍA MURCIA, nuestro admirado y querido profesor reiteradamente citado en este trabajo, planteaba, mejor que nadie, una serie de cuestiones cuando analizaba el RDL 3/2004; en este sentido, cuestionaba su necesidad³³ y cuestionaba su oportunidad desde el punto de vista financiero y presupuestario de contención del gasto social³⁴. Es cierto que estas cuestiones quedan planteadas y no tienen, aún, una respuesta clara si no es por las evidencias que plantea el establecimiento de un nuevo indicador de rentas y que hemos intentado plantear a lo largo de este trabajo.

Es cierto que la distinción de indicadores de renta tal como las plantea el RDL 3/2004 ha sido, desde hace unos años, una propuesta de los agentes sociales para dignificar, incrementándola, la cuantía del salario mínimo interprofesional. En este sentido, si se admite como algo indiscutible que el incremento del salario mínimo sólo se produciría si se le evitaba del lastre que podría suponer en el gasto público su vinculación como índice de renta de múltiples efectos, parece saludable establecer la disgregación planteada, «racionalizar» en el sentido expuesto y disponer un doble indicador de rentas.

Pero, por otra parte, vincular lo anterior a la consecución del mandato constitucional de garantizar una retribución suficiente puede crear cierta in-

³³ *Op. cit.* pág. 17.

³⁴ Haciéndose las siguientes preguntas: «¿se trata de una mera reestructuración o de una racionalización orientada a determinados fines? ¿Se quiere con este cambio poner orden en el sistema o, sencillamente, introducir un nuevo instrumento de control financiero y presupuestario? ¿Es el nuevo indicador más justo o más apropiado desde el punto de vista social? ¿Es una forma de asegurar la viabilidad del sistema de asistencia y ayuda social, o tan sólo un medio para contener el gasto»; *op. cit.* pág. 15.



satisfacción si ello se hace a costa de otras prestaciones sociales y, en particular, de las prestaciones por desempleo; cuya vinculación al IPREM (en cuanto a la determinación de su cuantía) se intenta paliar originalmente, pero que en una progresión donde se abrirá necesariamente la brecha entre SMI e IPREM (como ya lo demuestra el RD 2388/2004) conllevará necesariamente la disminución de poder adquisitivo del subsidio por desempleo.

Por tanto, de las páginas anteriores se pueden deducir algunas dudas en el régimen propuesto —sin entrar en considerar algunas deficiencias técnicas que hemos intentado poner de manifiesto—; estas, fundamentalmente, se centran en la vinculación al IPREM de las prestaciones por desempleo, porque, tal como recordábamos al principio, a las mismas debería extenderse la exigencia de suficiencia que justifica, respecto a la remuneración, una regulación jurídica como la presentada.





¿QUÉ HAY DE NUEVO, VIEJO? ANÁLISIS MACROSCÓPICO DEL REGLAMENTO GENERAL DE RECAUDACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, APROBADO POR REAL DECRETO 1415/2004, DE 11 DE JUNIO

RICARDO P. RON LATAS

Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de A Coruña

EXTRACTO

En este artículo se analiza de manera macroscópica una de las resultas de la modificación operada en el sistema de Seguridad Social por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre. Se trata, en concreto, del nuevo Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio —viniendo así a sustituir al anterior de 1995, dictado a propósito de la publicación de la vigente Ley General de la Seguridad Social—, que ha sido promulgado para adaptarse a las importantes modificaciones que en materia de gestión recaudatoria ha introducido en el sistema de Seguridad Social la Ley 52/2003, acomodando así todas esas novedades en un nuevo texto legal, en lugar de proceder a la introducción parcial de reformas en el antiguo reglamento de 1995, como venía siendo habitual. Sin embargo, a la vista del resultado acaecido, puede afirmarse que se ha ido un poco más allá de lo que en principio parecía que había pretendido el legislador, puesto que, además de su aparente fin primordial, con el nuevo texto ha llevado a efecto «un lavado de cara» en la norma relativa a la recaudación de recursos de Seguridad Social, eliminando todo aquello que al legislador le ha parecido superfluo, repetitivo o asistemático.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. SUS NUEVOS ASPECTOS FORMALES
3. SUS NUEVOS ASPECTOS MATERIALES
 - 3.1. En sus disposiciones generales
 - 3.2. En el procedimiento de recaudación en período voluntario
 - 3.3. En el procedimiento de recaudación en vía ejecutiva

1. INTRODUCCIÓN

§ 1.—Como se sabe, el pasado 25 de junio de 2004 vio la luz en el BOE el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el nuevo Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social¹ —en adelante, RGR-04—, desarrollando así nuevamente los preceptos relativos a «recaudación» del sistema de Seguridad Social que se contienen en la Ley General de la Seguridad Social de 1994 —principalmente en sus artículos 18 a 37, que se ubican en la sección 3.ª del Capítulo III de su Título I—, de acuerdo con la habilitación que esa misma norma confiere al Ministerio de Trabajo en su artículo 5.2 b) y en su disposición final séptima; y digo nuevamente porque, como también es sabido, la materia relativa a gestión recaudatoria que incorpora la Ley General de la Seguridad Social de 1994 se encontraba ya reglamentada desde el año 1995 por el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre² —en adelante, RGR-95—, que fue posteriormente desarrollado por una Orden Ministerial de 22 de febrero de 1996³, que fue, a su vez, sustituida unos pocos años después por una Orden Ministerial de 26 de mayo de 1999⁴.

Desde su publicación, el ya antiguo RGR-95 ha sido una norma sometida a constantes vaivenes legales, que le han afectado tanto directa —alterando la reacción de muchos de sus preceptos— como indirectamente —cuando la modificación venía referida a cuestiones de gestión recaudatoria, sí, pero

¹ Cuya entrada en vigor, según la disposición final segunda del Real Decreto 1415/2004, se produjo al día siguiente de su publicación en el BOE —o lo que es igual, el pasado 26 de junio de 2004—, con la salvedad de su art. 50 —relativo a «procedimientos de ejecución universal. Concurso»—, cuya entrada en vigor su pospuso hasta el 1 de septiembre de 2004, para que de esta manera pudiese coincidir con la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

² BOE de 24 de octubre. Sobre la evolución legislativa de la gestión recaudatoria del sistema de Seguridad Social, véase P. Madrid yagüe, *La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social*, Lex Nova (Valladolid, 2001), págs. 33 y ss.

³ BOE de 29 de febrero.

⁴ BOE de 4 de junio. Su disposición derogatoria única, en su número 1, dejaba vigente la disposición final 7.ª de la OM de 22 de febrero de 1996, relativa a la creación de una Unidad de Recaudación Ejecutiva de ámbito estatal.

incidía en otras normas del sistema, en especial, en la Ley General de la Seguridad Social—. Pues bien, haciendo abstracción de todas esas modificaciones —incluso de las anuales alteraciones en la gestión recaudatoria de la Seguridad Social que solían ubicarse en las, aparentemente hoy ya desaparecidas, «leyes de acompañamiento»—, lo cierto es que hasta el día de hoy pueden contabilizarse más de media docena de modificaciones de amplio calado que han afectado a la norma de 1995⁵.

§ 2.—En esta ocasión, el hecho que precipitó la publicación de un nuevo reglamento general de recaudación fue la Ley 52/2003, de 10 de diciembre⁶, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, que, si bien no modificó directamente el RGR-95, sí incidió de una manera muy importante en su razón de ser, al afectar a parte del articulado de la Ley General de la Seguridad Social, en especial, en todo lo relativo a la recaudación de recursos del sistema, al verse modificados gran parte de los preceptos que la Ley General de la Seguridad Social dedica a este particular⁷, llevando así a cabo —según reconoce la propia Ley 52/2003 en su exposición de motivos— «numerosas y profundas modificaciones con las que se persiguen diferentes objetivos».

De este modo, dada la entidad de las innovaciones legales introducidas en la gestión recaudatoria de la Seguridad Social por la citada Ley 52/2003, de 10 de diciembre, el legislador ha considerado necesario «aprobar en su integridad un nuevo Reglamento General de Recaudación en este ámbito, acomodado a la regulación legal hoy vigente en la materia y en desarrollo

⁵ Así, pueden citarse, entre otras, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social o la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Una relación exhaustiva de todas esas reformas puede encontrarse en J.A. MARTÍNEZ LUCAS, «Análisis del nuevo Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social: el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio», en *Actualidad Laboral*, 2004, núm. 21, págs. 2542 y ss.

⁶ BOE de 11 de diciembre.

⁷ En efecto, la «reciente Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en Materia de Seguridad Social, ha introducido modificaciones importantes que afectan a la gestión recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre todo en su artículo 3, que modifica el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, relativo a los aplazamientos de pago, su artículo 4, que modifica el artículo 23 de la propia ley en lo relativo al interés de demora aplicable a las cantidades indebidamente ingresadas, y su artículo 5, relativo a la recaudación en período voluntario y en vía ejecutiva, que modifica en todo o en parte los artículos 25 a 34 de dicha Ley General, artículos todos ellos en vigor desde el 1 de junio de este año, aparte de otras modificaciones como las de su artículo 12, que modifica los artículos 15 y 104 de la misma ley, aplicable ya desde enero de 2004» (exposición de motivos del Real Decreto 1415/2004).

reglamentario de ésta»⁸, en lugar —como así lo confiesa la exposición de motivos del Real Decreto 1415/2004— «de introducir reformas parciales al respecto en el Reglamento precedente de 6 de octubre de 1995, que tendrían que ser de gran parte de éste, lo que produciría, sin duda, ciertos efectos indeseados, como la dispersión normativa y la dificultad de localización y manejo de sus distintos preceptos»⁹. Estas, y no otras, son las razones por las que «también se incorporan al nuevo reglamento parte de las previsiones de la Orden Ministerial de 26 de mayo de 1999, de desarrollo del anterior, o se dejan parte de sus previsiones a futuras normas de rango inferior»¹⁰.

§ 3.—Sin embargo, a la vista del resultado acaecido, puede afirmarse que el RGR-04 ha ido un poco más allá de lo pretendido por el legislador, puesto que, además de su confesada finalidad, con el nuevo texto legal se ha llevado a efecto «un lavado de cara» en la norma que reglamenta la recaudación de recursos de Seguridad Social, eliminando, por un lado, todo aquello que al legislador le ha parecido confuso, superfluo, barroco, repetitivo o asistemático —intentando con ello, entre otras cosas, que sus preceptos mejoren en «claridad y síntesis»¹¹— e incorporando, por el otro —así se indicó anteriormente—, «muchos aspectos contemplados, hasta el momento, en la Orden Ministerial de 26 de mayo de 1999, por la que se desarrollaba el [RGR-95]»¹², que ha resultado, por ende, derogada por el Real Decreto 1415/2004¹³, «lográndose de esta forma una mayor sistematización de la normativa ... y una mayor seguridad jurídica en la aplicación de una materia que afecta, de forma tan esencial, a los derechos de los particulares»¹⁴.

De toda esta acribia legislativa, valga como ejemplo lo sucedido en relación con el tema de los «responsables del pago», regulado en el Capítulo

⁸ Exposición de motivos del Real Decreto 1415/2004.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ J.R. MERCADER UGUINA y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Reflexiones en torno al reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social: el RD 1415/2004, de 11 de junio», en *Relaciones Laborales*, 2004, núm. 22, pág. 86.

¹² *Ibidem*.

¹³ En efecto, la disposición derogatoria única del Real Decreto 1415/2004, deroga, además del RGR-95, su orden de desarrollo de 26 de mayo de 1999, excepto sus artículos 57.2, 59, 68, 69, 73, 78 y 84 y sus disposiciones adicionales segunda, séptima y octava y su disposición final primera, los cuales se mantendrán en vigor hasta que se dicten las correspondientes normas de desarrollo del reglamento que por este Real Decreto se aprueba.

¹⁴ J.A. PANIZO ROBLES, «La gestión recaudatoria de la Seguridad Social (Comentarios sobre el nuevo reglamento general de recaudación de la Seguridad Social), en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2004, núm. 256, pág. 9.



III del Título I del RGR-95, cuyo artículo 9 —que era donde se enumeraban todos y cada uno de los sujetos responsables del pago de las deudas con la Seguridad Social, distinguiéndolos por regímenes— ha dejado ahora de hacer mención alguna a los mismos, limitándose a efectuar una alusión genérica sobre el tema, con el fin de que sea cada una de las normas que regulan los regímenes especiales de la Seguridad Social la que determine cuáles son los sujetos responsables de la obligación de cotizar¹⁵. Otro ejemplo más de este nuevo proceder de la norma, intentando evitar duplicaciones innecesarias, ha llevado a vaciar de contenido una parte del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, que, como se sabe, es el precepto que se ocupa de regular todo lo relativo a las contratas y subcontratas de obras y servicios. Me estoy refiriendo, en concreto, al tema de la exoneración de responsabilidad solidaria en materia de cuotas de Seguridad Social por parte del empresario contratante.

Como se sabe, el art. 42 del ET exige a los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad que comprueben que los contratistas y subcontratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, lo que deberá realizarse recabando «por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables». Esta, que era en esencia la redacción que se contenía en la redacción primigenia del ET, adolecía, como es fácilmente distinguible, de cierta simpleza material; de ahí que el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, decidiese, haciéndose eco de esa necesidad, incorporar un inciso al núm.1 del art. 42 ET del tenor literal siguiente: «y en los términos que reglamentariamente se establezcan». Ocurre, sin embargo, que hasta la fecha —que yo conozca— dicho desarrollo reglamentario no se ha producido, con la particularidad además de que la única mención que existía en nuestra normativa laboral a esa «certificación negativa», que se contenía en el art. 10.3 b) RGR-95, ha desaparecido tras la promulgación del RGR-04, por lo que seguimos a la espera de que ese desarrollo reglamentario se produz-

¹⁵ Y es que, como bien afirman J.R. MERCADER UGUINA y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «en esta nueva regulación de los sujetos responsables desaparece del texto reglamentario la enumeración de los supuestos o circunstancias que determinan la extensión de responsabilidad a sujetos distintos del obligado principal, sustituyéndose esa enumeración por una remisión a las normas que correspondan» («Reflexiones en torno al reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social: el RD 1415/2004, de 11 de junio», cit., pág. 80).

ca, lo cual, a la vista de precedentes inmediatos, es posible que no llegue a darse nunca ¹⁶.

§ 4.—Se trata, en resumen, de una modificación —la prevista en la Ley 52/2003— que ha afectado de manera muy importante al sistema de recaudación de la Seguridad Social, puesto que, además de haber sido publicado un nuevo reglamento, la norma de desarrollo del anterior, esto es, la Orden Ministerial de 26 de mayo de 1999, ha sido derogada e incorporada, aunque de manera parcial, al articulado del RGR-04, dando lugar así a una nueva norma poco se parece a la que con anterioridad regulaba el sistema de gestión recaudatoria de la Seguridad Social. Por ello mismo, se ha prescindido del estudio microscópico de la nueva norma —aun cuando ello no fuese posible siquiera por razones de espacio—, limitándome a analizar simplemente aquellos aspectos macroscópicos —esto es, sólo aquellos que se ven a simple vista— de la misma.

Esto advertido, lo que sigue será, pues, el estudio del nuevo reglamento general de recaudación de 2004 en confrontación con el anterior de 1995, tanto en sus aspectos formales como materiales, pues me ha parecido conveniente incidir también en el nuevo aspecto externo del reglamento, que, como se verá seguidamente, ha sufrido alteraciones muy significativas.

2. SUS NUEVOS ASPECTOS FORMALES

§ 5.—En efecto, la novedad que representa el nuevo RGR-04 no se detiene en esta ocasión en los aspectos materiales de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, puesto que ha ido un poco más allá, modificando significativamente la estructura normativa que podía observarse en el RGR-95.

§ 6.—La primera de esas novedades formales es la que, a mi entender, llama más la atención, puesto que viene referida a la rúbrica misma de la

¹⁶ Así, por ejemplo, puede mencionarse el caso del art. 71.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, donde —a propósito de la preceptiva reclamación previa al efecto de poder formular demanda en materia de Seguridad Social— se afirmaba que «la entidad deberá contestar expresamente en los plazos reglamentariamente establecidos», ya que el mismo se mantuvo sin ese desarrollo reglamentario durante más de un lustro, para ser finalmente modificado —evitando así que dicho desarrollo reglamentario llegara a producirse finalmente—, con el propósito de colmar la clamorosa laguna legal que la falta de desarrollo reglamentario del precepto había provocado en el ordenamiento procesal laboral. Sobre el tema, véase R.P. RON LATAS, «El plazo legal para entender denegada por silencio administrativo la reclamación previa en el proceso especial de Seguridad Social», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, 2000, núm. 4, págs. 431 y ss.

norma. Y es que, si bien hasta la fecha todos y cada uno de los reglamentos que han desarrollado el tema de la recaudación de recursos de la Seguridad Social habían sido rubricados: «Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social»¹⁷, llama la atención que el legislador haya decidido suprimir los términos «recursos» y «sistema», limitándose a aprobar una norma titulada simplemente: «Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social», adelgazando así, dentro de ese afán reductor que caracteriza al nuevo reglamento, incluso la propia rúbrica de la norma.

§ 7.—Ahora que, si de adelgazar se trata, no puede dejar de mencionarse que el número de artículos ha decrecido considerablemente, pasando de los 193 artículos del RGR-95 a los 135 artículos actuales del RGR-04. Ello se explica, entre otras razones, por el hecho de haber sido eliminado su Título IV (artículos 182 a 193), relativo a «recursos administrativos, suspensión y terminación del procedimiento, ingresos, responsabilidades y otras normas generales», cuyos preceptos pasan ahora, bien a formar parte del resto del articulado de la norma¹⁸, bien a encontrar su ubicación en otras normas administrativas, principalmente, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el Reglamento General de Recaudación del Estado, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre; norma ésta última, por cierto, a la que se remite expresamente la disposición final primera del RGR-04, donde se concluye que «en lo no previsto en este Reglamento ... se aplicará a la recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, supletoriamente, el Reglamento General de Recaudación del Estado».

Repárese, por lo tanto, en que el legislador sigue teniendo presente el propósito contenido en la disposición transitoria única del Real Decreto-ley 10/1981, de 19 de junio, sobre inspección y recaudación de la Seguridad Social, acerca de la configuración de «un sistema de recaudación unificado para el Estado y la Seguridad Social», que ha venido plasmándose en todas y cada una de las exposiciones de motivos de las sucesivas normas sobre recaudación de la Seguridad Social —con la salvedad, curiosamente, del RGR-04, que no dice nada al respecto—; y es que, todas y cada una de la

¹⁷ Véanse, Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo (BOE de 16 de abril), Real Decreto 1517/1991, de 11 de octubre (BOE de 25 de octubre) y Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre (BOE de 24 de octubre).

¹⁸ Así sucede, por ejemplo con los arts. 182 a 185 RGR-95, que pasan ahora a ubicarse en el Capítulo XII del Título I del RGR-04, bajo la rúbrica «revisión de los actos de gestión recaudatoria».

normas de recaudación de Seguridad Social, teniendo presente ese propósito unificador, se han preocupado, en mayor o menor medida, de plasmar «el principio de máxima homologación con el procedimiento recaudatorio del Estado, en tanto se organice un sistema de recaudación unificado por el Estado y la Seguridad Social, como indica la disposición transitoria del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social»¹⁹.

§ 8.—Así las cosas, el actual articulado del RGR-04 se estructura en tres títulos, completados con siete disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias y dos disposiciones finales. Sobre esta base, el primero de sus tres títulos contiene las «disposiciones generales», especificándose en él —a lo largo de catorce capítulos— todo lo relativo a: 1) la gestión recaudatoria²⁰, 2) las normas generales de desarrollo del procedimiento recaudatorio²¹, 3) los recargos e intereses²², 4) los responsables del pago²³, 5) el pago o cumplimiento voluntario²⁴, 6) las garantías de pago²⁵, 7) los aplazamientos del pago²⁶, 8) la moratoria y transacción²⁷, 9) el procedimiento de deducción a entidades públicas²⁸, 10) la prescripción²⁹, 11) la devolución de ingresos indebidos³⁰, 12) la revisión de los actos de gestión recaudatoria³¹, 13) la concurrencia de acreedores³², y 14) otras disposiciones generales³³.

El Título II trata —al igual que sucedía con el RGR-95— del «procedimiento de recaudación en período voluntario»³⁴, y en él se articula el régimen jurídico específico del ingreso voluntario de las deudas con la Seguridad Social por parte de los sujetos responsables del pago, a través de tres capítulos relativos, respectivamente, a «normas generales»³⁵, «efec-

¹⁹ Cfr. exposición de motivos del RGR-95.

²⁰ Arts. 1 a 5.

²¹ Arts. 6 a 9.

²² Arts. 10 a 11.

²³ Arts. 12 a 16.

²⁴ Arts. 17 a 26.

²⁵ Arts. 27 a 30.

²⁶ Arts. 31 a 36.

²⁷ Arts. 37 a 38.

²⁸ Arts. 39 a 41.

²⁹ Arts. 42 a 43.

³⁰ Arts. 44 a 45.

³¹ Arts. 46 a 47.

³² Arts. 48 a 50.

³³ Arts. 51 a 54, relativos, respectivamente a compensación, imputación de ingresos, deber general de información y medidas cautelares.

³⁴ Arts. 55 a 83.

³⁵ Arts. 55 a 60.

tos de la falta de cotización en plazo reglamentario»³⁶ y «recaudación de otros recursos»³⁷.

Por su parte, el Título III se ocupa del «procedimiento de recaudación en vía ejecutiva»³⁸, articulándose en torno a seis capítulos, que serían los relativos a «iniciación del procedimiento de apremio y normas generales»³⁹, «embargo de bienes»⁴⁰, «enajenación de los bienes embargados»⁴¹, «costas del procedimiento»⁴², «créditos incobrables»⁴³ y «tercerías»⁴⁴.

Como ya se indicó, el RGR-04 cuenta además con siete disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias y dos disposiciones finales. Con relación a las primeras, el RGR-04 contempla dos menos que el RGR-95, puesto que elimina tres de ellas⁴⁵, e incorpora una nueva titulada «certificaciones de descubierto desaparecidas»⁴⁶, donde se prevé la iniciación de un expediente previo a cualquier otra actuación administrativa en el caso de «destrucción, sustracción o extravío de certificaciones de descubierto emitidas por las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social con anterioridad a noviembre de 1994»⁴⁷.

Por lo que respecta a las tres disposiciones transitorias del RGR-04, aunque se mantienen cuantitativamente con relación a lo que sucedía en el RGR-95, lo cierto es que han sido materialmente sustituidas. La primera de esas nuevas disposiciones transitorias es la relativa al «ámbito de aplicación temporal» de la norma, estableciéndose en ella justamente eso, el momento a partir del cual surtirán efecto las disposiciones del RGR-04, que, por regla general, ha sido el 26 de junio de 2004⁴⁸.

³⁶ Arts. 61 a 66.

³⁷ Arts. 67 a 83.

³⁸ Arts. 84 a 135.

³⁹ Arts. 84 a 88.

⁴⁰ Arts. 89 a 109.

⁴¹ Arts. 110 a 126.

⁴² Arts. 127 a 128.

⁴³ Arts. 129 a 131.

⁴⁴ Arts. 132 a 135.

⁴⁵ Son las que se refieren a: 1) «tablas para la determinación de capitales coste de pensiones» (disposición adicional cuarta); 2) «plazos y condiciones de la ampliación de la carencia y de la moratoria prevista en la disposición adicional vigésima primera de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998» (disposición adicional octava); y 3) «atribución de funciones en Unidades de Recaudación Ejecutiva de ámbito superior al provincial» (disposición adicional novena).

⁴⁶ Disposición adicional séptima.

⁴⁷ Recuérdese que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, modificó en su momento la redacción del artículo 28 de la Ley General de la Seguridad Social, suprimiendo las certificaciones de descubierto, estableciendo la iniciación automática de la vía ejecutiva en caso de impago.

⁴⁸ Véase *infra*, nota 1.

La segunda de las transitorias mencionadas lleva por título «estructura orgánica», y se ha incorporado al efecto de mantener «la estructura orgánica y los puestos de trabajo de las unidades de recaudación ejecutiva actuales, en los términos previstos en la disposición transitoria única del ... Real Decreto 469/2003, de 25 de abril», en tanto no se «establezca la estructura de las unidades administrativas en las respectivas Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social, en la forma prevista en el artículo 7 del Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social, según redacción dada por la disposición adicional segunda del Real Decreto 469/2003, de 25 de abril, por el que se modifican parcialmente la estructura orgánica y las funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social».

Por último, la disposición transitoria tercera del RGR-04 —rubricada «mantenimiento de las declaraciones de insolvencia en los expedientes de quiebra y de suspensión de pagos»— se ocupa de clarificar la situación de los deudores principales que hayan sido declarados en quiebra o cuya insolvencia haya sido calificada como definitiva en expediente de suspensión de pagos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, estableciéndose a este respecto que «será circunstancia suficiente para la consideración del deudor principal como insolvente, a efectos de exigir el pago de la deuda al responsable subsidiario, la declaración de quiebra o la calificación de la insolvencia como definitiva en expediente de suspensión de pagos, declaradas de conformidad con la legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

En fin, la estructura de la norma se remata con dos disposiciones finales, a diferencia del RGR-95, que contaba con una más. La primera de ellas ya ha sido mencionada anteriormente. Se trata, como se sabe, de aquella que establece la aplicación supletoria del Reglamento General de Recaudación del Estado. La segunda y última, por su parte, faculta al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales «para dictar, en el ámbito de sus competencias, las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo de este Reglamento».

3. SUS NUEVOS ASPECTOS MATERIALES

3.1 . En las disposiciones generales

§ 9.—Sin duda alguna, las novedades de mayor calado introducidas por el RGR-04 en el ámbito de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social se encuentran ubicadas en su Título I, que es el dedicado a las «disposiciones generales», y que se compone, como ya se indicó en su momento, de 54

artículos agrupados en catorce capítulos. De todas esas novedades, sólo interesan destacar —como también se mencionó en su momento— aquellas que se pueden observar a simple vista, que serían las relativas a: 1) el objeto de la gestión recaudatoria, 2) los recargos e intereses, 3) los responsables del pago, 4) los medios de pago, 5) las garantías de pago, 6) los aplazamientos de pago, 7) la devolución de ingresos indebidos, 8) la concurrencia de acreedores, y 9) la imputación de ingresos.

§ 10.—La primera de las modificaciones apreciables en el RGR-04 viene referida al objeto mismo de la gestión recaudatoria, esto es, a los recursos con los que cuenta el sistema de Seguridad Social. Con anterioridad, dichos recursos venían enumerados en el art. 4 RDR-95; en cambio, el actual RGR-04 los menciona en el art. 1. Así las cosas, en este último precepto puede apreciarse tanto la inclusión de nuevos recursos —que no aparecían en la anterior redacción— como la exclusión de otros ya tradicionales ⁴⁹.

En el primer supuesto se encuentran: 1) las aportaciones por reaseguro de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ⁵⁰; 2) los recargos sobre prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene ⁵¹; 3) el importe de las contraprestaciones e indemnizaciones que procedan de los contratos celebrados por la entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social ⁵²; 4) las aportaciones por integración de entidades de previsión social sustitutorias ⁵³; 5) el reintegro de prestaciones indebidamente compensadas y de deducciones indebidamente practicadas en los documentos de cotización ⁵⁴; y 6) las costas procesales impuestas a quien haya litigado contra una entidad gestora o un servicio común de la Seguridad Social ⁵⁵. Por otro lado, dejan ya de formar parte de los recursos para la financiación de la Seguridad Social las aportaciones de la industria farmacéutica ⁵⁶, puesto que «las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria de

⁴⁹ Aunque también pueden observarse —aunque no sea a simple vista— ciertas correcciones estilísticas, como la que afecta a la letra d) del art. 1 RGR-04, por la que se incluyen dentro de los recursos del sistema a los «capitales coste de pensiones o de renta cierta temporal y otras prestaciones que deban ingresar las mutuas»; mientras que la antigua letra d) del art. 4 RGR-95 sólo se refería a los «capitales coste de renta y otras cantidades que deban ingresar las mutuas».

⁵⁰ Art. 1.1 e) RGR-04.

⁵¹ Art. 1.1 g) RGR-04.

⁵² Art. 1.1 j) RGR-04.

⁵³ Art. 1.1 l) RGR-04.

⁵⁴ Art. 1.1 n) RGR-04.

⁵⁵ Art. 1.1 ñ) RGR-04.

⁵⁶ Art. 4.1 g) RGR-95.

la Seguridad Social ... [se financiarán] de conformidad con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento»⁵⁷.

§ 11.—Los recargos e intereses —que son la rúbrica del Capítulo III del Título I del RGR-04— también han sufrido modificaciones dignas de reseñar, presentando todas ellas un común denominador, cual es el agravamiento de las consecuencias económicas resultantes de la ausencia del abono de las cuotas dentro del plazo reglamentario para su ingreso; y ello, con el fin de «incentivar el pago en plazo reglamentario y favorecer la eficacia de la actividad recaudatoria»⁵⁸.

De ellas, la más espectacular quizá sea la que se refiere a los recargos sobre cuotas, que, como se sabe, son aquellas cantidades que se devengan cuando éstas no son abonadas dentro del plazo reglamentario establecido para su ingreso⁵⁹. Y es que, hasta la modificación llevada a cabo en el art. 27 de la Ley General de la Seguridad Social por el art. 5.3 de la Ley 52/2003, los recargos podían ser de apremio o de mora, según se hubiese iniciado o no la vía de apremio frente al deudor. En cambio, la regulación actual establece un recargo único, de «cuantía variable y progresiva»⁶⁰, en función del tiempo que tarden en ingresarse las cuotas, «así como de la conducta del deudor»⁶¹, que dependerá de si ha existido o no presentación de los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario de ingreso de las cuotas⁶². De este modo, dependiendo del tiempo que haya transcurrido desde el incumplimiento hasta el abono de las cuotas, y dependiendo, además, de si se han presentado o no los documentos de cotización antes del transcurso del plazo establecido para el ingreso de las cuotas, el recargo irá desde un 3% —en el caso de que los sujetos responsables del pago hayan presentado los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario de ingreso y además abonen las cuotas debidas dentro del primer mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario para ello⁶³— hasta un 35% de la

⁵⁷ Art. 86.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

⁵⁸ J.R. MERCADER UGUINA y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Reflexiones en torno al reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social: el RD 1415/2004, de 11 de junio», cit., pág. 79.

⁵⁹ Cfr. art. 10 RGR-04.

⁶⁰ J.A. PANIZO ROBLES, «Novedades incorporadas en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio», en *Justicia Laboral*, 2004, núm. 19, pág. 16.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Por esta razón, se ha suprimido la condonación del recargo de mora que establecía el art. 59.3 RGR-95.

⁶³ En concreto, se aplicarán los siguientes: «1.º Recargo del tres por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas dentro del primer mes siguiente al vencimiento del plazo

deuda —si las cuotas son abonadas a partir de la terminación del plazo de ingreso de la reclamación de deuda o acta de liquidación⁶⁴.

En materia de intereses, por su parte, se introduce una institución realmente novedosa en el ámbito de la recaudación de recursos de la Seguridad Social. Me estoy refiriendo a los intereses de demora, que han sido incorporados al ámbito recaudatorio de la Seguridad Social por el art. 28 de la Ley General de la Seguridad Social, tras la reforma operada por la Ley 52/2003. Estos intereses de demora deberán ser exigidos, por regla general, cuando las deudas con la Seguridad Social no se abonen una vez transcurridos quince días desde el fin del plazo reglamentario de ingreso de la deuda⁶⁵, y consistirán en el interés legal del dinero «vigente en cada momento del período de devengo, incrementado en un 25 por 100»⁶⁶, devengándose bien desde el día siguiente al del vencimiento del plazo reglamentario de ingreso —si referido al principal de la deuda—, bien «desde el vencimiento del plazo de los 15 días naturales siguientes a la notificación de la providencia de apremio»⁶⁷ —si referido el interés al recargo que se aplique al principal de la deuda precisamente por el ingreso fuera de plazo—. Debe indicarse, por último, que los intereses de demora se devengarán mientras

reglamentario. 2.º Recargo del cinco por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas dentro del segundo mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario. 3.º Recargo del 10 por 100 de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas durante el tercer mes siguiente al del vencimiento del plazo reglamentario. 4.º Recargo del 20 por 100 de la deuda, si ésta se abonara una vez transcurrido el tercer mes desde la finalización del plazo reglamentario de ingreso, con independencia de si se hubiese notificado o no la providencia de apremio o hubiera comenzado el procedimiento de deducción» (art. 10.1 a) RGR-04).

⁶⁴ Más en concreto, «recargo del 20 por 100 de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas antes de la terminación del plazo de ingreso de la reclamación de deuda o acta de liquidación; y Recargo del 35 por 100 de la deuda, si se abonaran a partir de la terminación de dicho plazo de ingreso» (art. 10.1 b) RGR-04). Supuesto que se trate de «deudas con la Seguridad Social que tengan carácter de ingresos de derecho público y cuyo objeto esté constituido por recursos distintos a cuotas, cuando no se abonen dentro del plazo reglamentario que tengan establecido, se incrementarán con el correspondiente recargo previsto en el apartado 1.a) anterior, según la fecha del pago de la deuda» (art. 10.2 RGR-04); o lo que es igual, tendrán un recargo de entre un tres y un veinte por ciento de la deuda.

⁶⁵ Esto es, transcurridos quince días desde «la notificación de la providencia de apremio o desde la comunicación del inicio del procedimiento de deducción, sin pago de la deuda» (art. 11.2, párr. 1.º RGR-04). Pero es que será aplicable también «cuando se acordase la suspensión del procedimiento administrativo en los trámites del recurso contencioso-administrativo que se hubiese interpuesto contra las resoluciones desestimatorias de los recursos administrativos presentados contra una reclamación de deuda o acta de liquidación, si no se hubiese abonado el importe de la deuda en el plazo fijado en dichas resoluciones desestimatorias» (art. 11.2, párr. 2.º RGR-04).

⁶⁶ Art. 28.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

⁶⁷ Art. 11.1, párr. 2.º RGR-04.

no se ingrese en la Tesorería General de la Seguridad Social la totalidad de la deuda —con independencia incluso de que exista «impugnación administrativa o judicial de cualquier acto del procedimiento»⁶⁸—, aunque no podrán acumularse al principal de la deuda o al recargo «a efectos del cálculo de nuevos intereses»⁶⁹.

§ 12.—El tema de los responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social también ha sido objeto de modificaciones. La más inmediata de ellas es la simplificación y claridad expositiva que se observa en los nuevos preceptos reglamentarios que regulan este tema de los responsables del pago, frente a lo que ocurría anteriormente, pasando de los seis abigarrados artículos que contenía en el RGR-95 a los cinco lacónicos preceptos actuales del RGR-04. Así, por ejemplo, se ha sustituido —como ya se indicó anteriormente— el extensísimo art. 9 RGR-95, donde se listaban todos y cada uno de los sujetos obligados al pago de las deudas a la Seguridad Social, por el actual art. 12 RGR-04, que se limita a reproducir la genérica fórmula del art. 15.3 de la Ley General de la Seguridad Social, según la cual «son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas, o entidades sin personalidad, a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores «mortis causa» de aquéllos».

Una segunda modificación igualmente destacable es la que se refiere al alcance de la responsabilidad por la obligación de cotizar, que ahora puede dirigirse contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios del trabajador, aunque el empresario que figure en el contrato de trabajo sea otro distinto; ampliación ésta del ámbito subjetivo de la responsabilidad que trae causa de la modificación operada en el art. 15 de la Ley General de la Seguridad Social por la Ley 52/2003, con el objetivo de «hacer más eficaz y ágil la gestión recaudatoria ... [anticipándose] a la declaración judicial de responsabilidad en los ... supuestos de interposición ilícita en el contrato de trabajo»⁷⁰. Así, supuesto que a los órganos recaudadores les conste dicha circunstancia de cesión ilegal de trabajadores, podrán dirigir el procedimiento recaudatorio contra el verdadero empresario; y ello, incluso en

⁶⁸ Art. 11.1, párr. 4.º RGR-04.

⁶⁹ Art. 11.1, párr. 3.º RGR-04.

⁷⁰ J.R. MERCADER UGUINA y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Reflexiones en torno al reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social: el RD 1415/2004, de 11 de junio», cit., pág. 79.



aquellas ocasiones en la cuales dicho procedimiento se haya iniciado ya contra quien figure formalmente como empresario, puesto que la norma posibilita que se inicien nuevas actuaciones contra el «empresario efectivo» conforme al procedimiento establecido para los supuestos de responsabilidad solidaria, salvo, eso sí, que se aprecien otras circunstancias que determinen la concurrencia de responsabilidad solidaria⁷¹.

Otras novedades reseñables en materia de responsables del pago son las que se refieren a los preceptos que se ocupan de sus aspectos procedimentales, dentro de las que cabe destacar las dos siguientes. En primer lugar, aquella que afecta a la reclamación de deuda a los responsables solidarios por derivación, en la que se introduce como novedad el trámite de audiencia previa como paso previo necesario a la emisión de la reclamación de deuda, «salvo cuando se base en los mismos hechos y fundamentos de derecho que motivaron una previa reclamación de deuda por derivación al mismo responsable»⁷². La segunda de esas novedades se refiere a la exigencia de deudas a los responsables subsidiarios una vez constatada la insolvencia del deudor principal, puesto que la norma clarifica ahora cuáles son las cantidades exigibles al deudor subsidiario, indicándose a tales efectos que «la comunicación ... comprenderá la totalidad de la deuda exigible al deudor principal en el momento de su emisión, excluidos recargos, intereses y costas»⁷³.

§ 13.—Los medios de pago, regulados ahora en la sección 2.^a del Capítulo V del Título I del RGR-04, también han resultado afectados por la renovación legislativa. La primera de las novedades que pueden apreciarse a simple vista es que el pago en especie ya no aparece como medio para hacer frente a las deudas con la Seguridad Social, tal y como sucedía en el antiguo RGR-95⁷⁴, donde se recogía de manera expresa dicha posibilidad «cuando por Ley se autorice ... [y] en los términos y condiciones fijados en la Ley que lo hubiere establecido»⁷⁵.

Con todo, algunos autores mencionan la posibilidad de que el pago en especie pueda seguir siendo utilizado como medio de pago, siempre y cuando sea autorizado por la Tesorería General de la Seguridad Social⁷⁶; y ello, de

⁷¹ Cfr. art. 12.3 RGR-04.

⁷² Art. 13.4 RGR-04.

⁷³ Art. 14.2 RGR-04.

⁷⁴ Cfr. art. 26 RGR-95.

⁷⁵ Art. 26 RGR-95.

⁷⁶ J.R. MERCADER UGUINA y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Reflexiones en torno al reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social: el RD 1415/2004, de 11 de junio», cit., pág. 81.

acuerdo con lo dispuesto en el art. 24 RGR-04, donde se concluye que «las solicitudes para que la Tesorería General de la Seguridad Social autorice la utilización de medios de pago distintos al dinero de curso legal, el cheque o la transferencia deberán ser resueltas en el plazo de tres meses contados a partir del día en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros de aquélla». En estos casos, al contrario de lo que sucedía anteriormente con el art. 25 RGR-95, en el que se indicaba que, transcurridos tres meses sin que se hubiere dictado resolución por parte de la Administración, las solicitudes deberían entenderse estimadas; al contrario, digo, de lo que sucedía con el RGR-95, el actual art. 24 RGR-04 establece que «si transcurrido dicho plazo [de tres meses] no se hubiera dictado resolución, la solicitud se entenderá desestimada».

§ 14.—La quinta de las novedades reseñables dentro de las disposiciones generales del RGR-04 se refiere a las garantías de pago, que conforman ahora el Capítulo VI de su Título I. La primera de esas novedades es la limitación temporal de dichas garantías, puesto que ahora el art. 27.1 RGR-04 sólo admite como tales «las que ... puedan ejecutarse hasta, al menos, los seis meses siguientes al momento en que concurra la causa establecida para su ejecución».

Otra de las novedades en materia de garantías de pago que merece ser destacada es la que se refiere a sus tipos. Y es que, si bien hasta la entrada en vigor del RGR-04 el art. 31 RGR-95 admitía cualquier tipo de garantía, con tal de que se estimase suficiente por parte de los órganos recaudadores, lo cierto es que el actual RGR-04 presenta una clara preferencia por el «aval solidario formalizado por entidades financieras»⁷⁷, de modo tal que sólo «cuando no resulte posible, por causa justificada, la constitución del aval [solidario] ... , y siempre que la norma de aplicación lo permita, podrán admitirse otros medios de garantía»⁷⁸; medios dentro de los cuales, por cierto, se incluye ahora el «aval genérico»⁷⁹, en concepto de «garantía especial para responder del pago de todas y cada una de las deudas presentes y futuras que mantenga el sujeto responsable con la Tesorería General de la Seguridad Social»⁸⁰.

⁷⁷ Art. 28.1 RGR-04.

⁷⁸ Art. 28.2 RGR-04.

⁷⁹ Cfr. art. 29, párr. 1.º RGR-04.

⁸⁰ Art. 29, párr. 1.º RGR-04. Sin embargo, «la constitución del aval genérico no suspenderá el procedimiento recaudatorio iniciado o que pudiera iniciarse y determinará que se considere al sujeto responsable al corriente respecto de sus obligaciones de pago con la Seguridad Social, mientras que el importe avalado garantice suficientemente la deuda que pudiera generarse» (art. 29, párr. 2.º RGR-04).

La última novedad en el ámbito de las garantías de pago nos la ofrece el tenor del art. 30 RGR-04, rubricado «reembolso del coste de las garantías», puesto que en el se desarrolla, por fin, lo dispuesto en el art. 23 de la Ley General de la Seguridad Social, donde se afirma —desde el año 2001⁸¹, y por lo que aquí interesa— lo siguiente: «la Administración de la Seguridad Social reembolsará, previa acreditación de su importe, el coste de las garantías aportadas para suspender la ejecución de una deuda con la Seguridad Social, en cuanto ésta sea declarada improcedente por sentencia o resolución administrativa y dicha declaración adquiera firmeza». En este sentido, la novedad reside aquí en que cuando se hayan aportado garantías para suspender el procedimiento de recaudación de la deuda, y ésta sea declarada improcedente —tanto de manera absoluta como parcial— por sentencia o resolución administrativa firme, la Tesorería General de la Seguridad Social vendrá obligada a reembolsar el coste de dichas garantías y, además —he aquí la novedad—, el interés legal de las cantidades depositadas o consignadas —de nuevo, de manera total o parcial— «hasta los 30 días siguientes a la notificación al interesado de la resolución o sentencia».

§ 15.—Los aplazamiento de pago —objeto del Capítulo VII del Título I del RGR-04— también han visto alterada su regulación. En esta ocasión, las novedades que se observan traen causa de la nueva redacción otorgada al art. 20 de la Ley General de la Seguridad Social por la Ley 52/2003. De ellas, la más llamativa quizá sea la que se refiere a la institución misma objeto de modificación, puesto que tras la reforma se ha eliminado la posibilidad de fraccionar el pago de las deudas con la Seguridad Social, supuesto que los sujetos responsables del pago no hayan efectuado el ingreso de sus débitos en los plazos y términos establecidos en la norma. Resulta así, en suma, que al día de hoy la ausencia de pago sólo es susceptible de provocar —siempre y cuando, obviamente, el deudor cumpla los requisitos que la propia norma impone—, el aplazamiento de la deuda, que podrá ser así ingresada en un momento posterior⁸²; momento éste que, por cierto, no podrá ser superior a cinco años, tal y como dispone ahora el art. 31.2 RGR-04⁸³.

⁸¹ Cfr. el art. 24 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre), de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

⁸² Cfr. art. 31 RGR-04. Con todo, cierta doctrina sostiene que la ausencia normativa no significa que el aplazamiento haya dejado de existir como tal en nuestro ordenamiento (cfr. J.R. MERCADER ÚGUINA y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Reflexiones en torno al reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social: el RD 1415/2004, de 11 de junio», cit., pág. 82).

⁸³ Si bien, «cuando concurren causas de carácter extraordinario debidamente acreditadas, el órgano competente podrá elevar al Director General de la Tesorería General de la Segu-

Sobre las deudas con la Seguridad Social que pueden ser susceptibles de aplazamiento, deben mencionarse dos novedades importantes. La primera de ellas tiene por objeto las cuotas por contingencias profesionales y la aportación de los trabajadores correspondientes a las cuotas aplazadas que, si bien siguen sin poder ser objeto de aplazamiento, ven flexibilizado su régimen de ingreso, puesto que ahora se permite que tales aportaciones puedan ser ingresadas «en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la resolución por la que se conceda el aplazamiento»⁸⁴, cuando antes debían estar ingresadas como condición indispensable para el aplazamiento⁸⁵. La segunda novedad consiste en la posibilidad de aplazar el recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad e higiene que regula el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social, ya que con la nueva normativa podrá ser objeto de aplazamiento, siempre y cuando «se garantice íntegramente con aval»⁸⁶.

Por último, debe hacer hincapié en que, si bien en el RGR-95 tanto la solicitud como la eficacia del aplazamiento en el pago de cuotas se supeditaba al ofrecimiento y constitución de garantía de pago para cubrir el importe de la deuda —de tal manera que sin ella sería imposible la obtención del aplazamiento solicitado⁸⁷—, en la actualidad, sin embargo, el art. 33.2 RGR-04 admite la posibilidad de que el aplazamiento sea concedido incluso aunque no se haya otorgado garantía suficiente para cubrir el importe principal de la deuda⁸⁸ —incluidos recargos, intereses y costas—, siempre y cuando, eso sí, la misma se constituya en el plazo «de los 30 días naturales siguientes»⁸⁹ al de la notificación del aplazamiento, ya que, en caso contrario, el aplazamiento se entenderá incumplido, procediéndose sin más trámi-

ridad Social propuesta favorable para la concesión de otro período superior, dictándose por este último, en su caso, la correspondiente resolución» (art. 31.2 RGR-04). Al respecto, véase una Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 16 de julio de 2004 (BOE de 14 de agosto), sobre determinación de funciones en materia de aplazamientos de pago de deudas, reintegros de prestaciones indebidamente percibidas, compensación, desistimiento, convenios o acuerdos en procedimientos concursales y anuncios de subastas en Boletines Oficiales.

⁸⁴ Art. 32.1 RGR-04.

⁸⁵ Cfr. art. 41 RGR-95.

⁸⁶ Art. 32.2 RGR-04.

⁸⁷ Cfr. art. 42.2 RGR-95.

⁸⁸ En este sentido, el art. 33.4 RGR-04 actualiza los supuestos en los cuales se exige a los responsables del pago de la constitución de garantías para poder aplazar el pago de sus deudas (véase, al respecto, J.A. PANIZO ROBLES, «Novedades incorporadas en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio», cit., pág. 21).

⁸⁹ Art. 33.2 RGR-04.

te al procedimiento de apremio «que se hubiera iniciado antes de la concesión»⁹⁰. Es decir, «la constitución de garantías suficientes no se configura ya como una condición suspensiva en la concesión de los aplazamientos, sino como condición resolutoria»⁹¹.

§ 16.—La devolución de ingresos indebidos —que ahora regula el Capítulo XI del Título I del RGR-04— también ha sido objeto de modificaciones. Así, sobre la base de que todo sujeto responsable del pago de cualquiera de los recursos que son objeto de la gestión recaudatoria tiene derecho a la devolución, total o parcial, del importe de los ingresos que se hubiesen recaudado por error —cualquiera que fuese el momento del ingreso y la causa que lo hubiera originado⁹²—, son sólo tres los aspectos de la nueva regulación que merecen ser destacados.

El primero de ellos es el que se limita a incluir dentro de la cantidad a devolver el «interés de demora ... desde la fecha de su ingreso ... hasta la fecha de propuesta de pago»⁹³, lo que es congruente, por lo demás, con la novedad que ha supuesto —se vio en su momento— la incorporación del interés de demora en el ámbito de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social.

Una segunda novedad la constituye la incorporación de un nuevo supuesto de improcedencia de la devolución; y es que, si bien es cierto que hasta la entrada en vigor del RGR-04 el único supuesto de no devolución de ingresos indebidos que contemplaba la norma era aquel en el cual el «ingreso de las cuotas se [hubiera] producido maliciosamente»⁹⁴, también lo es que ahora el art. 44.1 RGR-04 impide la devolución cuando «fuese deudor a la Seguridad Social o tuviese concedido un aplazamiento o moratoria», ya que en cualquiera de estos casos «el importe del ingreso erróneo se aplicará a la deuda pendiente de ingreso o amortización»⁹⁵.

En fin, la tercera de las novedades anunciadas es la que se ocupa de actualizar el plazo de prescripción al que se somete el derecho a la devolución de ingresos indebidos, que desde la publicación de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre —que modificó, entre otros, el art. 23 de la Ley General de

⁹⁰ Art. 36 RGR-04.

⁹¹ J.A. PANIZO ROBLES, «Novedades incorporadas en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio», cit., pág. 21.

⁹² Véase art. 44.1 RGR-04.

⁹³ Art. 44.1, párr. 2.º RGR-04.

⁹⁴ Art. 44.2 RGR-04.

⁹⁵ Párr. 1.º Salvo, eso sí, «para el caso de deuda exigible garantizada mediante ... aval genérico» (art. 44.1, párr. 1.º).

la Seguridad Social—, pasó a ser de cuatro años, «a contar del día siguiente al ingreso de los mismo»⁹⁶, frente a los cinco que el RGR-95 aún mantenía en su art. 44.6⁹⁷; anacronismo legislativo éste que ha sido finalmente corregido y adaptado en el nuevo art. 44.3 RGR-04, donde se dispone ahora que «El derecho a la devolución de ingresos indebidos de cuotas prescribirá a los cuatro años, a contar desde el día siguiente a su ingreso. Una vez reconocida la procedencia de la devolución, el derecho a exigir su pago caducará a los cuatro años a contar desde la fecha de notificación del acto de reconocimiento».

§ 17.—La penúltima de las novedades macroscópicas que contempla el nuevo RGR-04 es la referida a la concurrencia de acreedores. Se trata de una materia claramente influida por la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que ha dado nueva redacción a determinados preceptos de la Ley General de la Seguridad Social, lo que ha obligado, a su vez, al legislador a incorporar esas novedades en el RGR-04, que cuenta ahora con un nuevo Capítulo XIII, dedicado precisamente a regular la concurrencia de acreedores, y en el cual se tratan los siguientes aspectos: 1) la preferencia de créditos, donde se regula la prelación de créditos, gozando aquí de especial tratamiento aquellos que se refieran a «cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta»⁹⁸; 2) los conflictos de procedimiento y la concurrencia de embargos, entre el procedimiento de apremio y otros procedimientos ejecutivos singulares, administrativos o judiciales, que se solventan, por regla general, con arreglo a un criterio de prioridad temporal⁹⁹; y 3) la intervención de la Tesorería General de la Seguridad Social en los concursos que se declaren al responsable del pago de deudas con la Seguridad Social¹⁰⁰.

§ 18.—Por último, es también de destacar en noveno lugar lo dispuesto en el art. 52 RGR-04, donde se regula un nuevo régimen de imputación de ingresos —o de pagos, que es la rúbrica del art. 29 de la Ley General de la Seguridad Social, que es, por cierto, la causa inmediata de este precepto del RGR-04—, o lo que es igual, donde se dispone qué hacer con las cantidades entregadas voluntariamente por los obligados al pago cuando con anterioridad «en el procedimiento recaudatorio no se [ha] logra[do] el pago

⁹⁶ Art. 23.1.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

⁹⁷ Plazo que además era de caducidad.

⁹⁸ Art. 48.1 RGR-04.

⁹⁹ Cfr. art. 49 RGR-04.

¹⁰⁰ Cfr. art. 50 RGR-04.



de la totalidad de la deuda, sino únicamente de una parte»¹⁰¹. Con este fin, el precepto distingue ahora dos supuestos claramente diferenciados, según «los pagos parciales se efectúen en período voluntario o en vía ejecutiva»¹⁰².

3.2. En el procedimiento de recaudación en período voluntario

§ 19.—El RGR-04 dedica su Título II —como se indicó en su momento— a regular el «Procedimiento de recaudación en período voluntario», a través de un abigarrado conjunto de 29 preceptos (arts. 55 a 83), cuyo propósito es el de reglamentar los artículos 25 a 32 de la Ley General de la Seguridad Social, que es donde se contiene la normativa a propósito de aquellos supuestos en los cuales los responsables del pago ingresan las deudas con la Seguridad Social de manera voluntaria, dentro de un arco temporal comprendido entre el inicio del plazo reglamentario de ingreso —que, en el caso de las cuotas, suele coincidir con en el primer día del mes siguiente al que corresponda su devengo—, y la providencia de apremio, que inicia la vía de recaudación ejecutiva. Pues bien, dentro de esta parcela de la recaudación en período voluntario tres son los aspectos novedosos que, a mi entender, merecen ser destacados.

§ 20.—El primero de ellos viene referido a la obligatoria presentación de los documentos de cotización, que ahora se contempla en el art. 59 RGR-04, sobre la que cabe destacar lo siguiente: 1) se incorpora una nueva ficción legal, cual es la de entenderse presentados en plazo reglamentario los documentos de cotización «correspondientes a trabajadores de los Regímenes Especiales de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y de Empleados de Hogar, los relativos a las cuotas fijas de convenios especiales, del Régimen Especial Agrario y Régimen Especial de los Trabajadores del Mar»¹⁰³, siempre que los mismos se refieran a «períodos posteriores a la presentación del alta en los supuestos en que ésta proceda»¹⁰⁴; y 2) se precisa que «la falta de recepción de los documentos de cotización, cuando éstos sean expedidos por la Tesorería General de la Seguridad Social, no libe-

¹⁰¹ J.A. PANIZO ROBLES, «Novedades incorporadas en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio», cit., pág. 24.

¹⁰² J.A. MARTÍNEZ LUCAS, «Análisis del nuevo Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social: el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio», cit., pág. 2554.

¹⁰³ Art. 59.2 b) RGR-04.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

rará al sujeto responsable de la obligación de pagar dentro de plazo reglamentario»¹⁰⁵.

§ 21.—El segundo de esos tres aspectos novedosos del Título II del RGR-04 aparece cuando el sujeto responsable no efectúa el pago de la deuda dentro del plazo reglamentario establecido para ello —que, recuérdese, si referido al abono de cuotas, será el mes siguiente al que corresponda su devengo—. Como es sabido, en estos casos la Tesorería General de la Seguridad Social viene obligada a expedir, por lo que aquí interesa: 1) reclamaciones de deuda, a través de las cuales se notifica al responsable del pago la existencia de una deuda por falta de cotización o diferencias de importe, exigiendo así su cumplimiento; o 2) actas de liquidación, mediante las que se exige el pago de deudas derivadas principalmente de la ausencia de afiliación o alta de trabajadores¹⁰⁶.

En esta ocasión, las novedades salen a relucir cuando se da alguno de los distintos supuestos que provocan la expedición de cualquiera de esos dos títulos, si bien, sólo merecen ser destacadas, a mi entender, las novedades relativas a las reclamaciones de deuda, y dentro de ellas, sólo aquella que supone la exclusión, dentro de los supuestos en los cuales procedería la reclamación de deuda, de aquellos relativos a las «deudas por cuotas relativas a trabajadores dados de alta incluidos en los Regímenes Especiales de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y Empleados de Hogar, por cuotas fijas del Régimen Especial Agrario y del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, las de convenio especial así como las relativas al Seguro Escolar y cualquier otra cuota fija establecida o que se establezca»¹⁰⁷.

§ 22.—En fin, cabe también destacar aquí —dentro del procedimiento de recaudación en período voluntario— las novedades incorporadas al Capítulo III del Título II del RGR-04, dedicado a la «recaudación de otros recursos». Aquí la primera de las novedades tiene por causa las prestaciones y capitales coste de pensiones y de renta cierta temporal a cargo de mutuas y empresas, ya que ahora se exige firmeza en la resolución de las entidades gestoras que hayan declarado la responsabilidad de la mutua o del empresario¹⁰⁸, en contraste con el RGR-95, para el que bastaba con que la entidad gestora notificara a la Tesorería General de la Seguridad Social «las resolu-

¹⁰⁵ Art. 59.3 RGR-04.

¹⁰⁶ Cfr. art. 61 a 66 RGR-04.

¹⁰⁷ Art. 80 d) RGR-95. Lo cual cobra sentido si se atiende al dato de que ahora, supuesto que se den esas deudas por cuotas, se dictará providencia de apremio (cfr. art. 85.1 b) RGR-04).

¹⁰⁸ Art. 69.3 RGR-04.

ciones que hubiere dictado al efecto, tanto si fueran o no definitivas en vía administrativa»¹⁰⁹.

Por último, cabe hacer mención también del novedoso art. 81 RGR-04, donde se contiene todo lo relativo a la recaudación de las costas procesales en aquellos litigios en los cuales haya pleiteado una entidad gestora o un servicio común de la Seguridad Social. Así, de acuerdo con lo previsto en ese novedoso art. 81 RGR-04, siempre que se condene en costas a la parte que hubiera litigado contra la Seguridad Social, una vez firme el auto aprobatorio de la tasación de costas, «la Tesorería General de la Seguridad Social emitirá reclamación de deuda en la que se indicará el importe de las costas y el plazo reglamentario de ingreso que finalizará el último día hábil del mes siguiente al de su notificación»¹¹⁰. Ahora bien, si transcurrido dicho plazo la parte deudora no hubiera ingresado las costas, la Tesorería General de la Seguridad Social «iniciará el procedimiento de apremio mediante la emisión de la correspondiente providencia de apremio con los recargos e intereses que procedan»¹¹¹.

3.3. En el procedimiento de recaudación en vía ejecutiva

§ 23.—El procedimiento de recaudación en vía ejecutiva —que aparece regulado en el Título III del RGR-04 (arts. 84 a 135), y que tiene como fin el obtener de manera coactiva el pago de las deudas de Seguridad Social— se inicia ahora cuando los sujetos responsables no han ingresado las cuotas dentro del plazo reglamentario establecido para ello, o bien —en el resto de los casos— cuando, sin pago de la deuda, haya transcurrido el plazo fijado en la reclamación de deuda o en el acta de liquidación, siempre que ambas hayan adquirido firmeza en vía administrativa¹¹². Así las cosas, las novedades que, a mi modo de ver, se pueden observar a simple vista son las tres siguientes.

§ 24.—La primera de ellas es la que se contempla en los preceptos dedicados a regular la «iniciación del procedimiento de apremio»¹¹³, sobre los que ya se ha anticipado algo anteriormente. Lo más destacable aquí es, en primer lugar, que el procedimiento de recaudación en vía ejecutiva ya no se inicia automáticamente por imperio de la ley una vez transcurridos los pla-

¹⁰⁹ Art. 89.3 RGR-95.

¹¹⁰ Art. 81.2 RGR-04.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Cfr. art. 85 RGR-04.

¹¹³ Capítulo I, del Título III del RGR-04.

zos reglamentarios¹¹⁴, sino que se hace necesario que la Tesorería General de la Seguridad Social expida «la providencia de apremio», que se constituye así como «título ejecutivo suficiente para el inicio del procedimiento de apremio ... y tiene la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los responsables del pago de la deuda»¹¹⁵. La consecuencia más inmediata de todo ello es que desaparece la figura del «oposición al apremio», que era, hasta la publicación del RGR-04, una de las formas de oponerse al apremio con las que contaba el deudor contra el que se hubiere despachado providencia de apremio¹¹⁶, «cuya resolución era susceptible de recurso de alzada, lo que provocaba una dilación en el pago de la deuda»¹¹⁷. Hoy en día, en cambio, el RGR-04 sólo contempla como admisible para oponerse a dicha providencia de apremio el recurso de alzada basado en alguno de los motivos —que deberán ser debidamente justificados— tasados del art. 86 RGR-04¹¹⁸.

En fin, creo que merece la pena mencionar también aquí que las «actuaciones del procedimiento de apremio para el cobro de la deuda podrán prever un incremento sobre la cuantía exigible de hasta un 10 por 100, en concepto de previsión de costas e intereses que puedan devengarse hasta el momento del efectivo cobro»¹¹⁹, sin que la previsión de costas pueda «superar el tres por ciento del importe de la deuda»¹²⁰.

§ 25.—La segunda de las novedades anunciadas se encuentra en el Capítulo II del Título III del RGR-04 (arts. 89 a 109), que es el encargado de regular todo lo relativo al embargo de bienes, que, como se sabe, se dará siempre que la providencia de apremio haya adquirido firmeza en vía administrativa sin que se haya efectuado el ingreso de la deuda, resultando ser, por lo tanto, «la base de todo el procedimiento [de recaudación ejecutiva], que se desenvuelve mediante la expedición de la providencia de embargo,

¹¹⁴ Cfr. arts. 105, 106 y 107 RGR-95.

¹¹⁵ Art. 84.1, párr. 1.º RGR-04. Sobre los ligeros ajustes en su contenido, véase art. 84.2 RGR-04.

¹¹⁶ Cfr. art. 111 RGR-04.

¹¹⁷ J.R. MERCADER UGUINA y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Reflexiones en torno al reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social: el RD 1415/2004, de 11 de junio», cit., pág. 91.

¹¹⁸ Esos motivos, que aparecen listados en el núm. 1 del art. 86, serían los siguientes: «a) Pago; b) Prescripción; c) Error material o aritmético en la determinación de la deuda; d) Condonación, aplazamiento de la deuda o suspensión del procedimiento; y e) Falta de notificación de la reclamación de deuda, cuando ésta proceda, del acta de liquidación o de las resoluciones que éstas o las autoliquidaciones de cuotas originen».

¹¹⁹ Art. 87.3 RGR-04.

¹²⁰ *Ibidem*.

mediante la que se declara la traba o apoderamiento de los bienes y los derechos del deudor en cantidad suficiente para que cubra el importe global de la deuda»¹²¹.

Aquí son de destacar, en primer lugar, las modificaciones operadas en materia de orden de prelación en el embargo de bienes, puesto que ahora se exige a las «unidades de recaudación ejecutiva»¹²² que en el embargo de los bienes del deudor se siga un orden «determinado por la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el apremiado»¹²³, cuando antes lo que se hacía era una remisión en bloque a la Ley de Enjuiciamiento Civil; norma ésta a la que deberá seguir sujetándose ahora el embargo de bienes de manera subsidiaria, esto es, sólo cuando por circunstancias de la ejecución resulte imposible la aplicación de los criterios de mayor facilidad y menor onerosidad¹²⁴.

Un segundo hecho de relevancia en materia de embargo de bienes se presenta si atendemos a lo previsto en el Capítulo III del Título III del RGR-04, que es donde se contienen los preceptos que tratan el tema de la enajenación de los bienes embargados (arts. 110 a 126), cuyo propósito es regular el proceso de venta de los bienes embargados durante la vía ejecutiva a los deudores del sistema, con el fin de que el embargado salde la deuda que mantenía con la Seguridad Social. Para ello, la norma contempla ahora un doble sistema de enajenación: la subasta —que es el «procedimiento ordinario para la realización de los bienes embargados»¹²⁵— y el concurso —que, obviamente, sólo podrá darse cuando se aprecie la existencia de circunstancias extraordinarias¹²⁶—; antes de la reforma, sin embargo, se admitía como forma de enajenación la «venta por gestión directa»¹²⁷, siendo ésta la única de las modificaciones reseñables en materia de enajenación de bienes embargados, puesto que la demás novedades —que las hay— se refieren a aspectos microscópicos de los procedimientos de enajenación.

¹²¹ J.A. PANIZO ROBLES, «Novedades incorporadas en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio», cit., pág. 30.

¹²² Como se sabe, estas unidades de recaudación ejecutiva son los órganos administrativos competentes para «la ejecución forzosa del patrimonio del deudor, en los términos establecidos en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en este Reglamento, y para las actuaciones que les correspondan, en orden al aseguramiento de dicha ejecución forzosa o a la regularización del pago por el sujeto responsable» (art. 2.3 RGR-04).

¹²³ Art. 91.1 RGR-04.

¹²⁴ Art. 91.2 RGR-04.

¹²⁵ Art. 113.1 RGR-04.

¹²⁶ En efecto, «tratándose de bienes muebles o semovientes el director provincial podrá autorizar su enajenación por concurso, cuando las circunstancias concurrentes, el volumen o el valor de los bienes así lo aconsejen» (art. 113.1 RGR-04).

¹²⁷ Arts. 143.1, 152 y 153 RGR-95.

§ 26.—En fin, las últimas novedades que merecen ser reseñadas dentro del Título III del RGR-04 —haciendo abstracción de las contenidas en los preceptos que regulan las costas del procedimiento en el Capítulo IV de la norma¹²⁸—, se encuentran ubicadas dentro de su Capítulo VI¹²⁹, dedicado a regular las «tercerías que se susciten en el procedimiento de apremio»¹³⁰, con el fin —al igual que sucede en el ámbito del derecho procesal civil— de que todo aquel que afirme ser propietario (tercería de mejor dominio) o que asegure ostentar un derecho preferente en la enajenación (tercería de mejor derecho) de bienes embargados por la Tesorería General de la Seguridad Social pueda oponerse al embargo.

Aquí las novedades más destacables son, a mi modo de ver, las tres siguientes: 1) se incorpora un nuevo supuesto de inadmisión de tercerías, puesto que ahora no se admitirán a trámite las reclamaciones previas en tercerías «cuando se trate de segunda o ulterior tercería que se funde en títulos o derechos que poseyera el tercerista al tiempo de interponer la primera»¹³¹; 2) si la tercería fuera de mejor derecho, se deberá dar traslado de la reclamación previa en tercería al deudor, al «objeto de que pueda aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, especialmente los relativos a la cuantificación y subsistencia del crédito del tercerista»¹³²; y 3) se amplían a 20 los días con los que cuenta el tercerista para interponer demanda ante los órganos jurisdiccionales del orden civil tras habersele notificado «la resolución recaída o, en su caso, desde el día en que presuntamente se entienda desestimada la tercería»¹³³, si lo que se pretende es que sigan en suspenso los trámites del procedimiento de apremio¹³⁴.

¹²⁸ Véanse los arts. 127 y 128 RGR-04.

¹²⁹ Arts. 132 a 135 RGR-04.

¹³⁰ Art. 132 RGR-04.

¹³¹ Art. 133.2 b) RGR-04.

¹³² Art. 134.2 RGR-04.

¹³³ Art. 135.3 RGR-04.

¹³⁴ Conforme a lo dispuesto en el art. 134.1 c), si se tratase de una reclamación previa en tercería de dominio el procedimiento de apremio se suspenderá «en cuanto a los bienes controvertidos, en tanto la tercería se resuelva».



LA REFORMA DEL DESPIDO EN ALEMANIA: UNA NUEVA INCURSIÓN FLEXIBILIZADORA SOBRE LOS MECANISMOS DE SALIDA DEL MERCADO DE TRABAJO

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

*Colaboradora-Doctora. Área de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

EXTRACTO

Para tratar de hacer frente a la complicada situación económica que en la actualidad afecta a Alemania, se están llevando a cabo en los últimos años, un conjunto de reformas sobre su mercado de trabajo, integradas dentro del Programa «Agenda 2010».

Las medidas adoptadas hasta el momento y las anunciadas para los próximos meses, están resultando en su mayor parte impopulares, puesto que vienen a suponer una mayor flexibilización del mercado laboral y un recorte significativo de las prestaciones sociales, lo que ha hecho que obtengan una dura respuesta ciudadana y sindical.

Entre ellas, ha merecido nuestra atención en este trabajo de investigación, las modificaciones que han tenido lugar sobre la protección con la que cuentan los trabajadores que resulten afectados por decisiones extintivas, intentando poner de manifiesto el recorte que en términos generales ha venido a operarse sobre esta protección.

Nos queda por ver si con estas modificaciones se consigue realmente el proclamado objetivo de incrementar los niveles de empleo en el país germano. Además, la dificultad que rodea a la propia interpretación de este régimen de protección frente al despido, unido a la amplia variedad de situaciones transitorias que han quedado constituidas al amparo de esta reforma, con la consiguiente necesidad de determinar por qué solución habrá que optar en cada supuesto concreto, se deja sentir aún más en las empresas de pequeñas dimensiones. Este impacto más adverso de la reforma en las empresas de menores dimensiones puede actuar en la práctica como elemento desincentivador para la creación de empleo en las mismas, ante el temor de que, una variación en volumen de sus trabajadores, conlleve la necesidad de someter la decisión extintiva empresarial al complicado régimen previsto para la protección frente al despido.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO GENERAL
 - 1.1. Contexto en que se produce la reforma en materia de despido
 - 1.2. Dificultades surgidas durante la tramitación parlamentaria
2. ESTRUCTURA DE LA LEY DE REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO
3. MODIFICACIONES OPERADAS SOBRE LA LEY DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO
 - 3.1. Génesis de la Ley
 - 3.2. Su complejo ámbito de aplicación
 - 3.3. Tratamiento de las situaciones transitorias creadas al amparo de esta Ley
 - 3.4. Interpretación del adverbio «regularmente», a efectos de la aplicación del régimen de protección frente al despido
 - 3.5. Valoración del Trabajo a Tiempo Parcial a efectos de determinación del umbral numérico
 - 3.6. Determinación del límite temporal previsto para la aplicación de la Ley
4. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO
 - 4.1. Relación de causas reguladas en la Ley
 - 4.2. Obligación del empresario de valorar los «aspectos sociales del trabajador»
 - 4.3. Elaboración de una lista de trabajadores susceptibles de quedar afectados por la decisión extintiva; 4.4 Plazo para la presentación de la demanda frente al despido
5. CONCLUSIONES

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

1.1. Contexto en que se produce la reforma en materia de despido

De manera prácticamente coetánea al momento en que en España se prometía por parte del Partido Socialista, hoy en el Gobierno de la Nación, el desarrollo y la profundización en la Política Social, en Alemania se producía una nueva reducción del «patrimonio garantista» de los derechos de los trabajadores, mediante una significativa reforma llevada a cabo por la «*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*», Ley para la Reforma del Mercado de Trabajo. Varias son las razones que se han esgrimido como justificativas de esta reforma, que ha venido a afectar principalmente a la controvertida cuestión de la protección frente al despido, algunas de las cuales tienen incluso carácter histórico¹.

En este sentido se ha aducido la necesidad sentida por los sucesivos Gobiernos alemanes que han venido detentando el poder, desde que se produjera la reunificación alemana, de hacer frente a numerosos problemas, fun-

¹ Así se ha traído a colación la «*Perestroika*» puesta en marcha por Gorbachov en la URSS y las consiguientes revoluciones de carácter pacíficas que se produjeron durante varios meses en la Alemania del Este, en contra del mantenimiento de la división Este/Oeste que padecía este país, las cuales, desembocaron en la conocida reunificación de toda Alemania.



damentalmente derivados de la patente desigualdad —social, económica, política...— existente entre las distintas zonas en que había quedado dividido el país² y las exigencias derivadas de la necesidad de lograr su plena integración en Europa. Han sido estas exigencias precisamente entre otros motivos, una de las razones esgrimidas para justificar el austero programa económico que se ha venido desarrollando en el país alemán, especialmente desde 1998, con el fin de contener el incesante incremento del gasto público y de las tasas de desempleo.

A esta situación hay que sumarle la existencia de problemas de ineficiencia económica y política que venía arrastrando el país, no ya sólo desde la mencionada reunificación, sino incluso desde las dos décadas anteriores a este hecho, en las que llegó a provocarse un evidente punto de inflexión en el comportamiento de la curva nacional de empleo, en un país que había aparecido tradicionalmente como receptor de mano de obra extranjera, y por tanto, con exceso de ofertas de empleo. Por el contrario, Alemania empieza a padecer en esa época, un aumento significativo de las cifras de desempleo que en el año 1982 se cifraba en 7,5% de la población³, llegando en la actualidad a representar un 10,3%⁴.

Sobre la grave situación económica que padece el país, han venido igualmente a influir la notoria crisis de la filosofía inspiradora del desarrollo del Estado de Bienestar que se detecta en el conjunto de países de la Unión Europea, así como la drástica disminución de los nacimientos experimentada en todos ellos, que llega a poner en grave riesgo el propio mantenimiento de los actuales sistemas nacionales de protección social, y especialmente, la huida de capitales empresariales a países extranjeros donde la mano de obra resulta más barata. Esta última situación se ha visto agravada recientemente, debido a la acuciante amenaza de deslocalización industrial que está sufriendo el país germano —otros países industrializados lo sufren igualmente, como Francia, que incluso ha preparado un Plan específico de lucha contra la «deslocalización industrial»; también España—, a consecuencia de la incorporación, el 1 de mayo del presente año, de nuevos miembros a la Unión Europea, cuyos Gobiernos con el fin de atraer hacia sus territorios industrias situadas en otros Estados, no han dudado en ofrecer recortes en sus sistemas salariales y sociales.

² La reunificación alemana provocó serios problemas económicos, habida cuenta la escasa competitividad de los sectores económicos de la zona del Este, motivo por el cual, se hacía necesario crear una industria competitiva en esta zona, que permitiera la creación de puestos de trabajo suficientes para la población, proceso que fue conocido como *Aufbau Ost*.

³ ADOMEIT, K, *Die Agenda 2010 und das Arbeitsrecht. Eine Reform im Kampf gegen Widerstände*. Olzog Verlag GmbH, München, 2004, página 17.

⁴ Datos relativos al mes de octubre del año 2004, facilitados por la Oficina Federal de Trabajo.

1.2. Dificultades surgidas durante la tramitación parlamentaria

Todos estos aspectos sirven de justificación a la necesidad sentida por los gobernantes alemanes de llevar a cabo una profunda reforma sobre su mercado de trabajo. Así, ante la sempiterna discusión a cerca de si una flexibilización de la protección frente al despido sirve realmente para fomentar la creación de empleo, o si por el contrario, sigue siendo necesario dispensar a los trabajadores una adecuada protección frente a estas situaciones y su consecuencia más inmediata, la extinción de su contrato, el 18 de junio de 2003 fue presentado por el Gobierno Alemán, presidido por el Canciller Schröder, un Proyecto de Ley elaborado conjuntamente por los partidos miembros del Gobierno, el SPD y los Verdes, enmarcado dentro del programa denominado Agenda 2010, donde se hayan contenidas las distintas iniciativas que el Gobierno considera necesario emprender para cumplir los objetivos acordados en el Consejo de Lisboa de cara a esta fecha, en lo que a niveles de empleo se refiere⁵.

En el citado Proyecto, el empleo y la economía son considerados el corazón de la Reforma. Una reforma que se reviste bajo el lema del cambio, es decir, de la necesidad de realizar profundos cambios sobre el país, a fin de «modernizar su mercado de trabajo para volver a ser el referente económico y social europeo»⁶ que fue en otro tiempo.

Tras la presentación del citado Proyecto de Ley, el mismo fue analizado por la Comisión de Economía y Trabajo, que recomendó la realización de algunos cambios al texto, antes de someterlo a su aprobación por el Congreso. El 26 de septiembre de 2003, el texto obtuvo el respaldo de este Órgano. Pero no acabarían con ello los avatares surgidos al hilo de la promulgación de esta polémica ley, sino que de su paso por el Senado, surgieron serias divergencias que dificultaban su aprobación definitiva, hasta el punto de requerirse la intervención de la Comisión Interparlamentaria. Finalmente tras esta intervención, fue salvado el texto definitivo de la Ley, y tuvo lugar su aprobación parlamentaria el 24 de diciembre, publicándose el 30 de diciembre de 2003 en el Boletín Oficial del Estado⁷, bajo el título «*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarktreform*». Su entrada en vigor se pro-

⁵ Estos objetivos consisten en alcanzar para el año 2010 una tasa de empleo del 70% de la población europea de 15 a 64 años, lo que exigirá un crecimiento medio de empleo del 1,1 anual; una tasa de ocupación del 50% de la población europea de 55 a 64 años. Para el empleo femenino se fija el objetivo de alcanzar una tasa del 60% en el horizonte del 2010. Fuente: Conclusiones del Consejo de Lisboa. Boletín U.E 3/2000. <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/es/200003/i1014.htm>

⁶ Así se expresa la declaración gubernamental de 01.06.2003.

⁷ Bundesgesetzblatt, 30 de diciembre de 2003, número 67, 3002 a 3007.



ducía con el comienzo del nuevo año, el día 1 de enero de 2004, tal y como establece el artículo 5.º del citado cuerpo legal.

2. ESTRUCTURA DE LA LEY DE REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO

Estamos ante una Ley relativamente breve, compuesta por cinco artículos, que viene a incidir de manera desigual sobre cada una de las seis leyes a las que afecta. Éstas son: la Ley de Protección contra el despido «*Kündigungsschutzgesetz*» —en adelante KSchG— (art. 1); la Ley del contrato temporal y del contrato a tiempo parcial «*Änderung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes*» —en adelante TzBfG— (art. 2); el tercer Libro del Código Social «*Änderung des drittes Sozialgesetzbuch*» —SGB— (art. 3); la Ley de Insolvencia «*Änderung der Insolvenzordnung*» (art. 4); la Ley de Navegación —*Änderung des Seemannsgesetzes*— (art. 4 a) y la Ley que regula la jornada laboral —*Änderung des Arbeitszeitgesetzes*—. (Art. 4 b).

Los aspectos más relevantes que contiene la nueva legislación son aquellos que tienen una incidencia directa sobre la regulación vigente hasta ese momento en Alemania, respecto a la protección frente al despido que va a resultar aplicable a los trabajadores que desarrollan su actividad laboral en pequeñas empresas, motivo por el cual, limitaremos el análisis exhaustivo de la mencionada Ley de Reforma, a las consecuencias que, a partir de su entrada en vigor, se dibujan para este colectivo.

Precisamente por este motivo, quizás no esté de más adelantar en este momento, a falta de su estudio pormenorizado en las páginas siguientes, algunos de los aspectos más destacados de la reforma llevada a cabo en este punto. En este sentido, podemos adelantar que se ha logrado dotar de una mayor concreción a distintos aspectos de la regulación del despido por motivos económicos, e igualmente se han logrado introducir mayores dosis de certidumbre en la determinación del plazo hábil para interponer la demanda judicial, por parte del trabajador afectado por la decisión extintiva. Respecto a otras cuestiones, la valoración de la reforma no puede ser, como tendremos ocasión de comprobar, tan positiva, debido entre otros motivos, a la gran variedad de situaciones transitorias que han venido a crearse al amparo de la nueva ley, a cada una de las cuales, será preciso dispensarle un tratamiento diferente, lo que viene a dificultar en exceso la aplicación de la ley.

Respecto a aquellas otras modificaciones que la Ley de Reforma ha operado sobre distintas leyes con incidencia para el mercado de trabajo alemán, podemos destacar la llevada a cabo sobre la Ley del Contrato Temporal y del Contrato de Trabajo a tiempo parcial, respecto a la cual, la reforma ha venido a facilitar que en los cuatro años posteriores a la constitución de una

empresa, pueda su titular acordar la celebración de contratos temporales, sin necesidad de que concurra causa objetiva para ello, situación esta que podrá extender su vigencia en el tiempo, hasta un plazo máximo de cuatro años. Sin embargo, esta solución no resulta extrapolable para el caso de nuevas sociedades, que hayan surgido como resultado de procesos de reestructuración de antiguas empresas o grupos de empresas.

Asimismo, esta Ley de Reforma que venimos comentando, ha introducido una sustancial modificación sobre el Tercer Libro del Código Social, en el que se ha llevado a efecto un significativo recorte y endurecimiento en la percepción del derecho a la prestación por desempleo. En este sentido, el periodo durante el cual, se tiene ahora derecho a percibir la citada prestación, se calculará en función del tiempo que el trabajador haya estado cotizando y la edad que éste tenga, en el momento en que dé comienzo el derecho al percibo de la prestación (parágrafo 127.º y disposiciones transitorias de la Ley).

La consecuencia que de ello se hace derivar es como decimos, una significativa reducción del periodo en el cual se tiene derecho a percibir dicha prestación, lo cual por otro lado, se presenta sólo como antesala de la política de recortes sociales en que el Canciller Schröder parece estar dispuesto a profundizar, mediante la aprobación prevista para finales del año 2004, de una intensa modificación de la protección frente al desempleo, lo que viene provocando numerosas manifestaciones, especialmente en la antigua Alemania del Este⁸, cuyas cuotas de desempleo son significativamente más elevadas⁹.

3. MODIFICACIÓN OPERADA SOBRE LA LEY DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

Del total de modificaciones que la Ley de Reforma lleva a cabo, la que ha despertado mayor interés hasta el momento, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, es la que afecta a la Ley de Protección frente al Despedido —KSchG—, la cual se ha visto sometida a profundas variaciones.

⁸ Durante el pasado mes de agosto, miles de alemanes se manifestaron masivamente contra las medidas de recortes sociales del conjunto normativo HARTZ-IV, no solo en Berlín y en ciudades de Sajonia, sino también en ciudades de la Alemania Occidental como Colonia, Dortmund, Stuttgart y Saarbrücken.

⁹ Así, mientras que en junio de 2004, la tasa de desempleo no alcanza el 15% en lo que era Alemania Occidental, éste porcentaje es ampliamente superado en la Alemania del Este. Así, por ejemplo, la cuota de desempleo oscila entre el 15,1% de Pirna y el 24,8% de Sangerhausen, pasando por una tasa de desempleo del 17,6% de Magdeburgo y Berlín, 18,9% de Leipzig y 19,3% de Rostock. Fuente: Servicio Público de Empleo Alemán.

La Ley de Reforma del Mercado de Trabajo ha venido a suponer en este punto, la introducción de una serie de medidas, que en algunos casos no van a resultar tan novedosas como en principio podríamos pensar, pues buena parte de ellas ya fueron ensayadas con la Ley de Fomento del Empleo de 25 de septiembre de 1996, la cual al no alcanzar los resultados esperados, fue derogada el 19 de diciembre de 1998¹⁰, circunstancia esta que ha hecho a esta reforma merecedora de fuertes críticas por parte de un sector de la doctrina¹¹.

3.1. Génesis de la Ley

En la reciente historia del derecho a la protección frente al despido en Alemania, y especialmente por motivos de política de empleo, siempre ha aparecido limitada la libertad del empresario para despedir a sus trabajadores¹².

Con la constitución de la República de Alemania en 1949, el Consejo Económico aprobó la denominada Ley de Frankfurt para la Protección contra el Despido, ley puente que sirvió para defender jurídicamente a los trabajadores, tras la situación en la que se encontraba Alemania al final de la Segunda Guerra Mundial. Esta Ley mantuvo su vigencia hasta la aproba-

¹⁰ Esta derogación tuvo lugar mediante la «*Gesetz zu korrektoren in der Sozialversicherung und zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten*. Para un análisis profundo de esta ley, *vid.* KITTNER, M. *Arbeits- und Sozialordnung*, 29 Auflage 2004, Bund Verlag. Págs. 935 y 936.

¹¹ ADOMEIT, K. *Die Agenda 2010 und das Arbeitsrecht. Eine Reform im Kampf gegen Widerstände*. *Op. cit.*, págs. 28 y ss; BIEBL, J., *Das neue Kündigungs- und Befristungsrecht* Verlag C.H. Beck. Munich 2004; SCHIEFFER/WORZALLA, *Agenda 2010. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*, Luchterland, 2004. Págs. 1 y 2, considera que con la nueva Ley, lo que se está ofreciendo es «vino añejo en odres nuevos»;

¹² Así, tras los avatares de la primera Guerra Mundial, se prohibió a los empresarios despedir a los trabajadores siempre que fuera posible que continuasen empleados en la misma empresa, aunque fuera sufriendo una reducción sobre su jornada de trabajo, pero esta medida fue derogada en la crisis del año 1923. Sin embargo, en la Constitución de Weimar no se preveía una protección similar para el trabajador, que en caso de despido podía acudir ante los tribunales, los cuales, podían condenar al empresario a pagarle una indemnización. Con la llegada del Partido Nacional Socialista al poder, tuvo lugar la entrada en vigor de la *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit* (Ley para la regulación del trabajo nacional) que derogó, entre otras cosas, los Comités de Empresa. Al comienzo de la Segunda Guerra Mundial, la resolución contractual, tanto instada por el empresario como por el propio trabajador, dependía en última instancia de la decisión de la Administración. No obstante, los preparativos de guerra hicieron que la tasa de desempleo en esta época fuera mínima y que faltara mano de obra. Esta ley fue derogada tras el final de la Segunda Guerra Mundial. Para un detenido estudio de la historia del derecho de protección frente al despido, *vid.* KITTNER/KOHLER, *Kündigungsschutz in Deutschland und den USA*, BB 2000, Beilage 4. págs. 18 y ss.

ción de la que actualmente es la Ley de protección frente al despido, en adelante KSchG—¹³, el 13 de agosto de 1951.

Este cuerpo normativo aparecía fundamentado en un Acuerdo entre Patronal y Sindicatos adoptado el 13 de enero de 1950, que constituyó la columna vertebral de lo que sería el definitivo texto de la KSchG. Desde entonces y hasta la fecha, la KSchG ha sufrido diversas modificaciones¹⁴, hasta llegar a la realizada a principios de este mismo año 2004.

3.2. El complejo ámbito de aplicación diseñado para la Ley de Protección frente al Despido

Antes de pasar al análisis del concreto régimen jurídico de protección frente al despido que aparece diseñado en la KSchG, nos parece conveniente delimitar el ámbito de aplicación que la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo alemana, ha venido a establecer en esta materia. Para ello debemos realizar un complejo ejercicio de sistematización, debido a la defectuosa técnica legislativa de la que hace gala esta normativa, en que la que las reglas para delimitar este ámbito, aparecen reguladas en dos párrafos distintos del citado cuerpo legal, como son el 1.º y el 23.º¹⁵.

De la lectura detenida de ambos preceptos, obtenemos claramente la conclusión de que la KSchG no va dirigida a dispensar una protección frente al despido a todos los trabajadores que puedan ver peligrar la vigencia de su relación laboral, sino que para que resulte de aplicación el nuevo régimen que diseña esta norma, deben concurrir dos requisitos, uno de carácter temporal y otro de carácter cuantitativo. El primero hace referencia a que únicamente resultará de aplicación a aquellos trabajadores que lleven más de 6 meses trabajando en la empresa en la que adopte la medida extintiva (párrafo 1.º). El segundo requisito, de carácter cuantitativo, conlleva que

¹³ El fundamento del derecho a la protección frente al despido se encuentra en la *Berufsfreiheit* o Libertad de elección de profesión, previsto en el artículo 12 de la *Grundgesetz* (Constitución Alemana), KITTNER, M. *Arbeits- und Sozialordnung*, 29 Auflage 2004, Bund Verlag, pág. 939.

¹⁴ En efecto, sobre esta normativa han venido a influir la *Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz* de 14 de agosto de 1969, la *Betriebsverfassungsgesetz* de 1972; la *Gesetz zur Änderung des KSchG* de 5 de julio de 1976, *Gesetz zur Änderung des KSchG* de 27 de abril de 1978, la *Beschäftigungsförderungsgesetz* de 26 de abril de 1985; *Gesetz zur Anpassung arbeitsrechtlicher Bestimmungen an das EG-Recht* de 20 de julio de 1995; *Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz* de 25 de septiembre de 1996; *Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten* de 19 de diciembre de 1998; *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse* de 21 de diciembre de 2000.

¹⁵ ADOMEIT K, *Die Agenda 2010 und das Arbeitsrecht. Eine Reform im Kampf gegen Widerstände*. Op. cit., págs. 63-64.

únicamente resulte aplicable en aquellas empresas en las que «habitualmente» trabajen más de 10 trabajadores (parágrafo 23.º), adverbio éste que guarda una gran complejidad en la interpretación que del mismo ofrece la ley, como más adelante tendremos ocasión de comprobar.

Veamos detenidamente cada una de las modificaciones que ha llevado a cabo la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo en este punto, para lo cual, a efectos de una mayor sistematización, va a resultar imprescindible en muchos casos, recurrir a la ejemplificación, para abordar la enorme casuística que ha venido a provocar la introducción de este nuevo régimen de protección frente al despido.

En este sentido, el artículo 1.º de la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo ha llevado a efecto la modificación del parágrafo 23.º de la Ley de protección frente al despido —KSchG¹⁶, en el que aparece regulado el umbral que delimita la aplicación de esta normativa, de la cual, venían siendo excluidas tradicionalmente las pequeñas empresas, entendidas éstas como aquellas que ocupaban hasta cinco trabajadores. Por tanto, con anterioridad al 1.1.2004, la KSchG amparaba a aquellos trabajadores que llevasen empleados más de 6 meses en empresas que «habitualmente» ocuparan a más de 5 trabajadores, quedando excluidos a efectos de este cómputo, los trabajadores que prestasen sus servicios bajo la modalidad de formación¹⁷.

Como decimos, la Ley de Reforma ha venido a incidir sobre este límite, elevándolo, lo que posibilita que en principio, puedan quedar ahora excluidas del campo de aplicación de la KSchG, las empresas que empleen «habitualmente» hasta diez trabajadores, cómputo del que igualmente continúa excluyéndose a los trabajadores en formación. Por tanto, a partir del 1.1.2004, será necesario que los trabajadores lleven más de seis meses empleados por una empresa, en la que presten servicios regularmente más de 10 trabajadores, para que caiga dentro del ámbito de aplicación de la KSchG.

Con la ampliación de este umbral se ha intentado favorecer la creación de empleo por parte de las empresas alemanas de pequeñas dimensiones, procurando que desaparezcan las reticencias que los titulares de las mismas muestran en general ante la posibilidad de realizar nuevas contrataciones, ante lo cual venían argumentando en muchos casos, las dificultades que les suponía el seguir el riguroso procedimiento que, para la adopción de la decisión extintiva, resultaría exigible para el resto de empresas, es decir, aque-

¹⁶ BIEBL, J. *Das neue Kündigungs- und Befristungsrecht* Verlag C.H. Beck. Munich 2004, págs. 139-148.

¹⁷ Para un mayor estudio sobre el parágrafo 23 de la Kündigungsschutzgesetz, puede consultarse SOWKA/SCHIEFER/HEISE, *Kündigungsschutzrecht*. Editorial Verlagsgesellschaft Sowka und Dr. Schiefer OHG; Dusseldorf und Verband der Metall- und Elektro —Industrie Nordheim-Westfallen e.V. Düsseldorf. 3.ª edición. 2004, págs. 751 a 760.

llas que emplean ahora a más de diez trabajadores, y que redundan en una mayor protección de los trabajadores afectados por la eventualidad del despido.

En este sentido, para el resto de supuestos en los que no resulte de aplicación este régimen protector, el empresario podrá adoptar la decisión extintiva en el seno de su empresa, sin necesidad de seguir el procedimiento que para la adopción de la misma prescribe la Ley de Protección frente al Despido —KSchG—.

Por tanto, el resultado finalmente conseguido con la modificación operada en este punto, ha sido la introducción de mayores dosis de flexibilización en el régimen del despido, circunstancia ésta que creemos que, dada la enorme complejidad interpretativa que contiene en este aspecto la Ley alemana de Reforma del Mercado de Trabajo, lejos de provocar el aumento previsto en el número de contrataciones por parte de las pequeñas empresas, puede venir en la práctica a consolidar el *status quo* existente en las mismas con anterioridad a su entrada en vigor, en cuanto al número de trabajadores contratados, dado que estas unidades productivas preferirán seguir moviéndose entre las fronteras de lo conocido, antes que adentrarse en el pantanoso terreno de arenas movedizas que la reforma llevada a cabo, ha venido a diseñar en este punto para ellas.

3.3. Tratamiento de las situaciones transitorias creadas al amparo de la Ley

En este sentido, uno de los mayores problemas que se plantean, consiste en determinar qué régimen de protección frente al despido resulta ahora aplicable a los trabajadores que quedaban incluidos en el régimen que a estos efectos, venía diseñado por la Ley de Protección frente al Despido hasta el 31.12.2003. Es decir, se trataría de aquellos casos relativos a empresas que emplean regularmente entre cinco y diez trabajadores, por lo que quedarían por debajo del nuevo umbral fijado a partir del 1.1.2004, de modo que en principio, podríamos pensar que ya no les seguiría siendo de aplicación a sus trabajadores aquel régimen de protección.

Para dar respuesta a estas situaciones, el legislador germano ha tratado de garantizar que la elevación del umbral no suponga la pérdida del status del que venían gozando estos trabajadores¹⁸. La solución por la que se ha optado es la siguiente:

¹⁸ KÜFNER-SCHMITT, I. SCHMITT, J. *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform*. Haufe 2004. Págs. 44-45. Vid., igualmente SCHIEFER/WORZALLA, *Agenda 2010. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*. Op. cit., págs. 73 y 74. BAUER, JOBST-HUMBERTUS/KRIEGER, STEFFEN, *Kündigungsrecht Reformen 2004. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt und «Hartz-Gesetze»*. Dr. Otto Schmidt Verlag. 2004. Köln, págs. 124-127.

1. Aquellas empresas que emplearan a 31 de diciembre de 2003 regularmente hasta 5 trabajadores (excluyéndose a los trabajadores en formación), no les será de aplicación el nuevo régimen que se establece ahora en la KSchG, hasta que no superen el nuevo umbral de 10 trabajadores, introducido por la Ley de Reforma. Por tanto en este caso, no se produce modificación respecto a la situación existente con anterioridad a la entrada en vigor de esta normativa.
2. En aquellas empresas que emplearan a 31 de diciembre de 2003 a más de 5 trabajadores, pero no superaran el umbral de 10 trabajadores (excluyéndose a los trabajadores en formación), ha venido a introducirse una diversificación en cuanto al régimen de protección frente al despido del que van a gozar sus trabajadores, en función del momento en que se haya producido su incorporación a la empresa. Así, aquellos que estuviesen prestando sus servicios en estas empresas con anterioridad al 31 de diciembre del 2003, seguirán gozando de la protección que diseña la KSchG, pero los nuevos trabajadores que se incorporen a la empresa a partir de esta fecha, carecerán de la citada protección. Esta solución diversificadota cede si la empresa supera el umbral de 10 trabajadores, en cuyo caso todos los trabajadores de la empresa pasarán a beneficiarse del régimen de protección frente al despido, lo que puede actuar en la práctica como freno a la creación de empleo en las empresas menores
3. el derecho de un trabajador para resultar beneficiario de las prerrogativas que prevé la KSchG, no aparece dotado de carácter personal, sino que se hace depender del volumen de trabajadores existente en la empresa, por lo que si este colectivo cae por debajo del umbral previsto a efectos de la aplicación de esta normativa, todos ellos perderán la condición de beneficiarios.
4. Aquellas empresas que ya emplearan a 31 de diciembre de 2003, regularmente a más de 10 trabajadores (excluyéndose a los trabajadores en formación), les será de aplicación la modificación operada sobre la KSchG, desde su entrada en vigor, el 1 de enero del 2004.

3.4. Interpretación del adverbio «regularmente», a efectos de la aplicación del régimen de protección frente al despido

La delimitación hasta aquí efectuada nos da idea del complejo ámbito de aplicación que ha quedado diseñado en materia de protección del despido aplicable a las pequeñas empresas. Aún así, una cuestión de vital importancia consiste en determinar qué debemos entender por el adverbio «habitualmente» o «regularmente» que utiliza la KSchG, pues de ello va a de-

pender en buena parte, que los trabajadores se vean o no provistos de estos mecanismos de defensa frente al despido¹⁹.

En este sentido, por el término «regularmente» no podemos entender el número de trabajadores que ocupa en un momento temporal concreto una empresa, ni tampoco la media anual de empleados con que cuente ésta. Su comprensión en la legislación alemana, exige de nuevo realizar un complejo ejercicio interpretativo, que conlleva la necesidad de retrotraerse a cuál ha sido en este aspecto el comportamiento de la empresa en el pasado, e igualmente tener en cuenta cuáles pueden ser las necesidades de personal que pueda sentir ésta en el futuro más inmediato²⁰.

Un ejemplo puede servirnos para clarificar este concepto. Así, imaginemos la situación de una empresa que a 31.12.2003 empleaba a seis trabajadores a tiempo completo, con lo que estos caían dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Protección del Despido, por lo que a partir del 1.1.2004 seguirían gozando de este mismo status. Si esta empresa arroja resultados económicos negativos, el empresario puede tomar la decisión de despedir a un trabajador, amortizando ese puesto de trabajo. En este caso, si no se prevé recuperar ese puesto de trabajo amortizado en un futuro próximo, todos los trabajadores dejarían de estar incluidos en el ámbito de aplicación de la KSchG, al pasar por mor de esta decisión empresarial, a prestar sus servicios en una empresa situada por debajo del umbral de cinco trabajadores.

3.5. Valoración del Trabajo a tiempo parcial a efectos de la determinación del umbral numérico

Junto a la interpretación que debemos hacer del adverbio «habitualmente», otro dato a tener en cuenta para completar la delimitación del ámbito de aplicación previsto para la Ley de Protección del Despido, es el párrafo 23.º, donde se nos proporcionan las claves para determinar cómo se calcula el número de empleos existentes en una empresa, al objeto de delimitar si entra o no dentro de dicho ámbito de aplicación²¹. El asunto no puede calificarse ni mucho menos de baladí, pues se hace necesario establecer qué valoración debemos reservar a los trabajadores que en una empresa deter-

¹⁹ FIEBIG/GALLNER/GRIEBELING/MESTWERDT/NÄGELE/PFEIFFER, *Kündigungsschutzgesetz*. 2.ª Edición, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden. 2004, págs. 933 a 957.

²⁰ SCHIEFER/WORZALLA, *Agenda 2010. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*. Op. cit., págs. 75 a 77.

²¹ BAUER, JOBST-HUMBERTUS/KRIEGER, STEFFEN, *Kündigungsrecht Reformen 2004. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt und «Hartz-Gesetze»*. Op. cit., págs. 125 a 126.

minadas, se encuentran prestando sus servicios a tiempo parcial, con respecto a un trabajador a tiempo completo. Para ello, la ley viene a establecer la siguiente clasificación, en función del número de horas trabajadas ²²:

Horas laborales a la semana	Valoración respecto a un trabajador a tiempo completo
Hasta 20 horas semanales	0,5 trabajador
Más de 20 horas semanales, pero menos de 30 horas	0,75 trabajador
Más de 30 horas semanales	1 trabajador

Así, imaginemos el supuesto de una empresa que a 31.12.2003 ocupa a tres trabajadores a tiempo completo, a un trabajador con un contrato de 15 horas semanales, otro con un contrato de 20 horas semanales y a cuatro trabajadores en formación. La suma de ellos ($3 + 0,5 + 0,5 + 4 \times 0 = 4$ trabajadores) arrojaría un total de cuatro trabajadores, por lo que no alcanzaría el umbral mínimo necesario de más de 5 trabajadores, que con anterioridad al 1.1.2004 venía exigiendo la Ley de Protección frente al Despido, para que resultasen de aplicación en dicha, las medidas previstas en esta normativa.

Pensemos ahora en el supuesto de una empresa que empleara a 31.12.2003, a cinco trabajadores a tiempo a tiempo completo y a dos trabajadores a tiempo parcial, con contratos de 20 horas semanales, lo que aplicando el cálculo que nos proporciona la ley ($5 + 0,5 + 0,5$), arrojaría como resultado una media de 6 trabajadores. Si esta misma empresa, a partir del 1.1.2004, contrata a cuatro nuevos trabajadores a tiempo completo, la suma total de sus trabajadores, —diez—, no superaría el umbral de más de diez trabajadores que ha quedado fijado en la reforma introducida en la Ley de Protección frente al Despido, por lo que no caería dentro de su ámbito de aplicación, y por tanto, los trabajadores contratados a partir del 1.1.2004 no se beneficiarían de este régimen de protección frente al despido, mientras que los antiguos trabajadores sí seguirían beneficiándose de tales prerrogativas, puesto que de conformidad con el régimen jurídico previsto con anterioridad a esta fecha, superaban el número mínimo de cinco.

²² KÜFNER-SCHMITT, I. SCHMITT, J, *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform*. Haufe 2004. Pág. 44.

3.6. Determinación del límite temporal previsto para la aplicación de la Ley de Protección frente al Despido

Una vez que tenemos analizados todos los elementos que influyen en la determinación del límite cuantitativo que define el nuevo ámbito de aplicación previsto para la Ley de Protección frente al Despido, es necesario traer a colación el límite de carácter temporal del que también se hace depender la aplicación de este nuevo régimen. En este sentido, en todo caso será necesario que además de superar aquel umbral numérico, los trabajadores cuenten con una antigüedad mínima de 6 meses en la empresa, para que puedan verse beneficiados de los derechos que prevé la Ley de Protección frente al Despido, por lo que faltando este último requisito, no resultará de aplicación este régimen²³.

Así, pensemos en el supuesto de una empresa en la que trabajan seis trabajadores a 31.12.2003, con una antigüedad que supera este límite temporal de seis meses, y en ella se produce la incorporación de cuatro nuevos contratados a partir del 1.1.2004. Si tiene lugar el despido de un antiguo trabajador, éste podría gozar del régimen diseñado en la Ley de Protección frente al Despido, pero ya sólo quedarán cinco antiguos trabajadores en la empresa, cifra que está por debajo del umbral que exigía esta misma ley antes del 31.12.2003, por lo que todos ellos carecerían a partir de ese momento, de esta protección frente al despido.

Imaginemos ahora en cambio, en el mismo supuesto anterior, que el despido afecte a uno de los trabajadores contratados a partir del 1.1.2004. Tanto este trabajador como el resto de los nuevos contratados, carecerán del régimen de protección previsto en esta Ley, pero no se verá perjudicada en este caso, la situación de los antiguos trabajadores de la empresa, para los cuales, si mantiene su vigencia la protección que la misma dispensa.

Si en la misma empresa de nuestro supuesto, en lugar de cuatro trabajadores, son cinco los contratados a partir del 1.1.2004, una vez que hayan transcurrido los seis meses de antigüedad previstos como umbral temporal, todos los trabajadores caerán dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Protección frente al Despido, al superar el número de diez trabajadores. Ahora bien, si se despide a uno de los trabajadores incorporados a partir del 1.1.2004, la empresa ya no superaría el umbral de diez, y, por tanto, los tra-

²³ FIEBIG/GALLNER/GRIEBELING/MESTWERDT/NÄGELE/PFEIFFER, *Kündigungsschutzgesetz*. 2.ª Edición, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden. 2004, págs. 69 y ss. SOWKA/SCHIEFER/HEISE, *Kündigungsschutzrecht*. Editorial Verlagsgesellschaft Sowka und Dr. Schiefer OHG; Düsseldorf und Verband der Metall- und Elektro -Industrie Nordrhein-Westfalen e.V. Düsseldorf. 3.ª edición. 2004, págs. 15 a 35.



bajadores de reciente incorporación perderían la protección de la Ley de Protección frente al Despido, no así los antiguos trabajadores, que si continuarían incluidos en su ámbito de aplicación, al no quedar afectado por esta decisión extintiva, su umbral de más de cinco trabajadores. En cambio, si esta decisión recae sobre un antiguo trabajador, todos ellos perderían la protección diseñada en la Ley de Protección frente al Despido, al no superar ya los antiguos trabajadores, el umbral de cinco empleados, ni la empresa en su totalidad el umbral de diez.

El análisis de la amplia gama de situaciones que pueden plantearse en la práctica, y la distintas soluciones que habrá que dispensar a cada una de ellas, nos lleva a concluir que el respeto que la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo alemana dice garantizar, al status adquirido por aquellos trabajadores que a 31 de diciembre del año 2003 vinieran prestando sus servicios en empresas de más de cinco trabajadores, es sólo relativo, puesto que también a estos puede serle finalmente de aplicación el nuevo régimen de protección del despido que esta Ley ha venido a diseñar, por el hecho de que alguno de ellos se vea afectado por la decisión extintiva.

4. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

Una vez que tenemos delimitado el complejo ámbito de aplicación que ha sido diseñado en el país tudesco, para el régimen de protección frente al despido motivado por circunstancias económicas, es el momento de entrar a analizar en qué términos ha quedado fijada esta protección, tras las modificaciones que sobre el mismo se han llevado a cabo.

4.1. Relación de causas del despido reguladas en la Ley de Protección frente al Despido.

La Ley de Protección frente al Despido reserva en su párrafo 1.º la declaración de improcedencia para las rescisiones de los contratos de trabajo, de aquellos trabajadores que hayan venido prestando sus servicios en la misma empresa sin interrupción, por un tiempo superior a seis meses, en todos aquellos casos en que estas decisiones extintivas no estén justificadas. Lo decisivo para determinar la procedencia o no del despido, será entonces determinar cuáles son las causas que permiten justificar esta decisión extintiva.

En este punto la Ley ofrece una triple clasificación de motivos, que en realidad permiten ser agrupados en dos grandes bloques:

- En primer lugar, despidos justificados en *circunstancias relativas al propio trabajador*²⁴, respecto a los cuales, la ley distingue entre circunstancias concurrentes en la persona del trabajador —Vrg. pérdida de capacidad²⁵— y las derivadas del comportamiento del trabajador —Vrg. impuntualidad, incumplimiento de las obligaciones contractuales—;
- En segundo lugar, despidos justificados en *necesidades empresariales urgentes*²⁶, que hagan desaconsejable la continuación del trabajador en la empresa (párrafo 1, párrafo 2.º de la Ley de Protección frente al Despido)²⁷.

Es la aplicación de estos últimos motivos empresariales precisamente, una de las cuestiones que mayores dificultades presenta a la hora de justificar la decisión extintiva, habida cuenta que la ley prescribe para estos casos, la necesidad de seguir un complicado procedimiento, hasta seleccionar qué trabajadores pueden resultar afectados finalmente, por esta decisión.

Este procedimiento consta de varias etapas. En primer lugar, será necesario identificar claramente qué sección o secciones de la empresa se encuentran necesitadas de una reestructuración. Una vez realizada esta identificación, se procederá en segundo lugar, a establecer una división entre los trabajadores que componen estas secciones, entre aquellos que por determinadas circunstancias previstas en la propia ley, no van a verse afectados por la decisión extintiva, y aquellos otros que si podrán resultar finalmente despididos.

Como decimos, la propia Ley de Protección frente al Despido viene ahora a concretar los motivos que podrá argumentar el empresario para fundamentar su decisión relativa a que el despido no llegue a afectar a ciertos trabajadores de su empresa. En este sentido, podrá atenderse a la valoración de los «conocimientos, capacidades y rendimiento del trabajador, así como

²⁴ SOWKA/SCHIEFER/HEISE, *Kündigungsschutzrecht*. Editorial Verlagsgesellschaft Sowka und Dr. Schiefer OHG; Dusseldorf und Verband der Metall- und Elektro –Industrie Nordheim-Westfalen e.V. *Op. cit.*, págs. 50-201.

²⁵ En este punto se ha venido planteando que ocurriría ante la situación que puede afectar a un trabajador que padece una larga enfermedad o situaciones de baja continuadas a consecuencia de repetidas enfermedades. La solución por la que ha optado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo Alemán —BAG— en tales casos, ha sido la consistente en valorar criterios de rentabilidad de la empresa, con el consiguiente menoscabo en su protección que de ello se deriva para el trabajador.

²⁶ SOWKA/SCHIEFER/HEISE, *Kündigungsschutzrecht*. Editorial Verlagsgesellschaft Sowka und Dr. Schiefer OHG; *op. cit.*, págs. 201 a 363.

²⁷ KITTNER, M., *Arbeits- und Sozialordnung*, 29 Auflage 2004, Bund Verlag, págs. 940 y 941.



la necesidad de asegurar una adecuada estructura del personal en la empresa» —parágrafo 1.3—²⁸.

El escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de esta reforma, hace que por el momento, no contemos con pronunciamientos jurisprudenciales que nos permitan determinar si será posible admitir la valoración de criterios distintos a los recogidos expresamente en la letra de la ley. No obstante, la introducción en la misma, del adverbio «*en particular*», hace que nos inclinemos a pensar que no estamos ante una lista cerrada, sino que podrán ser valoradas también otras circunstancias distintas a las señaladas expresamente en el texto legal.

Junto a ello, es necesario tener igualmente en cuenta, la propia amplitud que en sí mismos, encierran los términos utilizados por el legislador alemán en este punto, los cuales se prestan a una extensa interpretación, que puede desembocar en una especie de cajón de sastre, en el que prácticamente pueda quedar incluido cualquier motivo que pudiera esgrimir el empresario para fundamentar su decisión de que el despido no llegue a afectar a determinados trabajadores de su empresa²⁹.

4.2. La obligación del empresario de valorar los aspectos sociales del trabajador

Una vez separados del conjunto de trabajadores, aquellos que por la concurrencia de las mencionadas circunstancias, no van a resultar afectados por la decisión extintiva, el proceso hacia la toma final de esta decisión, continúa respecto al resto de trabajadores de la empresa.

En este punto la Ley de Protección frente al Despido incorpora ahora como novedad, la necesidad de que entren a valorarse sobre estos trabajadores, una serie de «*aspectos sociales*», tales como la edad, la antigüedad, las cargas familiares y las minusvalías que puedan concurrir en estos suje-

²⁸ ADOMEIT K., *Die Agenda 2010 und das Arbeitsrecht. Eine Reform im Kampf gegen Widerstände*. Op. cit., págs. 59-60. KÜFNER-SCHMITT, IRMGARD, SCHMITT, JOCHEM. *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform*. Op. cit., págs. 21 y 22. SCHIEFER/WORZALLA, *Agenda 2010. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*. Op. cit., págs. 14 a 27. BAUER, JOBST-HUMBERTUS/KRIEGER, STEFFEN, *Kündigungsrecht Reformen 2004. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt und «Hartz-Gesetze»*. Op. cit., págs. 137 a 140. BIEBL, J., *Das neue Kündigungs- und Befristungsrecht*, op. cit., págs. 6 a 8.

²⁹ Así por ejemplo, cabe entender incluidos en estos términos, los conocimientos específicos que pueda poseer un trabajador de la empresa, las buenas relaciones que pueda mantener con los clientes de la empresa, de tal modo que su despido hiciera peligrar las relaciones comerciales de la misma. KÜFNER-SCHMITT, IRMGARD, SCHMITT, JOCHEM, *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform*. Op. cit., pág. 21-22.

tos, con el fin de determinar finalmente quienes van a resultar afectados por la medida extintiva³⁰.

Respeto a estos aspectos sociales, conviene tener presente que se trata de circunstancias que ya venían siendo valoradas por la jurisprudencia alemana, antes de que quedasen incorporadas definitivamente al texto de la Ley de Protección frente al Despido, por obra de la reciente Ley de Reforma del Mercado de Trabajo³¹, las cuales servían para concretar la indeterminación que la primera venía padeciendo en este punto desde el año 1996, fecha en que se incorporó la valoración de «aspectos sociales» a estos efectos, pero sin que esta incorporación se hiciera acompañar de referencia alguna a la cuestión de qué debía entenderse por tales, de modo que esta laguna venía siendo cubierta por la jurisprudencia. Concretamente, son las tres primeras circunstancias que ahora contempla la Ley de Protección frente al Despido —edad, antigüedad y cargas familiares— las que presentan esta procedencia común, mientras que la relativa a la posible minusvalía que puede padecer el trabajador, fue incorporada como recomendación de la Comisión de Economía y Trabajo, para facilitar la aprobación definitiva en el Congreso alemán, de la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo.

La incorporación de estos criterios de valoración de «aspectos sociales», responde al deseo del legislador germano de otorgar una mayor seguridad jurídica a la decisión extintiva, tratando de eliminar la posible arbitrariedad en que en caso contrario, podría incurrir el empresario, a la hora de valorar unas u otras circunstancias de esta naturaleza, con la consiguiente situación de indefensión que de ello podría derivarse para los trabajadores afectados³².

Pero la incorporación de estos criterios de valoración por los que ha optado el legislador, tampoco ha estado exenta de polémica. Así, si bien en principio los cuatro criterios sociales aparecen situados en la letra de la ley al mismo nivel de importancia, de una lectura más en profundidad del texto legislativo, parece desprenderse que el efecto finalmente conseguido, vendrá a beneficiar más a un determinado grupo de trabajadores frente al resto, lo que en la práctica se traduce en la doble protección de la que llegan a

³⁰ Para un mayor estudio de ésta triple decisión, puede consultarse KÜFNER-SCHMITT, IRMGARD SCHMITT, JOCHEM, *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform*. Haufe 2004. Págs. 19 y 20; BIEBL, J., *Das neue Kündigungs- und Befristungsrecht*, Op. cit., págs. 2 a 6; SCHIEFER/WORZALLA, *Agenda 2010, Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*. Op. cit., págs. 4 a 42.

³¹ Véase, en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo —BAG— de 5 de diciembre de 2001.

³² ADOMEIT K, *Die Agenda 2010 und das Arbeitsrecht. Eine Reform im Kampf gegen Widerstände*. Op. cit., págs. 58-59.

gozar los trabajadores de mayor edad, debido al hecho de que esta circunstancia suele concurrir en aquellos mismos sujetos que poseen una mayor antigüedad en la empresa³³ —parágrafo 10.º de la Ley de Protección frente al Despido—.

A la misma conclusión es posible llegar si atendemos a la modulación que ha venido a producirse sobre la indemnización correspondiente al trabajador que resulta afectado por la decisión extintiva. A estos efectos, será necesario tener en cuenta la edad con que cuente este trabajador y la antigüedad que éste posee en la prestación de sus servicios para la empresa. Así, tras la modificación operada en este punto por la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo, si el trabajador despedido tiene 50 años de edad y cuenta en su haber con al menos 15 años de antigüedad en la empresa, la indemnización ascenderá en tales casos, de las 12 mensualidades previstas con anterioridad, a las 15 mensualidades de salario que ahora prescribe la Ley de Protección frente al Despido. En cambio, si el trabajador tiene 55 años cumplidos y 20 años de antigüedad en la empresa, la indemnización en tales casos ascenderá a 18 mensualidades de salario (parágrafo 10.2).

Por otro lado, la introducción de estos criterios de valoración de «aspectos sociales» concurrentes en la persona del trabajador, no ha eliminado totalmente el margen de maniobra que le queda al empresario a la hora de valorar estos cuatro aspectos, los cuales, siguiendo determinados cauces, pueden recibir distinta puntuación en la baremación que de los mismos debe realizarse, durante el procedimiento para la adopción de la decisión extintiva. Esta posibilidad con que cuenta el titular de la empresa, no viene siendo por otro lado juzgada por la jurisprudencia alemana, como fuente de arbitrariedad, calificativo éste que a priori queda reservado únicamente para aquellos casos en que el empresario haya omitido la valoración de alguno de estos cuatro aspectos, circunstancia esta que de producirse, permitirá que pueda ser revisada la decisión extintiva, por haberse adoptado incurriendo en notoria ilegalidad —parágrafo 1.3—.

Lo que la Ley de Protección frente al Despido sí ha venido a impedir es que tanto por convenio colectivo, como mediante acuerdo empresarial puedan incorporarse motivos sociales distintos a los que recoge expresamente en su articulado, como justificativos del despido —parágrafo 1.4—. Si es posible en cambio, que el acuerdo recaiga sobre la *valoración* que ha de otorgarse a estos criterios sociales que aparecen legalmente tasados³⁴. En

³³ KÜFNER-SCHMITT, IRMGARD. SCHMITT, JOCHEM. *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform*. Op. cit., pág. 23.

³⁴ *Vid.*, en este sentido, Sentencia del *Bundesarbeitsgericht* —BAG— de 23 de noviembre de 2000.

tal caso, el acuerdo necesario para ello podrá ser adoptado por convenio colectivo suscrito a nivel sectorial³⁵, o bien por acuerdo suscrito a nivel empresarial entre la representación de los trabajadores y el empresario, en cuyo caso deberá quedar expuesto en la propia empresa³⁶.

4.3. Posibilidad de creación de una lista nominal de trabajadores afectados por la decisión extintiva

El artículo 1 de la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo ha introducido en el parágrafo 1.5 de la Ley de Protección frente al Despido, la posibilidad de que siempre que concurren una serie de requisitos, tanto el empresario como el Comité de Empresa determinen y concreten qué trabajadores van a resultar finalmente afectados por la decisión extintiva³⁷.

La novedad de esta posibilidad es sin embargo relativa³⁸, pues se trata ésta de una de aquellas cuestiones que ya fue experimentada con la Ley de Fomento del Empleo de 25 de septiembre de 1996, y que como dijimos, fue posteriormente derogada en su aplicación el 19 de diciembre de 1998.

Respecto a las circunstancias que han de concurrir, para que pueda pactarse con el Comité de Empresa una lista nominal de trabajadores a estos efectos, la Ley las concreta en la exigencia de que se produzca una «modificación empresarial». La interpretación de este término, exige que debamos acudir al parágrafo 111 de la Ley de Comités de Empresa, —BetrVG—, donde aparece concretado en aquellas modificaciones que supongan:

- la paralización de toda la empresa o parte de ella;
- el traslado de la empresa o partes de ella;
- la fusión o escisión de la empresa o parte de ella;
- modificaciones de la organización empresarial, de los objetivos de la empresa o del inmovilizado empresarial;
- la introducción de nuevos métodos de trabajo.

Concurriendo alguna de estas situaciones en la empresa, la Ley de Protección frente al Despido permite pactar la lista de trabajadores que van a resultar afectados por esta decisión extintiva. No obstante, debemos tener

³⁵ Tal y como se desprende del parágrafo 1.º de la Ley de Convenios Colectivos, de 9 de abril de 1949, modificada el 25 de noviembre del 2003.

³⁶ Exigencia prevista en el parágrafo 77 Ley de Comités de Empresa, de 15 de enero de 1972, modificada por Ley de 23 de diciembre de 2003.

³⁷ SCHIEFER/WORZALLA, *Agenda 2010, Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt. Op. cit.*, págs. 32 a 42. Biebl, J., *Das neue Kündigungs- und Befristungsrecht, op. cit.*, pág. 16.

³⁸ Kufner-Schmitt, Irmgard. Schmitt, Jochem. *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform. Op. cit.*, págs. 27 a 30.



presente que se trata de una posibilidad, ya que en la práctica el empresario no puede obligar al Comité a pactar una lista cerrada de trabajadores a estos efectos. Más aún, la experiencia vivida en la etapa 1996 a 1998, en la que esta posibilidad estuvo plenamente vigente, demostró que los Comités de empresa eran bastantes reacios a cerrar estas listas para facilitar la adopción de despidos colectivos en las empresas.

4.4. Plazo para la presentación de la demanda frente al despido

El párrafo 4.º de la Ley de Protección frente al Despido también ha resultado afectado por la reforma objeto de análisis³⁹, que ha venido a unificar el periodo temporal con que cuenta el trabajador para acudir ante la Jurisdicción Social en reclamación contra la decisión extintiva. Así, el trabajador que estime que su despido es improcedente, debe interponer demanda en el plazo de tres semanas a contar desde que recibe la notificación del mismo.

El párrafo 4.º Ley de Protección frente al Despido exige igualmente que esta notificación se realice por escrito⁴⁰. El problema se planteará entonces en aquellos casos en que la decisión extintiva se comunica de manera verbal. En tal caso, el incumplimiento de esta formalidad perjudicará al empresario, pues el plazo de tres semanas para interponer la demanda con que cuenta el trabajador, no empezará a contar hasta que esta comunicación no se formalice con las exigencias del párrafo 4.º, sin que por otra parte, ello obste al derecho que el trabajador tiene reconocido para acudir directamente a la Jurisdicción Social, desde el mismo momento en que le sea comunicada la decisión extintiva, aunque la misma se haya producido de forma verbal, como en este caso.

Respecto a la determinación de la parte procesal sobre la que va a recaer la carga probatoria, asistimos a una diferenciación en función de cuáles hayan sido las causas aducidas como fundamento de la decisión extintiva. Así, en los casos en los que el despido se basa en «*circunstancias concurrentes en la persona del trabajador*», recaerá sobre el empresario la carga de la prueba, consistente en tratar de demostrar la existencia efectiva de tales circunstancias —párrafo 1.2 Ley de Protección frente al Despido—, mientras que el trabajador por su parte, le corresponde en estos casos, tratar de desvirtuar la existencia de las mismas.

³⁹ SOWKA/SCHIEFER/HEISE, *Kündigungsschutzrecht*. Editorial Verlagsgesellschaft Sowka und Dr. Schiefer OHG; Düsseldorf und Verband der Metall- und Elektro —Industrie Nordheim-Westfalen e.V. Düsseldorf. 3.ª edición. 2004, págs. 429-488.

⁴⁰ Véase el párrafo 626 del BGB.

Sin embargo, en los casos en que el despido se base en «*circunstancias empresariales*», la legislación alemana establece una presunción *iuris tantum* de la efectiva concurrencia de estas circunstancias, que como tal, admitirá prueba en contrario. En estos supuestos, al trabajador le corresponderá intentar demostrar que la valoración de los criterios en los que se ha fundamentado el despido, no ha sido realizada correctamente, porque existen en la empresa otros trabajadores que presentan peor valoración que la obtenida por el demandante, en la baremación de los criterios sociales a los que hay es necesario atender en estos casos. Si finalmente se logra demostrar esta circunstancia, se producirá la reincorporación del trabajador despedido a la empresa —parágrafo 1.3 Ley de Protección frente al Despido—.

La legislación alemana permite por otra parte, que en cualquier momento del proceso, pueda producirse una transacción sobre la cuestión objeto de controversia. Ésta viene siendo de hecho, la vía más utilizada para dirimir los conflictos que surgen en torno a la procedencia o no de las decisiones extintivas, debido al prolongado periodo temporal que transcurre desde que se interpone la demanda, hasta que deviene firme la sentencia dictada en última instancia, una vez agotados todos los recursos pertinentes ⁴¹.

Por tanto, el trabajador y el empresario pueden en cualquier momento de este proceso, resolver la relación contractual definitivamente —parágrafo 9 Ley de Protección frente al Despido—, a cambio de una indemnización de 0,5 mensualidades por año de servicio prestado en la empresa, con el límite temporal máximo de doce mensualidades —parágrafo 10.1—. Ésta es la indemnización prevista para la generalidad de los casos en que tiene lugar la transacción. Pero debemos tener presente que sobre la misma, también juega la modulación que prescribe el parágrafo 10.2 Ley de Protección frente al Despido y que ha quedado analizada *supra*, en atención a la edad y a los años de antigüedad con que cuenta el trabajador en la empresa ⁴².

5. CONCLUSIONES

Con la anhelada reunificación alemana pretendía ponerse punto y final a una de las más tristes páginas que han escrito la más reciente historia de

⁴¹ En el país germano, desde que tiene lugar la entrada de la demanda en el Juzgado de lo Social, hasta que se dicta Sentencia en primera instancia, suelen transcurrir aproximadamente siete meses, y agotando recursos, un procedimiento judicial de estas características puede durar una media de tres a cuatro años. KITTNER, M., *Arbeits- und Sozialordnung*, 29 Auflage 2004, Bund Verlag, págs. 941 y 942.

⁴² De este modo, si el trabajador despedido tiene 50 años cumplidos y cuenta con al menos 15 años de antigüedad, la indemnización ascenderá hasta las 15 mensualidades de salario; y si tuviera 55 años cumplidos y 20 años de antigüedad en la empresa, tendría derecho a percibir 18 mensualidades



este país. Pero esta reunificación ha venido a provocar «nuevos males», en el que fuera en otro tiempo el gran motor del crecimiento económico europeo, motivados por el elevado coste económico y social que ha sido necesario asumir.

En este sentido, transcurrida más de una década desde que se produjo dicha reunificación, la población sigue padeciendo las consecuencias del gran esfuerzo que ha supuesto la superación de las patentes fronteras sociales y económicas y no sólo geográficas, que separaban a los ciudadanos de ambas Alemanias, motivada por la notable ineficiencia económica que presentaba la extinta RDA.

Junto a los anteriores, la economía Alemana se enfrenta en la actualidad a nuevos retos, muchos de los cuales son compartidos por el conjunto de los países miembros de la Unión, como es la amenaza que supone la huida de grandes capitales empresariales a países recientemente incorporados a la Unión Europea, como Hungría, Polonia, República Checa y Eslovaquia donde la mano de obra hoy por hoy, resulta más barata.

Se trata ésta de una importante baza que las grandes empresas alemanas están sabiendo utilizar a su favor, hasta el punto de lograr un duro golpe de efecto que ha hecho mella en los cada vez más debilitados sindicatos alemanes, provocando su abdicación en algunas de las que han sido sus más recientes conquistas históricas⁴³, como la representada por el logro de la reducción de la jornada laboral. En efecto, el temor que sus representados sienten ante la amenaza de la pérdida de sus empleos, y su consecuencia más inmediata, el pasar a engrosar las elevadas cifras de desempleo que conoce el país en los últimos tiempos, les ha llevado a aceptar sin más, en la negociación de muchos convenios colectivos, un aumento de la jornada laboral, sin el consiguiente incremento de los salarios⁴⁴.

Esta solución muy pocos confían en que sea definitiva. Más bien se muestra como la punta del iceberg de lo que les aguarda en el futuro más inmediato, caracterizado por sucesivos recortes en el patrimonio garantista

⁴³ Así por ejemplo, con el objetivo de garantizar 103.000 empleos en seis de las instalaciones industriales que en Alemania posee el Grupo Volkswagen, la Organización Sindical IG Metal ha aceptado la congelación salarial durante los dos próximos años, dentro de un plan de ahorro que prevé reducir costes de producción en un 30% hasta 2011. Asimismo, Volkswagen va a simplificar la estructura de los salarios, que cuenta con 22 clasificaciones laborales distintas y 4.000 descripciones de trabajo. <http://www.lukor.com/not-neg/laboral/0410/05172815.htm>

⁴⁴ Así, algunas firmas de las consideradas como emblemáticas en el mapa empresarial alemán, como Siemens ya han incorporado durante la negociación de su nuevo convenio colectivo, el paso de las 35 horas a las 40 horas semanales y la desaparición de las pagas extraordinaria de verano y Navidad, con lo que según los directivos de la empresas, se han conseguido salvar temporalmente 2.000 empleos, ubicados en dos centros de trabajo que iban a ser trasladados a Hungría.

de los trabajadores alemanes y en el paulatino desmantelamiento del Estado de Bienestar, ante la imposibilidad declarada por sus Gobernantes, de continuar manteniendo su configuración actual, debido a la escasez de recursos necesarios para sustentar su financiación.

El ejemplo alemán no ha tardado en trasladarse a otros Estados europeos como Francia, donde la que fue la Ley estrella del gobierno socialista de Lionel Jospin, de Reducción de la Jornada Laboral a 35 horas semanales, está siendo sometida en la actualidad a fuertes críticas, incluso por parte de los trabajadores, los cuales se muestran en una significativa proporción, partidarios de incrementar su jornada de trabajo a cambio de un aumento en sus salarios⁴⁵, aunque los sindicatos en este caso, sí están logrando por el momento, mantener una posición unánime frente a estas amenazas, y no han doblegado en sus posiciones.

Para tratar de hacer frente a la complicada situación económica, la coalición verdirroja que dirige actualmente el destino del país Teutón (SPD y los Verdes) ha asumido la firme determinación de operar sobre su mercado de trabajo, un conjunto de reformas que se enmarcan dentro del conjunto normativo conocido como HARTZ y que se integra dentro del Programa «Agenda 2010» postulado por el Canciller Schröder.

Las medidas adoptadas hasta el momento y las anunciadas para los próximos meses, están resultando en su mayor parte impopulares, puesto que han venido a provocar una mayor flexibilización del mercado laboral y un recorte significativo de las prestaciones sociales, lo que ha hecho que obtengan una dura respuesta ciudadana y sindical.

Entre ellas, ha merecido nuestra atención en este trabajo de investigación, las modificaciones que han venido a operarse sobre la protección que la legislación alemana dispensa a los trabajadores que se ven afectados por decisiones extintivas, intentando poner de manifiesto el recorte que en términos generales ha venido a operarse sobre esta protección, lo que en la práctica se traduce en el aumento de la flexibilización de salida del mercado de trabajo.

En este sentido, ante la promesa incierta de lograr un aumento de los niveles de empleo existentes en las pequeñas empresas alemanas, lo cierto es que se ha conseguido privar del régimen protector que con anterioridad a la promulgación de la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo, resultaba de aplicación a muchos de los trabajadores que caían dentro del ámbito de aplicación de esta protección frente al despido, al tiempo que se han endurecido las condiciones que ahora definen este régimen jurídico.

⁴⁵ Según una encuesta publicada en el diario francés *L'Expansion*, el 65% de los trabajadores estarían dispuestos a aceptar un aumento de su jornada de trabajo a cambio de un incremento salarial.

Esta por ver que si esta reforma consigue realmente el proclamado objetivo de incrementar los niveles de empleo, ya que por un lado, la dificultad que la misma ha venido a añadir a la interpretación del ya de por sí complicado, régimen protector frente al despido, y por otro lado, la amplia variedad de situaciones transitorias que han quedado constituidas al amparo de este nuevo régimen, con la consiguiente necesidad de determinar que solución habrá que adoptar en cada supuesto concreto, se está dejando sentir más aún en las empresas de pequeñas dimensiones, lo cual viene a actuar en la práctica como elemento desincentivador para la creación de empleo en estas mismas empresas, ante el temor de que una variación de su status quo, en lo que al número de trabajadores se refiere, conlleve la necesidad de someter la decisión extintiva de su titular, al farragoso régimen con que ha quedado dotada la protección frente al despido.

En este mismo sentido como ha quedado analizado, más allá de las meras declaraciones formales que la ley contiene en este aspecto, tampoco ha quedado garantizado en la práctica, la vigencia del status de que vinieran disfrutando aquellos trabajadores que a 31 de diciembre del año 2003, se encontrasen prestando sus servicios en empresas de más de cinco trabajadores, debido a la amplia gama de situaciones que pueden plantearse en la práctica y las distintas soluciones que habrá que dispensar a cada una de ellas, alguna de las cuales como hemos visto, consistirá en la aplicación del nuevo régimen de protección frente al despido que la Ley de Reforma ha venido a diseñar.

Por otra parte, sería posible apreciar en principio, cierta contradicción entre los objetivos de rentabilidad empresarial que persiguen estas decisiones extintivas, con la propia valoración de los criterios sociales que es necesario realizar, para determinar los trabajadores que pueden quedar afectados por esta decisión. No podemos olvidar en este sentido, que en los casos de reestructuraciones de plantillas, son precisamente los trabajadores de más edad los que con más frecuencia resultan afectados por los mismos. En cambio, la necesidad de valorar a estos efectos, la antigüedad del trabajador en la empresa y su edad, sitúa a estos mismos trabajadores en una situación privilegiada, que prácticamente los dota de inmunidad frente al despido.

Quizás lo que ocurre es que esta contradicción está resultando ser más aparente que real. La razón para mantener semejante afirmación debemos buscarla en la intención del legislador alemán, de no seguir cargando al sistema público de protección por desempleo, con el mantenimiento de las prestaciones que en caso contrario, nacerían a favor de estos trabajadores, lo cual por otra parte, respondería a los mismos principios inspiradores de la reforma que a finales del 2004, está prevista que venga a operar una profunda modificación sobre la protección por desempleo en Alemania. Se trataría pues, de intentar asegurar que sean estos trabajadores precisamente, los que permanezcan en la empresa, ante la demostrada dificultad que afec-



ta a este sector de la población, para encontrar un nuevo empleo, una vez perdido el anterior, lo cual acaba desembocando en muchos casos, en una situación de dependencia del sistema público de Protección Social, hasta que estos sujetos alcanzan la edad que les da derecho al percibo de la prestación por jubilación.

Esta interpretación puede por otro lado venir avalada, por el hecho de que esta misma reforma haya venido a operar un incremento sobre la indemnización por despido, para los casos en que la decisión extintiva afecte a los trabajadores de más de 50 años y que cuenten con una antigüedad de al menos 15 años en la empresa —parágrafo 10.2 Ley de Protección frente al Despido—, lo cual sin duda, actuará como nuevo elemento desincentivador, a la hora de valorar la rentabilidad de que esta decisión afecte a los trabajadores en los que concurran estas circunstancias.



EL PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN ¿BECARIOS O TRABAJADORES?

JOSEP MORENO GENÉ

*Profesor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Lleida*

EXTRACTO

En la actualidad coexisten diversos tipos o vías de financiación de la fase de formación del personal investigador, a saber: a) El modelo tradicional o modelo 4+0 (cuatro años de beca de investigación, sin ningún año de contratación laboral); b) el modelo diseñado en el Estatuto del Becario, que mantiene el modelo tradicional o modelo 4+0, si bien, dotándolo en su fase final —normalmente los dos últimos años de duración de la beca— de una regulación específica en cuanto a las obligaciones y derechos, especialmente en materia de protección social, de los becarios de investigación; y c) el modelo beca+contrato laboral o modelo 2+2, que alterna el disfrute de una beca de investigación durante los dos primeros años, en los términos descritos para las becas de investigación tradicionales, con la posterior contratación laboral del investigador durante los dos años restantes. Pese a la diversidad de estos modelos, en todos ellos encontramos una nota común consistente en la negación del carácter laboral de la totalidad o cuanto menos de una parte del período inicial de formación del investigador, el cual se articula irremisiblemente a través de becas de investigación.

Ninguno de estos modelos, sin embargo, afronta con carácter previo y de un modo riguroso la cuestión de la naturaleza jurídica que cabe atribuir al vínculo existente entre aquellos investigadores que se encuentran en una fase inicial de su formación y las Universidades y otros centros de investigación en que se inician en la actividad investigadora —centros de aplicación de la beca. Por el contrario, los diversos modelos expuestos parecen optar por el sistema de becas de investigación o por la contratación laboral del personal investigador en formación en base a criterios más políticos o de oportunidad que estrictamente jurídicos o de legalidad, no efectuándose al respecto la necesaria reflexión sobre la naturaleza jurídica que cabe atribuir a este colectivo.

Frente a la situación expuesta, consideramos que cualquier actuación de los poderes públicos dirigida a este colectivo debe partir como presupuesto previo e indispensable de un análisis sobre la verdadera naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por el personal investigador en formación. Precisamente, este trabajo pretende aportar algunos elementos que puedan ayudar a clarificar el complejo debate existente en torno a la naturaleza jurídica —laboral o no— que cabe atribuir al personal investigador en formación, analizándose para ello los diversos modelos existentes en la actualidad de vinculación entre el investigador en formación y la Universidad u otro centro de investigación en el que desarrolla su actividad.

ÍNDICE

1. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN
2. BECAS DE INVESTIGACIÓN VERSUS RELACIÓN LABORAL
 - 2.1. La tradicional declaración del carácter no laboral de las becas de investigación
 - 2.2. La difusa línea de separación entre las becas de investigación y la relación laboral
 - 2.2.1. La insuficiencia de los elementos formales
 - 2.2.2. Criterios distintivos de la beca de investigación y de la relación laboral: el interés o beneficio principal de la beca
3. LA INCIDENCIA DEL ESTATUTO DEL BECARIO EN LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN
 - 3.1. Alcance de la declaración de no laboralidad de las becas de investigación contenida en el Estatuto del Becario
 - 3.2. El difícil equilibrio entre trabajo y formación de los becarios de investigación en el Estatuto del Becario
4. DOS EJEMPLOS DE CONTRATACIÓN LABORAL DEL PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN
5. UNA PROPUESTA A FAVOR DE LA NATURALEZA LABORAL DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR EL PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN

1. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN

En las últimas décadas, los diversos centros públicos y privados de investigación, especialmente las universidades, han experimentado un fuerte incremento del número de investigadores en formación adscritos a los mismos, los cuales alternan su formación en el campo de la investigación, aportando una gran parte de la producción científica de este país, con la ejecución de diversas tareas, especialmente docentes. Salvo raras excepciones, el mecanismo que normalmente se ha utilizado para vincular a este colectivo con las Universidades y otros centros de investigación ha sido la convocatoria de becas de investigación, recibiendo los beneficiarios de las mismas, en consecuencia, la denominación de becarios de investigación ¹.

El importante papel que los becarios de investigación han desempeñado y siguen desempeñando en el actual panorama investigador español no

¹ A pesar de que tradicionalmente se ha empleado el término de becarios de investigación, ante las nuevas expectativas que se abren en torno a esta figura, resulta más adecuado empezar a desvincular el concepto de joven investigador del concepto de beca, para lo cual pueden resultar más acertadas las denominaciones de «investigadores en formación» o de «Investigadores en Fase Inicial» (early Stage Researchers ESRs, atendiendo a la denominación de la Unión Europea), las cuales pese a hacer referencia al momento inicial y, por tanto, formativo, de la actividad investigadora, resultan asépticas en orden a calificar dicha actividad como beca o relación laboral.



se ha visto correspondido por el ordenamiento jurídico que incomprensiblemente hasta fechas recientes no ha contemplado esta figura, ni mucho menos la ha regulado de forma general, habiéndose limitado los estatutos y la normativa interna de algunas universidades y centros de investigación, así como también las bases de las convocatorias de las becas que otorgan la condición de becarios de investigación, a establecer las condiciones de acceso a la condición de becarios de investigación y los derechos y obligaciones básicos que a los mismos les correspondían².

Este desinterés del legislador por los becarios de investigación resulta especialmente llamativo si se tiene en cuenta la existencia en nuestro entorno más próximo de otros modelos de financiación de la formación inicial del personal investigador, distintos a la convocatoria de becas de investigación, lo cual hace especialmente necesaria una explicación en torno a la justificación y a las consecuencias del modelo adoptado en el Estado Español. En este sentido, mientras que en España el personal investigador en formación se retribuye mediante becas, al igual que sucede en Irlanda, Italia, Portugal, Grecia, Reino Unido, Hungría y Rusia, en otros estados se recurre a su contratación, como sucede en Bélgica, Noruega, Alemania, Suecia, Eslovenia, Holanda, Francia y Dinamarca³.

En este contexto prácticamente inmutable, sin embargo, han tenido lugar diversas intervenciones de los poderes públicos. Fruto de las reivindicaciones y presiones de los colectivos afectados, el gobierno del partido popular aprobó el Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se establece el Estatuto del Becario de Investigación (en adelante, Estatuto del Becario), en el que por primera vez se ha pretendido, con más voluntad que

² Para un estudio del régimen jurídico de los becarios de investigación *vid.*, MORENO GENÉ, J.: «Los becarios de investigación: docencia versus formación», *Revista Catalana de Derecho Público, Autonomies*, núm. 23, 1998 y FABREGAT MONTFORT, G. y ESTEVE SEGARRA, A.: «Estudi sobre l'Estatut dels Becaris», www.uv.es/beques

³ En relación con los diversos modelos *vid.*, el informe elaborado por la Federación de Jóvenes Investigadores (Comisión de Documentación): *La situación en España de los Investigadores en Fase Inicial: un estudio comparativo con respecto a Europa*, 13 de junio de 2003, pág. 9, en el que se distingue entre 4 posibilidades: «contrato, dos clases de beca, o trabajo ajeno (y adicional) a la investigación, a los que el IFI recurre paralelamente para subsistir (...) lo que se denominan becas en España son consideradas simples ayudas al estudio (studentships), pero el concepto de beca tiene en el extranjero otras dos posibilidades, más prestigiosas, concebidas como manutención para el investigador, usualmente con ciertos derechos asociados, pero que carece de carácter contractual (grants). A las primeras las llamaremos becas-subsención y a las segundas, becas de prestigio, en un sentido claramente distinto al usual en español. La categoría de trabajo ajeno a la investigación la llamaremos temporal». *Vid.*, asimismo el informe también realizado por la Federación de Jóvenes Investigadores-Precarios: *Estudio de la situación del Personal Investigador en Formación y Perfeccionamiento en las Universidades Españolas*. Ambos informes pueden consultarse en www.precarios.org.

acierto, abordar con carácter general y de forma específica el régimen jurídico de los becarios de investigación y, en especial, la protección social de los mismos, circunscrita finalmente a la inclusión de los becarios de investigación en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena⁴.

La aprobación del Estatuto del Becario, sin embargo, no ha constituido la única intervención de los poderes públicos en relación con el personal investigador en formación, sino que diversas Comunidades Autónomas han abordado esta materia aportando soluciones distintas a la adoptada a nivel estatal. En este sentido, la Comunidad Autónoma de Aragón en el año 2002 introdujo por primera vez el modelo de financiación del personal investigador en formación consistente en la combinación de dos años de beca de investigación más dos años de contrato laboral o también conocido como modelo 2+2, iniciativa que ha sido secundada posteriormente con numerosos matices por las posteriores convocatorias aprobadas por las Comunidades Autónomas de Cataluña, Castilla-La Mancha, Andalucía y Extremadura, siendo de prever asimismo que dicho modelo se extienda a las convocatorias de otras Comunidades Autónomas y, probablemente, también a las próximas convocatorias de ámbito estatal. No en vano, una proposición no de ley aprobada por la Comisión de Educación y Ciencia del Congreso de los Diputados en sesión de 29 de septiembre de 2004, contempla entre otras medidas la transformación de las becas de tercer y cuarto año al régimen de contratación laboral⁵.

En consecuencia, en estos momentos nos encontramos ante una época de cambio en la que coexisten diversos tipos o vías de financiación de la fase de formación del personal investigador: a) El modelo tradicional o modelo 4+0 (cuatro años de beca de investigación, sin ningún año de contratación laboral); b) el modelo diseñado en el Estatuto del Becario, que mantiene el modelo tradicional o modelo 4+0, si bien, dotándolo en su fase final —normalmente los dos últimos años de duración de la beca— de una regu-

⁴ Vid., un estudio de dicha norma en MORENO GENÉ, J.: «El Estatuto del becario de investigación: la inclusión de los becarios de investigación en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 250, 2004, LUJÁN ALCARAZ, J.: «A propósito del “estatuto del becario de investigación”», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2004, GARCÍA NINET, J.I.: «Sobre el presunto Estatuto del becario de investigación», *Tribuna Social*, núm. 155, 2003, AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El Estatuto del becario de investigación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 121, 2004.

⁵ Vid., sobre este modelo de financiación de la fase inicial de la carrera investigadora, MORENO GENÉ, J.: «La contratación laboral del personal investigador en formación: contrato en prácticas versus contrato de obra o servicio determinado», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. En prensa.



lación específica en cuanto a las obligaciones y derechos, especialmente en materia de protección social, de los becarios de investigación; y c) el modelo beca+contrato laboral o modelo 2+2, que alterna el disfrute de una beca de investigación durante los dos primeros años, en los términos descritos para las becas de investigación tradicionales, con la posterior contratación laboral del investigador durante los dos años restantes. Pese a la diversidad de estos modelos, sin embargo, en todos ellos encontramos una nota común consistente en la negación del carácter laboral de la totalidad o cuanto menos de una parte del período inicial de formación del investigador, el cual se articula irremisiblemente a través de becas de investigación.

Sorprendentemente, ninguno de estos modelos afronta con rigor ni en consecuencia resuelve con claridad, la cuestión de la naturaleza jurídica que cabe atribuir al vínculo existente entre aquellos investigadores que se encuentran en una fase inicial de su formación y las Universidades y otros centros de investigación en que se inician en la actividad investigadora —centros de aplicación de la beca. Por el contrario, los diversos modelos expuestos parecen optar por el sistema de becas de investigación o por la contratación laboral del personal investigador en formación en base a criterios más políticos o de oportunidad que estrictamente jurídicos o de legalidad, no efectuándose al respecto la más mínima reflexión jurídica sobre la verdadera naturaleza que cabe atribuir a este colectivo. En otros términos, tanto la normativa estatal que se empeña en mantener a ultranza el carácter no laboral de este colectivo, aunque dotándolo de una limitada protección social, como las convocatorias autonómicas que de facto han procedido a «laboralizar» una parte —los dos últimos años— del período inicial de formación en la investigación, parecen atender más a razones de índole presupuestaria o a satisfacer las reclamaciones de los colectivos implicados, que a una reflexión jurídica previa sobre la verdadera naturaleza jurídica que cabe atribuir a la actividad desarrollada por el personal investigador en formación.

Lejos de este tratamiento un tanto simplista de esta cuestión, consideramos que cualquier actuación de los poderes públicos dirigida a este colectivo debe partir como presupuesto previo e indispensable de un análisis sobre la verdadera naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por el personal investigador en formación. Únicamente de este modo la solución final que se adopte en relación al tratamiento que debe recibir este colectivo por parte de nuestro ordenamiento jurídico tendrá visos de tener una cierta permanencia en el tiempo, puesto que en caso contrario, el mismo dependerá en cada momento del equilibrio de fuerzas existente y de las posibilidades de presión y/o negociación que el colectivo afectado tenga en cada momento. En definitiva, nuestro parecer es que esta cuestión debe intentar resolverse en sede jurídica y no como está sucediendo en los últimos años en sede política. Precisamente, este trabajo pretende, no sé si lo conseguirá,



aportar algunos elementos que puedan ayudar a clarificar el complejo debate existente en torno a la naturaleza jurídica —laboral o no— que cabe atribuir al personal investigador en formación.

2. BECAS DE INVESTIGACIÓN VERSUS RELACIÓN LABORAL

2.1. La insistente declaración del carácter no laboral de las becas de investigación

Como ya se ha puesto de manifiesto, pese a la diversidad de los modelos existentes en el estado español para la financiación de la fase inicial de la formación de los investigadores, todos ellos tienen como elemento común la negación del carácter laboral de la totalidad o cuanto menos de una parte del período inicial de formación del investigador, el cual se articula de forma recurrente a través de becas de investigación.

A partir de esta premisa y pese a la similitud de las actividades desarrolladas por el personal investigador en formación y las actividades desarrolladas por el personal propio de las entidades receptoras de los mismos, las bases de las convocatorias de becas de investigación y la normativa interna de Universidades y otros centros de investigación se han encargado de prescribir, de forma reiterada, que la concesión de la beca de investigación no establece ninguna relación contractual o estatutaria del becario de investigación con el centro al cual queda adscrito, ni implica por parte del organismo receptor ningún compromiso respecto a la posterior incorporación del interesado en la plantilla del mismo, llegándose a especificar incluso de forma expresa en algunas convocatorias que la cantidad recibida por el becario de investigación en ningún caso tendrá la consideración de salario o remuneración, sino de ayuda económica para formación.

En la misma dirección, una primera aproximación jurisprudencial a la calificación jurídica que cabe atribuir a las becas de investigación parece inclinarse por su naturaleza extralaboral. Muy significativa es la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de julio de 1995 que al analizar sendas becas de investigación establece que «los actores son licenciados universitarios que disfrutaban de becas del Ministerio demandado para la formación de investigadores, obligándose a realizar trabajos de investigación en centros adecuados, en régimen de dedicación temporal completa y a presentar la memoria correspondiente con informe de la dirección del centro, estando dotadas las becas con cuantía mensual de 95.000 pts. y un seguro de accidentes, hospitalización y asistencia médica. Se trata, por tanto, de becas, cuya naturaleza jurídica se caracteriza por la concesión con la finalidad de proporcionar a su beneficiario ayuda para el seguimiento o perfeccionamiento de sus estu-



dios (...). No se dan, en el caso, las circunstancias que hagan pensar en modalidades laborales fronterizas con la beca, como los «stages» de otros ordenamientos o los contratos formativos del nuestro, en los cuales el empleador adiestra o entrena al becario en sus técnicas de trabajo o le brinda el perfeccionamiento profesional, abonándole una compensación por su trabajo subordinado y dependiente»⁶.

Ahora bien, esta inusitada insistencia con la que se pronuncian la normativa interna de las Universidades y otros centros de investigación, las bases de las convocatorias de las becas e, incluso, alguna resolución judicial, a la hora de excluir toda posible relación contractual y, en particular, de carácter laboral, entre las entidades convocantes de la beca y/o receptoras del becario y el becario de investigación, pone de manifiesto las dudas y por que no decirlo los temores que produce la complejidad y falta de determinación de esta figura, ya que a pesar de no existir aparentemente ninguna relación laboral entre el becario de investigación y su centro de aplicación, sí se derivan recíprocamente derechos y obligaciones muy similares a los laborales, resultando muy compleja la distinción entre las becas de investigación y las relaciones contractuales que se establecen entre las entidades receptoras del becario de investigación y su personal propio⁷. No olvidemos que incluso los Estatutos de diversas universidades han incluido a los becarios de investigación entre su «personal», «profesorado en formación», «plantilla», «personal académico en formación», «personal docente e investigador», etcétera⁸.

⁶ *Vid.*, en la misma dirección, entre otras la STS (Sala 3.ª) de 11 de diciembre de 2001 (Ar. 10568/2002) que mantiene que entre los servicios de investigación y docencia de un becario universitario y los servicios de investigación y docencia de un profesor universitario media una diferencia esencial de calidad que justifica plenamente el diferente tratamiento jurídico dispensado actualmente por el ordenamiento.

⁷ A favor del carácter laboral de esta actividad, *vid.*, Federación de Jóvenes Investigadores: *I Jornadas de Jóvenes investigadores en España*, Cádiz, 7 de febrero de 2003, pág. 8, mantiene que «hoy por hoy, el personal investigador en formación y perfeccionamiento (PIFP) es un trabajador de hecho pero no es considerado un trabajador de derecho. Desarrolla su trabajo de forma voluntaria, depende jerárquicamente del director de la investigación, se le paga mensualmente por el trabajo realizado con la correspondiente deducción por rendimientos netos del trabajo y, del producto de su labor, se beneficia no sólo él mismo sino el centro en el que trabaja. Por tanto, se dan los cuatro supuestos que el Estatuto de los Trabajadores establece para que exista una relación laboral: voluntariedad, remuneración, ajenidad y dependencia». Esta ha sido la misma conclusión a la que se ha llegado en las II Jornadas de Jóvenes Investigadores celebradas en Zaragoza entre el 12 y el 15 de febrero de 2004 (*vid.*, Tribuna Complutense de 2 de marzo de 2004).

⁸ *Vid.*, sobre las diversas vías de ubicación de los becarios de investigación en la estructura del personal de la Universidad, MORENO GENÉ, J.: «Los becarios de investigación...» cit., págs. 182-183.

Esta cuestión alcanza gran interés si se toma en consideración que de la calificación —como relación laboral o como beca— del vínculo que une al investigador en formación con la entidad que otorga la beca o la entidad receptora del mismo, se desprenden consecuencias jurídicas muy importantes, al serles de aplicación alternativamente y en toda su extensión o el «estatuto» propio del becario o el estatuto propio del trabajador⁹. Así por ejemplo, si se comparan los diversos modelos de financiación de la formación investigadora existentes en nuestro entorno, pueden establecerse las siguientes diferencias prácticas entre el recurso al contrato o a la beca¹⁰:

- a) el contrato lleva asociada una cotización al sistema de Seguridad Social del país correspondiente, mientras que en la mayoría de casos la beca no.
- b) el contrato otorga al licenciado la categoría de trabajador, con los beneficios legales y normativos correspondientes, especialmente, aquellos previstos en la negociación colectiva, mientras que la beca no.
- c) el contrato permite computar como experiencia laboral los años dedicados a la investigación como licenciado, mientras que la beca no.
- d) el contrato reconoce, tanto legal como socialmente, la capacidad productiva del investigador en formación y establece una relación jurídica con el centro de trabajo de mutuo provecho, mientras que la beca se considera exclusivamente un beneficio para el becado.
- e) el contrato establece una relación jurídica con el investigador en formación, mientras que la beca no.

Es por ello que vale la pena detenerse en el análisis de los criterios que deben permitirnos identificar cuando nos encontramos ante una beca y cuando se trata de una relación laboral¹¹. El análisis de estos criterios no sólo

⁹ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «Nuevas normas sobre los becarios y el personal sanitario residente: otra ocasión para la reflexión sobre el «trabajo formativo», *Temas Laborales*, núm. 74, pág. 30, pone de manifiesto que en supuestos como este no es posible la aplicación integrada de los estatutos de becario y de trabajador, por resultar los mismos incompatibles, puesto que «solo cabe una solución en régimen de alternividad: o se es becario o trabajador: *tertium non datur*», lo que hace forzoso decantarse por una de las dos alternativas posibles»

¹⁰ *Vid.*, Federación de Jóvenes Investigadores (Comisión de Documentación): *La situación en España...* cit., pág. 11.

¹¹ Sobre los criterios de distinción entre beca y contrato de trabajo *vid.*, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Las becas: ¿Formación, Inserción, Prácticas Profesionales, Trabajo Asalariado?», en CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.): *Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999; GOÑI SEIN, J.L.: «La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas», *Relaciones Laborales*, 1986-II; AHUMADA VILLALBA, B.: «La beca de formación práctica con prestación de servicios», *Relaciones Laborales*, 1999-I; FABREGAT MONFORT, G.: «Algunas cuestiones en torno a las becas con prestación de servicios», *Aranzadi Social*, 2001-V; GOÑI SEIN, J.L.: «Las becas y el encubrimiento de contratos laborales», *Revista Española*



debe permitirnos delimitar con carácter general cuando estamos en presencia de una verdadera beca y cuando ésta encubre una relación laboral, sino también debe ayudarnos a reflexionar sobre cual es el espacio que nuestro ordenamiento jurídico reserva a las becas, en nuestro caso las becas de investigación, para que estas puedan desarrollarse, teniendo en cuenta que la finalidad formativa no puede constituir por sí misma un criterio suficiente, puesto que la concurrencia de formación y trabajo resulta ser en la práctica un fenómeno más que frecuente¹².

Pese a que la coexistencia entre formación y trabajo no suscita mayores cuestiones cuando hay preponderancia clara de una de las dos actividades, ya sea la formación (como sucede con el trabajo formativo prestado por estudiantes en el marco de su formación académica), ya sea el trabajo (como sucede con el trabajo formativo del contrato en formación), por el contrario, sí plantea más dificultades cuando la concurrencia simultánea de formación y trabajo no arroja un saldo de predominio claro de ninguno de éstos¹³. Esto es precisamente lo que sucede *a priori*, que no siempre en la práctica, con los becarios de investigación.

2.2. La difusa línea de separación entre las becas de investigación y la relación laboral

2.2.1. La insuficiencia de los elementos formales

Con carácter previo a la delimitación material entre cualquier tipo de beca y, por tanto, las de investigación y una relación laboral deben resol-

de Derecho del Trabajo, núm. 14, 1983; LÓPEZ GANDÍA, J.: «Jurisprudencia sobre becas y prácticas ante el Estatuto de los Trabajadores», *Revista de Derecho Privado*, 1981; MARTÍN VALVERDE, A.: «Beca de estudios técnico-prácticos con opción de reingreso en una entidad bancaria», *Revista de Política Social*, núm. 99, 1973; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «Contrato de trabajo: período de prácticas como becario en una empresa (comentario jurisprudencial)», *Revista de Política Social*, núm. 96, 1972; SELMA PEÑALVA, A.: «Los becarios aparentes. Comentario a la STSJ del País Vasco, de 18 de marzo de 2003 (AS 2003, 2567)», *Aranzadi Social*, núm. 14, 2003; SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Pamplona, 2003; VILLALBA SALVADOR, B.: «Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales», *Actualidad Laboral*, núm. 11, 1998.

¹² *Vid.*, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «Nuevas normas sobre los becarios...» cit., pág. 14, nos indica como «la mera realización del trabajo puede reportar y reporta sin duda formación, del mismo modo que cierto tipo de formación sólo puede obtenerse a través de la realización efectiva de las tareas de la actividad productiva».

¹³ *Ibid.* pág. 14.

verse dos cuestiones de índole formal: la trascendencia que deba atribuirse al hecho de que la entidad otorgante de la beca sea habitualmente una administración, otra entidad pública o, en su caso una entidad sin ánimo de lucro y la relevancia que deba atribuirse al hecho de que la obtención de la beca de investigación tenga lugar a través de la aceptación por parte del becario de las bases de una convocatoria pública, en las que se especifica que la misma no establece ninguna relación laboral entre las partes.

Respecto a la relevancia que deba concederse al carácter público, o en su caso, el carácter de entidad sin ánimo de lucro, de la entidad que convoca la beca de investigación o recibe al becario, debe afirmarse que si los servicios prestados por este reúnen los presupuestos propios de una relación laboral, éste debe ser considerado como trabajador, puesto que nada impide que de hecho, aún con infracción de normas administrativas, se entablen por la administración relaciones de carácter laboral, sin perjuicio de que las mismas no puedan declararse como fijas, sino indefinidas¹⁴. Esta postura se aleja de determinados criterios jurisprudenciales que parecían distinguir entre Administraciones Públicas y empresas privadas, para tratar con mayor benevolencia a las becas otorgadas por las primeras¹⁵.

Nos parece plenamente acertado este criterio, puesto que si bien es cierto que el hecho de que la entidad becante tenga carácter público o, en su caso, se trate de una entidad sin ánimo de lucro, debería comportar mayores garantías y, por consiguiente, menos suspicacias que si se tratara de una empresa privada¹⁶, la práctica pone de manifiesto que en muchas ocasiones son precisamente las Administraciones Públicas, incluidas las Universida-

¹⁴ *Vid.*, en relación con las becas de investigación, la STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de septiembre de 2001 (AS 2981), la cual diferencia entre el reconocimiento del carácter indefinido y la fijeza en la plantilla, indicando que «el primero implica desde una perspectiva temporal que el vínculo no está sometido, directa o indirectamente a un término, pero no supone que el trabajador convalide una condición de fijeza de plantilla que no sería compatible con las normas sobre selección del personal fijo en las Administraciones Públicas. De esta forma, la Administración afectada no puede consolidar la fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que por el contrario está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y producida esta provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato».

¹⁵ *Vid.*, STS 26 de junio de 1995 (Ar 5365). LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 19, considera discutible dicho criterio jurisprudencial. Sin embargo, aún hoy se encuentran sentencias que recogen un trato diferencial entre becas concedidas por las Administraciones Públicas o por entidades privadas, *vid.*, STSJ de Extremadura de 14 de junio de 2001 (AS 248190), la cual entre los argumentos empleados para mantener el carácter no laboral de la prestación de servicios desarrollada en el marco de una beca de investigación otorgada por la Junta de Extremadura incluye «el carácter público de la entidad que la concedió».

¹⁶ *Vid.*, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Las becas: formación...» cit., pág. 129.



des y otros centros de investigación, las que más usan y abusan de las becas de investigación, huyendo por esta vía de la mayor rigidez y mayores costes que normalmente supone la contratación laboral ¹⁷.

Por lo que se refiere al segundo aspecto formal planteado, de conformidad con la jurisprudencia mayoritaria, cabe poner de manifiesto la insuficiencia de cualquier elemento formal para proceder a la calificación de la relación jurídica analizada y, en este sentido, la misma no puede depender de la calificación unilateralmente otorgada por la entidad que convoca la beca, ni por la entidad que recibe al becario, sino que es necesario indagar la verdadera naturaleza de las funciones desarrolladas por el becario de investigación, no concediéndose tampoco ninguna relevancia a las cláusulas de exclusión de laboralidad que se establecen en las bases de las convocatorias, ni a la aceptación de las mismas por parte de los becarios de investigación ¹⁸, de conformidad con el carácter indisponible de los derechos laborales (art. 3.5 ET) ¹⁹.

En esta dirección, se ha considerado que aunque por lo general el régimen de concesión de becas por institutos públicos, regulado normalmente

¹⁷ Vid., MORENO GENÉ, J.; PARDELL VEÀ, A. y ROMERO BURILLO, A.M.: «Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado», *Revista de Derecho Social*, núm. 9, 2000, pág. 35.

¹⁸ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «Nuevas normas sobre los becarios...» cit., pág. 37, mantiene que sí podría ser útil tomar en consideración la calificación dada por las partes en aquellos supuestos en que los indicios que permiten distinguir entre una relación laboral y una beca sean insuficientes.

¹⁹ Por todas, vid., STS de 22 de junio de 1988 (Ar. 6030), que indica taxativamente que «no son los interesados, sin más, los que libremente pueden hacer la correspondiente calificación». En el mismo sentido, respecto a las becas concedidas por universidades, la STSJ del País Vasco de 21 de junio de 1993 (AS 2873), indica que «la denominación dada por la Universidad y aceptada por el demandado carece de trascendencia». Vid., en relación con los becarios de investigación, STSJ de Madrid de 24 de febrero de 2003 (JUR 186947), STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de septiembre de 2001 (AS 2981) y STSJ del País Vasco de 18 de marzo de 2003 (JUR 153831). En sentido contrario, la STSJ Andalucía (Sevilla) de 29 de enero de 1999 (AS 845), atribuye relevancia para considerar que se trata de una beca, al hecho de que la becaria haya participado voluntariamente en diversas convocatorias, asumiendo las bases de las mismas y aceptando los nombramientos. En parecidos términos, en relación con becas de investigación, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 29 de enero de 1999 (AS 845) da relevancia al hecho de que la becaria haya participado voluntariamente en las diversas convocatorias de becas, asumiendo las bases de las mismas y aceptando los nombramientos, estando sometida al régimen de trabajo señalado por el responsable del Instituto de Ciencias de la Educación, sin horario fijo de trabajo y percibiendo una ayuda mensual, todo ello con la condición de excluirse cualquier relación contractual o estatutaria con la entidad demandada. En parecidos términos, la STSJ de Extremadura de 14 de junio de 2001 (JUR 248190), incluye entre los elementos para considerar que no se trataba de una relación laboral que «el propio actor no puso objeción alguna hasta que se dio por finalizada la beca».

mediante simples resoluciones ministeriales, suele hacer referencia a la no generación de relación laboral por la prestación de los servicios propios de la beca, tal declaración sólo es eficaz en Derecho si, en efecto, el trabajo del becario se realiza sin la dependencia y la ajenidad características de la relación laboral, tal como recoge el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)²⁰. No en vano, si la legislación laboral determina de modo imperativo los elementos que definen la relación laboral, mal puede una norma de rango inferior establecer criterios distintos²¹. Con mayor motivo debe mantenerse que las resoluciones dictadas al respecto por las diversas Comunidades Autónomas convocando las becas de investigación no podrán tampoco negar o afirmar el carácter laboral de la actividad desarrollada por los investigadores en formación más allá de lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores por carecer, de conformidad con el art. 149.1.7 CE, de la necesaria competencia sobre legislación laboral para efectuar tal declaración.

2.2.2. *Criterios distintivos de la beca de investigación y de la relación laboral: el interés o beneficio principal de la beca*

Una vez solventadas las cuestiones formales que pueden dificultar el análisis de la relación existente entre el becario de investigación y la entidad que convoca la beca o, en su caso, receptora del becario, deben analizarse los elementos que ponen de manifiesto la distinta naturaleza existente entre el contrato de trabajo y las becas de investigación, teniendo en cuenta que el elemento determinante de dicha distinción es la distinta finalidad que se persigue con cada una de estas figuras. En esta dirección, el objetivo del contrato de trabajo es la obtención de un valor productivo inmediato, mientras que la formación, por el contrario, o bien no busca esa finalidad productiva en absoluto, o bien sólo la busca relativamente, de manera aplazada o diferida al futuro, siendo el elemento predominante el aumento de bagaje cultural, intelectual o técnico del becario. En definitiva, mientras que a través del contrato de trabajo la persona «da», en la formación la persona «recibe»²². Esta circunstancia es la que ha permitido que tradicionalmente se

²⁰ Vid., LUJÁN ALCARAZ, J.: «A propósito del «Estatuto del Becario...» cit., pág. 11.

²¹ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «Nuevas normas sobre los becarios...» cit., pág. 39 va más allá y mantiene que incluso en el caso de que las becas con trabajo formativo fueran reguladas por normas con rango de ley, cabría dudar de que éstas fueran libres para establecer los criterios de autenticidad de la beca, pues no debe olvidarse el condicionamiento que podría suponer al efecto la necesidad de respetar valores prevalentes, como por ejemplo, el principio constitucional de igualdad.

²² Ibid. pág. 38.



haya considerado que la actividad desarrollada en el marco de las becas se incardine entre los «trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad» (art. 1.3 d) ET) y, en consecuencia, no haya sido considerada como una actividad laboral²³.

A partir de esta reflexión inicial las becas en general y las becas de investigación en particular, tienen como dato calificativo más relevante que el becario adquiera una formación mediante la realización de una actividad cuyo coste económico lo soporta la entidad otorgante o quien la financie, lo que comporta la inexigencia al becario de una prestación que revirtiendo directamente en utilidad o beneficio de la entidad que otorga la beca, predomine sobre su formación²⁴. Ello no impide, sin embargo, que en ocasiones las actividades desarrolladas por los becarios puedan fructificar en la realización de diversas tareas, que no se realizan como contraprestación, sino como aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa²⁵.

En otros términos, en relación con las becas de investigación, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que «conceptualmente las becas son en general retribuciones dinerarias o en especie orientadas a posibilitar el estudio y formación del becario, aunque también es cierto que este estudio y formación puede en no pocas ocasiones fructificar en la realización de una obra, y así no son escasas las becas que se otorgan para la producción de determinados estudios o para el avance en concretos campos de la investigación científica, pero siempre sin olvidar que estas producciones o la formación conseguida, en los becarios, nunca se incorpora a la ordenación productiva de la institución que otorga la beca. Por ello, si bien el receptor de una beca realiza una actividad que podría ser entendida como trabajo y per-

²³ En esta dirección, se ha considerado que «también cabe que la gratificación o donación adopte la denominación de «beca», siempre que esta no sirva para encubrir relaciones laborales, sino que se trate de una ayuda destinada a facilitar la prosecución o ampliación de estudios». *Vid.*, ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L.M.; LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 143.

²⁴ *Vid.*, STS de 7 de julio de 1998 (Ar. 6161), así como la jurisprudencia citada en la misma. En la citada resolución se establece que para que pueda hablarse de beca es necesario que su finalidad, real y efectiva, no simulada, sea la del «perfeccionamiento profesional» del becario, finalidad que debe estar, si no de forma exclusiva, sí con cierta entidad y prevalencia.

²⁵ La compatibilidad de las becas con la prestación por parte del becario de servicios u obras en beneficio de la entidad otorgante de la beca ha sido admitida de forma unánime por la jurisprudencia, así, por ejemplo, se admite que las becas fructifiquen en «la realización de una tarea» (STSJ del País Vasco de 21 de junio de 1993 (AS 2873); «la realización de una obra (STS 13 de junio de 1988 (Ar. 5270); «la realización de unos servicios» (STS d 13 d abril de 1989 (Ar. 2967); «la ejecución de trabajos varios» (STSJ de Madrid de 1 de febrero de 1990 (AS 694); etcétera.

cibe una remuneración en atención a la misma, por el contrario aquel que concede la beca y la hace efectiva no puede confundirse nunca con la condición propia de empresario ya que no incorpora el trabajo del becario a su patrimonio, circunstancia esencial a la figura del empresario, cuya actividad si bien puede carecer de ánimo de lucro, lo que siempre es subjetivo, no carece nunca de lo que en este aspecto puede denominarse sentido de lucro en la actividad que ejerce»²⁶.

En consecuencia, la distinción entre beca y relación laboral se fundamenta en determinar en cada caso concreto y atendiendo a las circunstancias realmente concurrentes en la actividad desplegada por los becarios, cual es el interés o beneficio principal que se satisface con la beca y con la prestación de servicios que como consecuencia de la misma se prestan, si el de los becarios o si, por el contrario, el de la propia entidad convocante de la beca o receptora del becario²⁷, por lo que la finalidad perseguida se configura como «el único e inseguro elemento diferenciador» entre la beca y el contrato de trabajo²⁸.

A partir de estas consideraciones, pueden establecerse los diferentes criterios que pueden emplearse para determinar si la utilidad o beneficio principal de la actividad desarrollada por el becario de investigación la obtiene la entidad receptora del becario y, por tanto, poder declarar la relación existente entre la misma y el becario de investigación como laboral, por entenderse que concurre el presupuesto sustantivo de la ajenidad²⁹.

El primer indicio lo constituye la apreciación o no de supeditación o subordinación de la formación recibida por el becario de investigación al

²⁶ *Vid.*, STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de septiembre de 2001 (AS 2981).

²⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: «Fronteras y “zonas grises” del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2003, se refiere al «criterio de prevalencia» y DE SOTO RIOJA, J.M.: «Becas formativas: ¿Formación complementaria para el becario o relación laboral encubierta?», STSJ de Castilla-La Mancha, de 19 de octubre de 1999 (AS 3724/1999)», *Temas Laborales*, núm. 54, 2002, pág. 230, a la «teoría del interés predominante».

²⁸ Cfr. STSJ de Madrid de 1 de febrero de 1990 (AS 694). El carácter extremadamente casuístico de esta materia supone que aunque se pueden «extraer de la doctrina y jurisprudencia ciertos parámetros definidores o caracterizadores de una y otra figura en términos generales, es preciso acoplarlos a cada caso concreto y específico objeto de resolución (STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de noviembre de 1998 (AS 4515). *Vid.*, en relación con las becas de investigación STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de septiembre de 2001 (AS 2981) y STSJ de Madrid de 24 de febrero de 2003 (JUR 186947).

²⁹ Un estudio sistematizado de los criterios exigidos por la jurisprudencia para determinar quien obtiene la utilidad de los servicios prestados por el becario y, por tanto, si nos encontramos ante una beca o ante una relación laboral en MORENO GENÉ, J.: «Las becas y los contratos formativos: ¿dos caras de una misma moneda?», en *Política de empleo y protección social*, Signo, Tarragona, 1995, págs. 283-286 y MORENO GENÉ, J., PARDELL VEÀ, A. y ROMERO BURILLO, A.: «Las becas de colaboración...» cit.



trabajo realizado por el mismo. Este requisito constituye a nuestro entender el elemento esencial que permite identificar al becario de investigación, ya que en la medida en que las actividades investigadoras, docentes u otras actividades —incluso administrativas— desarrolladas por el becario menoscaban su formación investigadora, no será este quien obtenga el interés o beneficio principal de la beca, sino que lo será la entidad receptora del mismo, con lo que perdería la condición de beca, dando lugar al nacimiento de una relación laboral. Por tanto, las actividades que realice el becario tendrán que realizarse de forma que resulten compatibles con el aprovechamiento del propio becario y siempre subordinadas a las propias obligaciones formativas del mismo³⁰.

En este sentido los requisitos que debería reunir la formación para integrar el contenido formativo propio y específico que debe satisfacer una beca, distinto de la función formativa satisfecha por los contratos formativos deberían ser entre otros los siguientes:

- la formación dispensada a través de las becas debe responder a un plan de formación previamente preestablecido y sometido a tutela que contenga tanto los objetivos formativos que se pretenden satisfacer con la beca, como las diversas actividades que como consecuencia de dichos objetivos deberá realizar el becario, de modo que sea la prestación de servicios la que se adapte a la formación que debe obtener el becario y no a la inversa³¹;
- el seguimiento y control que se realiza sobre el aprovechamiento de la beca por el becario no puede limitarse a un informe al final del período de disfrute de la beca, sino que durante toda la vigencia de la beca deben darse por parte del tutor las indicaciones y instrucciones necesarias para el correcto desarrollo de la actividad de-

³⁰ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «Nuevas normas sobre los becarios...» cit., págs. 32 y 33, incluye este criterio entre los factores determinantes de la existencia de beca, considerando determinante de la falsedad de una beca la asignación al becario de «tareas estériles a efectos de su formación», «trabajos distintos de los definidos como trabajo formativo en el marco de la beca de que se trate», «trabajos con asunción de responsabilidades excesivas o cuya realización presupone la plena formación de quien los realiza», etc.

³¹ La STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de septiembre de 2001 (AS 2981) reconoce la relación laboral entre un becario de investigación y la Universidad de Granada, por considerar que «la actividad formativa fue prácticamente nula, sin perjuicio de la adquisición de experiencia, rasgo por lo demás común a cualquier trabajo». La STSJ de 2 de septiembre de 2002 (AS 2263), reconoce como laboral la prestación de servicios de unos becarios de un proyecto de investigación porque «no existía plan de formación académica individual para cada becario» y porque no ha quedado «acreditada la concurrencia efectiva de una labor o misión docente encaminada a la formación» de los becarios. *Vid.*, también, STSJ del País Vasco de 18 de marzo de 2003 (JUR 153831).

sarrollada y, por tanto, de su formación³². Este seguimiento y control sobre el aprovechamiento de la beca por parte del becario de investigación debe tener asimismo una influencia decisiva en la renovación de la misma³³. No es de recibo, por el contrario, que el becario realice su actividad sin recibir ningún tipo de orientación, consejo o directriz sobre el desarrollo de la misma³⁴, sin que pueda considerarse suficiente para satisfacer el elemento formativo, el mero hecho de que la beca de investigación permita al recién licenciado aplicar los conocimientos adquiridos con los estudios, obteniendo de este modo una práctica profesional que le pueda facilitar su inserción en el mercado laboral, puesto que esta finalidad también se cumple con los contratos formativos³⁵.

³² La STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de octubre de 1999, considera como laborales diversas becas para la investigación del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha porque «la finalidad formativa, constitutiva de la esencia en la condición de becario, no aparece en el caso enjuiciado en el que las demandantes llevaron a cabo su actividad en solitario, sin que existiese ninguna persona que, con los necesarios conocimientos y autoridad, dirigiese y coordinase su trabajo (...) implicando ello la realización de actividades de las que única y exclusivamente se beneficiaría la entidad otorgante de la beca, del mismo modo que si estas funciones hubiesen sido encomendadas a un trabajador ordinario a través del correspondiente contrato de trabajo». En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco de 18 de marzo de 2003 (JUR 153831), considera que una beca de investigación vinculada a un proyecto de investigación es de carácter laboral puesto que «la actividad del actor no iba encaminada a su propia formación (...). La demandante más que recibir enseñanzas (lo que difícilmente es deducible cuando ni las Juntas Generales tienen por finalidad impartirlas ni consta que hayan puesto a disposición de la becaria personal docente alguno), realizó un trabajo productivo».

³³ El correcto aprovechamiento de la beca debe ponerse en relación con la finalidad de la beca, es decir, la formación del becario, por lo que se entenderá que ha tenido lugar un correcto aprovechamiento de la beca cuando los resultados formativos sean los adecuados, ya sea previa evaluación o simple constatación por parte del tutor. Esta valoración no puede depender exclusivamente del rendimiento, productividad o efectividad de los servicios prestados por el becario, ya que todo proceso de aprendizaje comporta errores, insuficiencias e incapacidades que deben ser corregidos, pero no sancionados. En este sentido, la STSJ Castilla-La Mancha de 13 de noviembre de 1998 (AS 4515) considera como elementos de la naturaleza de la beca la no sujeción a ritmo concreto de trabajo, ni a la consecución de unos objetivos concretos y determinados en el tiempo.

³⁴ SELVA PEÑALVA. A.: «Los becarios aparentes...» cit., pág. 57, considera que en las becas deben establecerse mecanismos de seguimiento de la formación (dispositivos tutoriales) y de verificación de los progresos formativos del becarios (evaluaciones).

³⁵ Resulta especialmente criticable al respecto la STSJ de Extremadura de 14 de junio de 2001 (JUR 248190), en la que se establece de forma expresa que «aún en el supuesto de que no se le proporcionara ningún tipo de orientación, consejo o directriz sobre el desarrollo de la actividad, el solo hecho de realizar un trabajo para el que se han cursado unos estudios supone una valiosa formación para cualquier profesional pues es conocido el poco sentido práctico que generalmente tienen los planes de estudio, por lo que la posibilidad de aplicar los



- debe existir una adecuación entre la actividad que se proyecta cubrir con la concesión de la beca de investigación y las posibilidades de la entidad convocante de la beca o destinataria del becario para llevar a cabo la formación del becario de investigación³⁶;
- debe existir una correlación entre la duración de las becas y las necesidades formativas, puesto que no parece de recibo un alargamiento injustificado del período formativo una vez pueda considerarse de forma razonable que ya se ha obtenido la formación que se pretendía con el recurso a las becas de investigación³⁷ y, a la inversa, también es incompatible a la idea de beca una duración demasiado corta que impida la obtención de una formación adecuada;

conocimientos adquiridos es una valiosa oportunidad, que no sólo redunda en la formación, sino también en la mejor posibilidad de obtener después un verdadero puesto de trabajo remunerado, para el que se suele exigir experiencia, muy difícil de adquirir con los estudios recién acabados. En resumen, quizás sea la oportunidad de desarrollar un trabajo la mejor formación para el mismo, pues los conocimientos teóricos se suponen en quien ha superado los correspondientes estudios y, si de ese desarrollo del trabajo se deriva un beneficio en quien concede la beca, no se desvirtúa esta, sino que es una consecuencia de la misma».

³⁶ Así, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 1996 (AS 3634), ante una beca concedida por el departamento de archivo y documentación del Museo de la Música a una Licenciada en Historia de la música, considera que ésta es correcta en la medida en que permite la formación de quien ha obtenido un título universitario otorgándole la posibilidad de aplicar y ampliar sus conocimientos en el desempeño de una actividad íntimamente relacionada con los mismos; en el mismo sentido, la STSJ Castilla-La Mancha de 13 de noviembre de 1988 (AS 4515), no considera como laborales los servicios consistentes en la catalogación de fondos bibliográficos de carácter histórico y la realización de un catálogo colectivo de Castilla-La Mancha, porque constituyen una actividad formativa para el becario en función de su titulación que se configura como propia del centro donde se imparte o desarrolla, formación que comporta un coste económico que se sufraga por las instituciones correspondientes.

³⁷ DE SOTO RIOJA, J.M.: «Becas formativas...» cit., pág. 230, en un supuesto en que las becarias habían disfrutado de hasta once becas considera que «¿puede entenderse que las becarias, o presuntas trabajadoras, necesiten tanta formación, añadida a la de sus estudios universitarios? (...) entiendo que desvirtúa la verdadera esencia de la beca formativa, pues disfrutadas tantas convocatorias y en tan extenso período de tiempo, es más que patente que las renombradas becarias tengan la formación suficiente para desempeñar esas funciones como verdaderas funcionarias, interinas o trabajadoras de régimen laboral, pero no como becarias de formación». En este sentido, llama especialmente la atención la STSJ de Extremadura de 14 de junio de 2001 (JUR 248190) que analiza una beca de investigación concedida por la Junta de Extremadura. Pese a que la misma tenía una duración inicial de 12 meses, excepcionalmente prorrogables por otros 12 meses, fue sucesivamente prorrogada hasta alcanzar la duración de seis años, pese a lo cual, el Tribunal mantiene que se trata de una beca y no de una relación laboral encubierta. No nos parece que esta prolongación de la beca de investigación en el tiempo pueda justificar la función investigadora y formativa de la beca, sino más bien el carácter laboral de la misma.

Un segundo indicio válido para determinar quien obtiene la utilidad de los servicios prestados por el becario de investigación lo constituye la constatación de la identidad existente entre las tareas encomendadas al becario de investigación y las funciones realizadas por los trabajadores —profesores universitarios e investigadores contratados— de la entidad que otorga la beca y, en su caso, de la entidad receptora del mismo, porque aunque no se realicen exactamente todas las tareas, en la medida en que las tareas desempeñadas por el becario de investigación sean coincidentes con las funciones ejecutadas por los trabajadores de la entidad convocante de la beca y/o receptora del becario, habrá más opciones de que la actividad desarrollada por el becario de investigación pueda ser considerada como laboral³⁸, especialmente si se trata de trabajos esenciales, necesarios e imprescindibles para el normal funcionamiento de quien concede la beca³⁹. En otras palabras debe existir una especialidad de las funciones o tareas que diferencie a los becarios de investigación de los trabajadores ordinarios del centro de aplicación del becario⁴⁰.

Este criterio adquiere su mayor significado cuando las actividades desarrolladas por el becario se corresponden, como ocurre en las Universidades u otros centros de investigación, con alguno de los servicios permanentes y esenciales del ámbito de competencia de la entidad otorgante de la beca —docencia e investigación— de modo que de no llevarse a cabo por los becarios de investigación tendrían que encomendarse a un tercero o no po-

³⁸ *Vid.*, MARTÍN VALVERDE, A.: «Beca de estudios técnico-prácticos...» cit., pág. 263. *Vid.*, STSJ de Aragón de 26 de junio de 1999 (AS 1883); STSJ Madrid de 14 de octubre de 1994 (AS 4103); STSJ Castilla y León de 20 de octubre de 1996 (AS 5216). Sin embargo, no se atribuyen estos mismos efectos cuando hay identidad entre las tareas realizadas durante la vigencia de la beca y las realizadas con posterioridad como consecuencia de una relación laboral, puesto que puede «evitarse la concurrencia de ciertas tareas comunes a la condición de becaria y trabajadora» (STSJ Cataluña de 4 de septiembre de 1996 (AS 3634).

³⁹ *Vid.*, DE SOTO RIOJA, J.M.: «Becas formativas...» cit., pág. 230 y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «Nuevas normas sobre los becarios...» cit., pág. 36.

⁴⁰ *Vid.*, AHUMADA VILLALBA, B.: «La beca de formación práctica...» cit. La autora considera al respecto que no estaremos en presencia de una beca si no se pone de manifiesto la diferencia de cometido, dedicación, horario o jerarquización entre la realización de las labores propias de la beca y las de otros titulados no sujetos al sistema de becas. En la misma dirección, GOÑI SEIN, J.L.: «La inserción profesional...» cit., considera que «en el caso de que el servicio prestado por el becario resulte ser permanente y esencial para el funcionamiento del centro o empresa; si responde a las necesidades permanentes de la misma y su actividad es normal, habitual y continuada, la concesión de la beca será a todas luces una simulación de un contrato» y DE SOTO RIOJA, J.M.: «Becas formativas: ¿Formación complementaria para el becario...» cit., pág. 228, considera que nos encontramos ante una relación laboral «cuando el becario realice actividades que debieran ser realizadas por otras personas, trabajadores, funcionarios, personal estatutario u otros».



drían funcionar⁴¹. En este sentido, es especialmente indicativo de la preeminencia de la función productiva sobre la formativa de la actividad que desarrollan los becarios de investigación el hecho de que las becas de investigación se hayan convocado por parte de alguna universidad en sustitución de alguna plaza de profesor universitario previamente amortizada, con la clara finalidad de ahorrar costes o, a la inversa, la convocatoria de una plaza de profesor universitario en sustitución de una beca de investigación preexistente. Resulta asimismo significativa al respecto la sucesión sin solución de continuidad de sucesivos becarios de investigación que desarrollan unas mismas funciones.

Por el contrario, la actividad del becario debe responder a la finalidad de su perfeccionamiento y no ser utilizada por la empresa o entidad convocante de la beca y/o receptora del becario para paliar sus necesidades, de manera que aunque el becario de investigación ocupe un verdadero puesto de trabajo, su actividad ha de ser periférica, no inmediatamente necesaria al organismo en que se realiza el período de formación en régimen de beca⁴².

⁴¹ Está generalmente aceptado como elemento definidor de la naturaleza laboral el que los becarios realicen una actividad que pertenezca al ámbito competencial de la empresa demandada y que satisfaga parte de sus obligaciones (STS de 13 de abril de 1989 (Ar. 2967); STSJ Castilla y León de 20 de octubre de 1992 (AS 5215); STSJ Galicia de 15 de febrero de 1995 (AS 590), STSJ Madrid de 1 de febrero de 1990 (AS 694); STSJ de Madrid de 24 de enero de 1990 (AS 406), etcétera. La STSJ de Madrid de 24 de febrero de 2003 (JUR 186947) al analizar una beca de investigación concluye que «aun cuando formalmente se dio cumplimiento a las exigencias que son propias de una beca, mediante la formal adjudicación de una de ellas al actor, la asignación de un tutor y la emisión de informes semestrales sobre las actividades desarrollados, puso en evidencia otra cosa (...) que los diversos trabajos realizados por el actor dentro del horario habitual de la demandada y con total autonomía se corresponden a los propios de la esfera de actividad del CEDEX (CENTRO DE ESTUDIOS Y EXPERIMENTACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS) y que tales trabajos redundaron en todo momento en beneficio del organismo demandado quien hizo suyos los frutos y obtuvo un beneficio económico por ello (...) por lo que es fácil concluir que ante tales circunstancias lo que prevaleció no fue la finalidad formativa de la beca, sino el interés de la entidad en la obtención y prestación del servicio. *Vid.*, en relación con becas de investigación del CSIC, la STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2002 (AS 1498) al considerar que los trabajos realizados por los becarios de investigación son «trabajos normales y permanentes».

⁴² En esta dirección, la STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de septiembre de 2001 (AS 2981), reconoce el carácter laboral de la prestación de servicios entre un becario de investigación y la Universidad de Granada, porque «su actividad se incorporaba esencialmente a la actividad de la Unidad», «desde que se fue el actor no se puede atender el funcionamiento del servicio», «por el hecho de que ha venido realizando unas funciones que sino hubieren sido por él realizadas tendrían que encomendarse a personal laboral», «el actor venía cumpliendo con el horario habitual de la unidad, disfrutando asimismo de las vacaciones en agosto como el resto de los que prestaban sus servicios en la unidad», «realizaba los contenidos propios de la actividad de la Unidad», etcétera. La STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2001 (AS 1246)

Sin embargo, esta delimitación no siempre resulta clara, puesto que la necesidad de mejorar la posterior empleabilidad de los investigadores obliga a que estos se formen de una manera práctica, lo cual significa que la formación mediante la investigación y la docencia debe formar parte de las actividades efectivamente realizadas por el centro de acogida del becario.

En este punto, resulta especialmente significativo el análisis de la colaboración del becario de investigación en las actividades docentes propias del centro en que se integra. No en vano, siendo admisible dicha colaboración, puesto que la misma puede formar parte del proceso de formación del becario de investigación como futuro profesor universitario, la misma deberá desarrollarse con las garantías necesarias para asegurar que dicha colaboración docente se realiza con esta finalidad y no como una vía más económica de satisfacer las necesidades docentes de la Universidad u otro centro de investigación en el que se integra el becario de investigación. A tal fin la colaboración docente del becario de investigación debería responder a los siguientes criterios:

- la colaboración docente no debería establecerse como una obligación genérica de todos los becarios de investigación, sino que la misma debería establecerse en atención al plan de formación previamente establecido en el que deben constar los objetivos formativos que se pretende satisfacer con la beca. En este sentido, no estaría de más elaborar al efecto un «Programa de colaboración del becario en tareas docentes con finalidad formativa».
- la colaboración docente debería iniciarse con posterioridad a que el becario de investigación hubiera recibido la formación adecuada para poder impartir docencia. En este sentido, consideramos que la formación del becario de investigación debe comprender no sólo la adquisición de los conocimientos propios de su disciplina científica, sino que también debe recibir una formación pedagógica.

admite una relación laboral entre dos becarias de investigación y la Universidad Autónoma de Madrid porque ambas habían venido «realizando trabajos propios de la administración jurídica, bajo la dependencia directa de los letrados adscritos a la misma y sometidas a horario, y acometiendo de manera principal tareas ajenas al objeto de la beca y a su proceso de formación, con independencia de poder haber realizado en algún momento alguna función relacionada con el objetivo y función de la beca, si bien de forma “mínima” (...) al no constar que en tales casos contase tal actividad con la supervisión o dependencia de un profesor o departamento docente». La STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2000 (AS 4322), también considera laboral una beca para la investigación porque la becaria, además de su participación en diversos proyectos «además ha venido efectuando trabajos de colaboración con la investigación, realizando encargos de compañeros, ha llevado a cabo la labor administrativa, ha introducido datos en el ordenador y ha copiado documentos del Director (...).



- la colaboración docente del becario de investigación debe desarrollarse dentro de unos límites temporales que garanticen que estas tareas docentes no redundarán en perjuicio de su formación, que debe desarrollarse esencialmente en el ámbito de la investigación. Una docencia excesiva puede repercutir negativamente tanto en la formación del becario en el campo de la investigación por restarle un tiempo excesivo, como en la propia formación docente del mismo, al no poder dedicar a las tareas de impartir docencia el tiempo que la misma requiere, tal vez adquiriendo por ello malos hábitos. Este límite temporal puede fijarse de diversos modos: estableciendo un límite máximo de horas lectivas que se pueden encomendar al becario de investigación; estableciendo el número de horas que el becario puede dedicar a otras tareas universitarias al margen del trabajo de investigación, sin concretar exactamente cuantas corresponden a tareas docentes; estableciendo un porcentaje máximo de tareas docentes a realizar por el becario de investigación respecto a su dedicación total, etcétera.
- en ningún caso la colaboración de los becarios en actividades docentes debe suponer un perjuicio para la formación docente e investigadora de los becarios de investigación, incluidas sus estancias en otros centros nacionales o extranjeros de investigación. En otros términos, las actividades docentes deben estar subordinadas a la formación del becario y no a la inversa.
- en ningún caso se podrá asignar a los becarios tareas docentes que supongan la responsabilidad docente de una asignatura, es decir, la colaboración docente del becario no conllevará su responsabilidad sobre la asignatura ni sobre su planificación, sino que, por el contrario, la misma se llevará a cabo bajo la dirección, supervisión y orientación del profesor responsable de la asignatura. Esta dirección no puede limitarse a indicar el día, hora y lugar en que debe impartirse la docencia, sino que debe incluir las indicaciones científicas y metodológicas con las que debe desarrollarse la docencia.
- deben encomendarse al becario tareas docentes auxiliares. En este sentido, tradicionalmente se ha considerado que es preferible que se combine en su formación los estudios, la investigación, y una docencia muy limitada y fundamentalmente práctica, que puede completarse impartiendo algunas clases teóricas.
- la colaboración del becario en las tareas docentes requiere especiales medidas de control, debiéndose exigir al respecto una autorización previa y un control posterior de la actividad docente desarrollada. Únicamente de este modo puede garantizarse que ante la situación de debilidad y de dependencia en la que se encuentra el becario de investigación acabe asumiendo una docencia que no le co-

rresponda. En esta dirección, las colaboraciones docentes se deben reflejar en el Plan de Ordenación Docente y deben ser documentadas a efectos de concursos, mediante un certificado expedido por el órgano competente en el que se refleje la docencia impartida por el becario, con lo que se pretende asegurar un reconocimiento de la tarea docente llevada a cabo por el becario de investigación. Asimismo, debe extremarse el celo para que se cumplan estos límites de docencia a impartir por el becario, para lo cual es necesaria la colaboración de las autoridades correspondientes, especialmente, los directores de departamento y, llegado el caso, de los servicios de inspección. En definitiva, deben establecerse los mecanismos de control del cumplimiento de las condiciones expuestas con anterioridad, especialmente, el momento a partir del cual puede colaborarse en tareas docentes y la carga docente asignada al becario.

Los diferentes elementos expuestos deberían ser suficientes para determinar en cualquier supuesto que se plantee quien obtiene la utilidad de los servicios prestados por los becarios de investigación y, por tanto, al ser este el elemento básico de distinción, si nos encontramos ante una verdadera beca o ante una relación laboral encubierta, si bien, los mismos pueden complementarse, con el análisis de otros elementos que deben ser también considerados, entre los que destaca, la sujeción a dependencia y la percepción de una retribución.

El análisis de la dependencia, entendida en su acepción actual⁴³, comporta distinguir, por un lado, si los becarios de investigación sólo siguen las instrucciones y consejos orientativos de la persona encargada de la formación del becario o si se integran en el ámbito organizativo de la entidad concedente de la beca, bajo su dirección y dependencia y, por otro lado, si la entidad convocante de la beca está controlando y sancionando la actividad del trabajador o si la misma únicamente está dirigiendo al becario y sancionando el incumplimiento de los requisitos establecidos en las bases de la convocatoria de la beca. En definitiva, debe precisarse si nos encontramos ante una dependencia meramente académica o ante una dependencia laboral⁴⁴.

La delimitación jurisprudencial de estos supuestos, sin embargo, no responde siempre a los mismos parámetros, considerándose en ocasiones que

⁴³ Es decir, como la exigencia de que el trabajo se realice bajo la dirección del empresario, pero no como subordinación rigurosa y absoluta del trabajador, sino en cuanto inclusión en el círculo rector y disciplinario de una unidad empresarial (por todas, STS de 15 de febrero de 1988 (Ar. 621)).

⁴⁴ Sobre esta distinción *vid.*, SELMA PEÑALVA, A.: «Los becarios aparentes...» cit., pág. 58.



unos pocos elementos permiten apreciar dependencia⁴⁵, mientras que en otras ocasiones, pese a concurrir importantes elementos de subordinación, ésta no es apreciada por el juzgador⁴⁶.

En cualquier caso, el becario de investigación no debe adaptarse a una determinada organización de trabajo que le es ajena, sino que es el centro receptor del mismo el que se encuentra obligado a funcionalizar esa organización a los fines de aplicación y perfeccionamiento de la formación del becario. Asimismo, en las becas debe haber ausencia de subordinación jurídica, de modo que el becario debe poder rehusar libremente cualquier manifestación del poder de dirección⁴⁷, si bien, deberá someterse a las instrucciones o indicaciones necesarias para el correcto desarrollo de la actividad de formación, sobre todo a aquellas que provengan de sus tutores técnicos. Finalmente, la entidad receptora del becario debe, no sólo soportar todos los errores e incapacidades, sino además corregirlos y ayudar al becario a mejorar en la realización de la actividad de que se trate, sin que se le pueda exigir que actúe de acuerdo a criterios de productividad⁴⁸.

El elemento de la retribución, finalmente, no puede depender de la denominación dada por las partes a las cantidades percibidas por el becario, por lo que la denominación de beca no puede desvirtuar que las mismas constituyan una contraprestación económica por los trabajos realizados y, por tanto, una verdadera retribución. Por tanto, para determinar la naturaleza de

⁴⁵ Así, por ejemplo, la única presencia de sometimiento a un horario aparece en reiteradas resoluciones judiciales como elemento indicario de la laboralidad de la relación, *vid.*, por ejemplo, STSJ Castilla y León de 11 de febrero de 1997 (AS 275).

⁴⁶ Así, por ejemplo, es significativa la STSJ Cataluña de 4 de septiembre de 1996 (AS 3634), que no considera que exista una relación laboral entre las partes pese a reconocer que el becario tenía la obligación de asistir diariamente al centro asignado, prestando servicios durante seis horas diarias, bajo la dirección y supervisión de un titular y en iguales condiciones de descanso y vacaciones que el personal funcionario. En la misma dirección, la STSJ de Extremadura de 14 de junio de 2001 (JUR 248190) pese a reconocer que el becario de investigación estaba obligado a cumplir un horario y estuviera sometido al mismo régimen de descansos que en una relación laboral, no considera que se trate de una relación laboral encubierta «puesto que quien concede una beca puede poder determinadas condiciones y vigilar su cumplimiento para asegurarse de que la asignación económica, que en este caso no era escasa, no se desaprovecha y sirve, efectivamente, para que quien la recibe se forme en la actividad profesional de que se trate».

⁴⁷ Con ocasión de la huelga convocada por UGT y CGT con motivo de las protestas contra la invasión de Irak, se puso de manifiesto el ejercicio del poder de dirección del CSIC en relación a sus becarios, desde el momento en que diversos centros realizaron controles de la adhesión a los paros del personal de sus plantillas, incluyendo en ellos a sus becarios, que se encontraban obligados a firmar en las hojas al igual que el resto de los trabajadores de los centros. *Vid.*, comunicado de la Federación de Jóvenes Investigadores (www.precarios.org/comunicados).

⁴⁸ *Vid.*, AHUMADA VILLALBA, B.: «La beca de formación práctica...» cit.



las cantidades dinerarias o en especie recibidas, se tiene que calificar previamente la relación, tratándose de un salario si nos encontramos ante una relación laboral y de una beca o ayuda si se trata de una relación extralaboral, aunque sí que jurisprudencialmente se ha atribuido un valor, aunque contradictorio, a la cuantía de la beca percibida o al carácter fijo de la misma ⁴⁹.

En definitiva, tendrá que sopesarse en cada caso cual es el interés o beneficio principal, si el de los becarios de investigación o el de la entidad convocante o destinataria de la actividad del becario y, en este supuesto, si lo es hasta el punto de permitir apreciar la existencia de una relación laboral entre éstos ⁵⁰. La falta de un régimen jurídico homogéneo para las diversas becas de investigación existentes impide, sin embargo, que esta valoración pueda realizarse de un modo general y válido para las diversas modalidades de becarios de investigación, debiendo acudir por el contrario a cada convocatoria en particular. Pero además, por si la diversidad existente fuera poco, aún puede haber divergencias entre las previsiones contenidas en cada convocatoria y el desarrollo posterior de cada beca de investigación, lo que aconsejaría realizar este examen atendiendo a la actividad desarrollada por cada becario de investigación en particular.

3. LA INCIDENCIA DEL ESTATUTO DEL BECARIO EN LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN

3.1. Alcance de la declaración de no laboralidad de las becas de investigación contenida en el Estatuto del Becario

La aprobación del Estatuto del Becario se muestra plenamente continuista con el tratamiento que tradicionalmente ha recibido la cuestión de la naturaleza jurídica del personal investigador en formación, no en vano, en el propio preámbulo del Estatuto del Becario ya se establece de forma expresa y sin dejar lugar a dudas que «los becarios de investigación, precisamente por la finalidad formativa que tiene la beca, no son trabajadores

⁴⁹ En esta dirección, la STSJ de Extremadura de 14 de junio de 2001 (JUR 248190) hace especial hincapié en que la asignación económica del becario de investigación «no era escasa», para justificar el control por parte de la entidad otorgante de la beca —Junta de Extremadura— del aprovechamiento de la misma por parte del becario.

⁵⁰ En este sentido, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «Nuevas normas sobre los becarios...» cit., pág. 23, define a las becas como las relaciones en las que el interés formativo de quien desempeña trabajo y cobra un estipendio prima con toda claridad sobre el interés productivo de quien paga tal estipendio.



por cuenta ajena sujetos al Estatuto de los Trabajadores y demás legislación laboral»⁵¹. Idea que se ve reforzada a lo largo de la norma siempre que nos encontramos ante cualquier elemento que podría llevar a pensar que nos encontramos ante una relación laboral⁵². Así, por ejemplo, al referirse a la ayuda económica que corresponde a la beca, se prevé de forma expresa que tal ayuda «no tendrá en ningún caso naturaleza de salario» (art. 2.1 a).

Ante la contundencia de esta declaración cabe analizar si el Estatuto del Becario establece los criterios de distinción entre las becas de investigación y el contrato de trabajo en los cuales se fundamenta para negar la naturaleza laboral de las actividades desarrolladas por los becarios de investigación o si, por el contrario, se ha limitado a dar por supuesto que se trata de becas, sin conceptuarlas ni distinguirlas de la relación laboral.

En cualquier caso, debe recordarse que el Estatuto del Becario es una norma reglamentaria, de manera que aunque lo pretenda no puede calificar, porque no tiene rango jerárquico para ello, la naturaleza jurídica —laboral o extralaboral— de la actividad desarrollada por el becario de investigación, de manera que al igual que sucedía con anterioridad a la aprobación de dicho Estatuto, la actividad del becario de investigación deberá ser calificada o no como laboral según que en la misma predomine o no la finalidad formativa⁵³. En consecuencia, si esta norma hubiera pretendido establecer criterios de definición de la beca frente al contrato de trabajo, distintos a los contenidos en la legislación laboral, dicha regulación sería ilegal⁵⁴.

⁵¹ Con el mismo énfasis ya se expresaba la anterior redacción del preámbulo al mantener que la nueva regulación de los becarios de investigación y de tercer ciclo no confiere «en modo alguno, naturaleza laboral a su relación o vinculación con la entidad becante», recordándose una vez más «que la condición de becario es una situación de formación y no existe relación contractual con la institución o entidad becante, ni con el organismo donde desarrollan su actividad investigadora». En los mismos términos, la primera versión del Estatuto del Becario establecía que «el becario de investigación no tendrá vinculación jurídico-laboral con el organismo financiador de la beca, ni con el centro o institución de acogida».

⁵² GARCÍA NINET, J.I.: «Sobre el presunto Estatuto del becario...» cit., pág. 6, pone de manifiesto en esta misma dirección que esta normativa trata por todos los medios de expulsar del ámbito del Estatuto de los Trabajadores a los becarios y LUJÁN ALCARAZ, J.: «A propósito del “Estatuto del Becario...” cit., pág. 11, mantiene al respecto que la apuesta por la extralaboralidad de las relaciones de trabajo de los becarios de investigación es «tan clara como injustificada».

⁵³ A partir de estas premisas, LUJÁN ALCARAZ, J.: «A propósito del “Estatuto del Becario...” cit., pág. 12, mantiene que la finalidad formativa parece primar en el caso de los investigadores no doctores, ni con suficiencia investigadora reconocida —precisamente los excluidos del Estatuto del Becario—, pero que por el contrario, no es la formación, sino el desarrollo de proyectos de investigación, innovación y desarrollo el objeto del trabajo que realizan la gran mayoría de doctores becarios e incluso licenciados en disposición del DEA.

⁵⁴ En la misma dirección, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «Nuevas normas sobre los becarios...» cit., pág. 41. El autor mantiene que al ser la regulación en cuya virtud el ordenamiento



Consciente de esta limitación, el Estatuto del Becario ni ha definido que es una beca ni ha fijado los criterios de diferenciación entre esta y el contrato de trabajo, de modo que no interfiere en las reglas contenidas en el art. 1 ET para identificar cuando nos encontramos o no ante una relación laboral, habiéndose limitado a establecer un estatuto jurídico parcial para aquellos supuestos en que de conformidad con la legislación laboral no nos encontremos ante una relación laboral, sino ante auténticas becas de investigación, como claramente se desprende de la previsión contenida en el propio Estatuto del Becario según la cual esta norma no será de aplicación a las relaciones existentes entre las entidades y centros de investigación que conceden las becas y los trabajadores que presten servicios en ellos. En consecuencia, si la actividad desarrollada por un becario de investigación en aplicación de los criterios de diferenciación entre becas y contrato de trabajo que se han analizado debe ser calificada como laboral no le será de aplicación el Estatuto del Becario, sino la legislación laboral.

3.2. El difícil equilibrio entre trabajo y formación de los becarios de investigación en el Estatuto del Becario

Pese a que como se acaba de poner de manifiesto el Estatuto del Becario no tiene rango normativo para poder alterar la delimitación entre una beca y una relación laboral que nos viene marcada por el art. 1.1 ET, aún puede ser de utilidad para delimitar ambas figuras, puesto que al fijar o, en todo caso, pretender fijar un estatuto jurídico común a todas las becas de investigación, nos presta por primera vez un modelo común de becas de investigación respecto al que poder analizar con ciertos visos de generalidad y más allá de cada convocatoria específica si en la actividad desarrollada por los becarios de investigación predomina la función formativa que debe caracterizar a las becas o la función productiva que identifica a la relación laboral⁵⁵.

laboral define la relación de trabajo y por tanto la aplicabilidad de la normativa social imperativa y beligerante, no suelen quedar resquicios en la misma para que las sedes normativas inferiores puedan decidir cuándo se aplica y cuándo no el ordenamiento social.

⁵⁵ En esta dirección, el Preámbulo del Estatuto del Becario se marca como objetivo «el establecimiento de un régimen jurídico aplicable al becario de investigación que, por su carácter general, vaya más allá de la especificidad de cada convocatoria», así como establecer, «con criterios de generalidad y homogeneidad, una carta de derechos y deberes básicos» de este colectivo. Esta finalidad encuentra su reflejo, asimismo, en el art. 1.1 de la norma que indica de forma expresa que «el presente Real Decreto tiene por objeto establecer el régimen jurídico aplicable a los becarios de investigación y su relación con las entidades públicas becantes, así como con las entidades privadas sin ánimo de lucro a que se refiere el art. 5.1.g)».



De conformidad con esta voluntad de establecer un estatuto jurídico común a los becarios de investigación, el Estatuto del Becario enumera sucesivamente los derechos y deberes del becario de investigación, así como las obligaciones del organismo de acogida del becario, que no olvidemos, puede coincidir o no con la entidad que convoca la beca. En esta dirección, el art. 2 reconoce como derechos del becario de investigación los siguientes:

- a) percibir la ayuda económica que corresponda a la beca en la forma establecida para cada convocatoria. Tal ayuda económica no tendrá en ningún caso naturaleza de salario;
- b) obtener de los organismos, centros o instituciones que les acojan la colaboración y apoyo necesarios para el desarrollo normal de sus estudios y programas de investigación, de acuerdo con las disponibilidades de aquellos, y en los términos del artículo 4;
- c) ser dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, de conformidad con lo previsto en el art. 6;
- d) disfrutar de los demás derechos reconocidos en las respectivas convocatorias;
- e) los derechos de la propiedad intelectual derivados de su propia actividad formativa en la investigación y de acuerdo con su contribución, conforme a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Los citados derechos serán independientes, compatibles y acumulables con otros derechos que pudieran derivarse de la investigación realizada, sin perjuicio de los condicionantes derivados de la obra colectiva cuando el becario participe o esté vinculado a un proyecto colectivo de investigación. En cuanto a los posibles derechos del becario de investigación sobre propiedad industrial se estará a lo que disponga la correspondiente convocatoria, en el marco de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y, en su caso, al Real Decreto 55/2002, de 18 de enero, sobre explotación y cesión de invenciones realizadas en los entes públicos de investigación.

Por su parte, el art. 3 del Estatuto del Becario prevé los siguientes deberes del becario de investigación:

- a) cumplir las condiciones y obligaciones establecidas en la respectiva convocatoria;
- b) realizar las actividades contempladas en sus programas de formación y especialización en la investigación, que deberán ser aprobados, en todo caso, por el organismo o institución de acogida;
- c) cumplir los objetivos del programa de formación y especialización con aprovechamiento y las directrices establecidas por el tutor;
- d) atenerse al régimen interno o de funcionamiento del organismo o institución en el que desarrolle sus actividades;

- e) asumir, las obligaciones que les correspondan por razón de su asimilación al Régimen General de la Seguridad Social, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del presente Real Decreto.

Finalmente, el Estatuto del becario contempla las obligaciones correspondientes al organismo de acogida del becario:

- a) proporcionar al becario el apoyo necesario y facilitarle la utilización de los medios, instrumentos o equipos que resulten precisos para el normal desarrollo de su actividad;
- b) designar un tutor, con grado de doctor en su caso, para la coordinación y orientación de la actividad del becario;
- c) velar por el desarrollo adecuado del programa de formación del becario, sin que pueda exigírsele la realización de cualquier otra actividad que no esté relacionada con el desarrollo de su investigación o de la formación específica requerida para la misma durante su transcurso⁵⁶. No obstante, los becarios que desarrollen sus actividades en una Universidad podrán colaborar en tareas docentes, dentro de los límites que en la correspondiente convocatoria se establezcan, sin que en ningún caso pueda desvirtuarse la finalidad investigadora y formativa de las becas.

Una primera conclusión que se puede obtener de la lectura de estas enumeraciones de derechos y deberes de los becarios de investigación es su limitado alcance en orden a garantizar la preeminencia de la función formativa de las becas de investigación frente a las actividades productivas, tanto investigadoras como docentes, que se puedan atribuir a los becarios de investigación, por lo que hubiera sido conveniente una mayor precisión en este aspecto⁵⁷. Esta cuestión no es baladí si tenemos en cuenta que, como ya se ha puesto de manifiesto, la distinción entre beca de investigación y relación laboral se fundamenta en determinar en cada caso concreto cual es el interés o beneficio principal que se satisface con la beca y con la prestación de

⁵⁶ Como puede observarse la norma obliga al organismo de acogida del becario a tener en cuenta en todo momento la difícil línea fronteriza que en la práctica existe entre la beca y el contrato de trabajo. *Vid.*, AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El Estatuto del Becario...» cit., pág. 35.

⁵⁷ En esta misma dirección, las sugerencias de la Junta de Andalucía al borrador de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto del Becario, mantienen que «la preocupación por el hecho de una utilización non-sancta de los beneficios sociales e incluso económicos de esta medida, recomendaría muy probablemente ser algo celoso en aspectos ligados a ciertas definiciones. En este sentido, si bien el texto está salpicado de referencias a la formación investigadora, o a la actividad científica, su importancia debería estar más expresamente remarcada en el articulado». Por estas razones, se propone incluir entre los requisitos que deben cumplir los programas de becas para su registro, que las instituciones becantes que aspiren a ser inscritas en el registro «demuestren fehacientemente que el trabajo de los becarios será total o muy mayoritariamente de carácter investigador».



servicios que como consecuencia de la misma se prestan, si el de los becarios o si, por el contrario, el de la propia entidad que convoca la beca o receptora del becario de investigación.

Ello no significa, sin embargo, que el Estatuto del Becario no suponga un avance en la delimitación de los dos aspectos —formación y trabajo— que confluyen en las becas de investigación y un afianzamiento de la finalidad formativa de las mismas. En esta dirección, el propio preámbulo de la norma recalca como finalidad de las becas que las mismas «invitan a los titulados universitarios a mejorar su formación e iniciarse en la actividad investigadora y, en su caso, en la docente; especialización científica y técnica que, como continuación de su formación académica, puede servir para su posterior incorporación profesional a la carrera investigadora o docente en el sector público o privado».

Esta previsión se materializa posteriormente en diversos pasajes del Estatuto del Becario a través de los cuales parece vislumbrarse la voluntad de otorgar mayor preeminencia a la finalidad formativa del becario de investigación frente al trabajo realizado por el mismo y, por tanto, la intención de satisfacer los elementos que hemos calificado como diferenciadores de una beca de investigación y de una relación laboral. En esta dirección, el Estatuto del Becario recoge las siguientes garantías de la función formativa de las becas de investigación:

- La formación dispensada a través de las becas de investigación debe responder a un plan de formación previamente preestablecido que contenga tanto los objetivos formativos que se pretenden satisfacer con la beca, como las diversas actividades que como consecuencia de dichos objetivos deberá realizar el becario. Así, diversos apartados del Estatuto del Becario hacen referencia al «programa de formación y especialización en la investigación», que deberá ser aprobado, en todo caso, por el organismo o institución de acogida (art. 3 b).
- El plan de formación debe estar sometido a tutela. En este sentido, el Estatuto del Becario prevé la designación de un tutor, con grado de doctor en su caso, para la coordinación y orientación de la actividad del becario (art. 4 b).
- Debe existir un seguimiento y control sobre el aprovechamiento de la beca, de modo que durante toda la vigencia de la beca deben darse por parte del tutor las indicaciones y instrucciones necesarias para el correcto desarrollo de la actividad desarrollada y, por tanto, de su formación. En esta dirección, tanto el tutor como el organismo de acogida de la beca deberán velar «por el desarrollo adecuado del programa de formación del becario» (art. 4 c). Paralelamente, se prevé el deber del becario de investigación de «realizar las actividades contempladas en su programa de formación y especialización

en la investigación», y «cumplir los objetivos del programa de formación y especialización con aprovechamiento y las directrices establecidas por el tutor» (art. 3 b).

- Debe existir una adecuación entre la actividad que se proyecta cubrir con la concesión de la beca y las posibilidades de la entidad que convoca la beca o receptora del becario para llevar a cabo la formación del becario. En esta dirección se contempla el derecho del becario a «obtener de los organismos, centros o instituciones que les acojan la colaboración y apoyo necesarios para el desarrollo normal de sus estudios y programas de investigación, de conformidad con sus disponibilidades» (art. 2 b) y el deber del organismo de acogida de «proporcionar al becario el apoyo necesario y facilitarle la utilización de los medios, instrumentos o equipos que resulten precisos para el normal desarrollo de su actividad» (art. 4 a).
- La no apropiación por parte del organismo receptor del becario del resultado de la actividad investigadora desarrollada por el becario de investigación durante su formación. En esta dirección, el Estatuto del Becario establece que «corresponden al becario asimismo, los derechos de la propiedad intelectual derivados de su propia actividad formativa en la investigación y de acuerdo con su contribución, conforme a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Los citados derechos serán independientes, compatibles y acumulables con otros derechos que pudieran derivarse de la investigación realizada, sin perjuicio de los condicionantes derivados de la obra colectiva cuando el becario participe o esté vinculado a un proyecto colectivo de investigación. En cuanto a los posibles derechos del becario de investigación y de tercer ciclo sobre propiedad industrial se estará a lo que disponga la correspondiente convocatoria, en el marco de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y, en su caso, al Real Decreto 55/2002, de 18 de enero, sobre explotación y cesión de invenciones realizadas en los entes públicos de investigación».
- La prestación de servicios que realice el becario debe estar supeditada a la formación que debe obtener el becario y no a la inversa. En este sentido, el Estatuto del Becario establece de forma expresa que no puede «exigirsele la realización de cualquier otra actividad que no esté relacionada con el desarrollo de su investigación o de la formación específica requerida para la misma durante la misma» (art. 4 c) o que las becas requieren «dedicación exclusiva de los becarios a las actividades de formación y especialización científico o técnica objeto de las becas» (art. 5.3.c). Únicamente se contempla la posibilidad de que los becarios de investigación que desarro-



lles sus actividades en una universidad puedan «colaborar en tareas docentes, dentro de los límites que en la correspondiente convocatoria se establezcan», pero incluso en este supuesto se establece de forma expresa que «en ningún caso puede desvirtuarse la finalidad investigadora y formativa de las becas».

Precisamente, esta indefinición de las tareas docentes que pueden encomendarse a los becarios de investigación constituye a nuestro entender uno de los aspectos más criticables del Estatuto del Becario, que no se ha atrevido a abordar esta cuestión con suficiente rigor y claridad. Resulta plenamente admisible que se prevea la posibilidad de que los becarios de investigación puedan colaborar en tareas docentes, sobretodo si tenemos en cuenta que el Estatuto del Becario contempla a las becas de investigación como una continuación en la formación académica, que puede servir para la posterior incorporación profesional del becario de investigación no sólo en la carrera investigadora, sino también en la carrera docente. En consecuencia, parte de la formación del becario de investigación puede requerir su colaboración en tareas docentes.

Ahora bien, no nos parece de recibo que el Estatuto del Becario eluda llevar a cabo una mayor concreción de esta colaboración docente, remitiéndose para la misma a las previsiones que puedan contenerse en las correspondientes convocatorias, sobretodo si tenemos en cuenta que esta norma debe constituir el marco de referencia al que deben ajustarse los diversos programas de becas existentes. Esta carencia resulta especialmente llamativa si se tiene en cuenta el carácter esencialmente productivo de las actividades docentes⁵⁸, salvo que las mismas se desarrollen de modo que prevalezca la función formativa que se pretende obtener a través de las mismas.

De las diversas pautas existentes a las que debe ajustarse la colaboración del becario de investigación en tareas docentes, para garantizar la finalidad formativa de las mismas, el Estatuto del Becario únicamente contempla el requisito teleológico, es decir, que la incorporación del becario de investigación a las tareas docentes ha de tener una finalidad formativa, pero hace caso omiso de los otros elementos que deben concurrir para que la colaboración del becario de investigación en tareas docentes no desvirtúe la naturaleza de las becas de investigación. En esta dirección, no se prevé el momento a partir del cual el becario de investigación puede empezar a colaborar en tareas docentes, no se fija un límite máximo de horas lectivas que se le puedan encomendar, no se excluye la posibilidad de que se asigne a los becarios de investigación la responsabilidad docente de una asignatu-

⁵⁸ *Vid.*, La misma consideración de la tarea docente como actividad productiva por excelencia en GARCÍA NINET, J.I.: «Sobre el presunto Estatuto...» cit., pág. 7.

ra, no se prevé que se le encomienden tareas docentes auxiliares, no se establecen mecanismos de control —autorizaciones y documentación de la docencia impartida—, etcétera.

Todas estas lagunas en la regulación de esta materia por parte del Estatuto del Becario dejan la puerta abierta a la utilización abusiva de la colaboración docente de los becarios de investigación por parte de los organismos receptores del becario, por lo que hubiera sido preferible una regulación más exhaustiva de la materia, acompañada de medidas que garanticen un control efectivo de la misma. Únicamente de este modo podría garantizarse que las tareas docentes encomendadas a los becarios de investigación resulten conciliables con la actividad investigadora principal y con la formación que debe adquirirse y no una clara actividad productiva como a menudo sucede en la práctica⁵⁹.

A estas dudas cabe añadir la contundencia y alcance de las diversas obligaciones impuestas a los becarios de investigación que recuerdan a las propias de cualquier relación de dependencia laboral⁶⁰. Así por ejemplo, las obligaciones de cumplir con las condiciones y obligaciones establecidas en la respectiva convocatoria, de realizar las actividades contempladas en sus programas de formación y especialización en la investigación, aprobados por el organismo o institución de acogida y de satisfacer los objetivos del programa de formación y especialización con aprovechamiento y las directrices establecidas por el tutor, así como la obligación de atenerse al régimen interno o de funcionamiento del organismo o institución en el que desarrolle sus actividades, recuerdan sobremanera al sometimiento del trabajador al poder de dirección y organización del empresario.

En definitiva, pese al encomiable esfuerzo que realiza el Estatuto del Becario para potenciar la función formativa de las becas de investigación, consideramos que dicha norma no cierra o, en otros términos, cierra en falso el debate sobre si la actividad desarrollada por el personal investigador en formación debe ser calificada como laboral o no. Puesto que del análisis de la regulación que en la misma se contiene en relación con los becarios de investigación no podemos concluir, como pretende la norma, que predomina la función formativa frente a la productiva.

⁵⁹ La necesidad de una mayor regulación de las funciones docentes de los becarios de investigación ha sido incluso puesta de manifiesto por el Defensor del Pueblo al afirmar que «se considera oportuno regular con mayor precisión las obligaciones docentes vinculadas al disfrute de las becas de investigación, a fin de que no se exija la impartición de docencia más allá de lo que resulte conciliable con la actividad investigadora principal y con la formación que debe adquirirse». *Vid.*, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Sección Cortes Generales. Serie A, núm.201, de 8 de octubre de 2001, pág. 322).

⁶⁰ *Vid.*, GARCÍA NINET, J.I.: «Sobre el presunto Estatuto...» cit., pág. 7.



Por si esto fuera poco, cabe recordar que la inscripción de los programas de becas en el Registro de Becas de Investigación y, por extensión, la propia aplicación del Estatuto del Becario, incomprensiblemente se deja al albur de las entidades convocantes de las becas de investigación. En esta dirección, el Estatuto del Becario prevé que las entidades que convocan las becas «podrán» inscribir sus respectivos programas de becas en el Registro de Becas y, por tanto, no establece ninguna obligación expresa al respecto. Ello comporta que el conjunto de derechos y obligaciones que contempla dicha norma no sean de aplicación obligada y, en consecuencia, no todas las becas de investigación respondan a dicho modelo, siendo habitual, la convocatoria de numerosas becas de investigación, especialmente las convocadas por las propias Universidades u otros centros de investigación, en las que el delicado equilibrio entre formación y trabajo existente en el Estatuto del Becario se rompe manifiestamente a favor de la función productiva de becario de investigación y en perjuicio de la función formativa que toda beca de investigación debería tener.

4. DOS EJEMPLOS DE CONTRATACIÓN LABORAL DEL PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN

Pese a que como ya se ha puesto de manifiesto, con carácter general la actividad desarrollada por el personal investigador en formación no ha sido considerada tradicionalmente como una actividad laboral, en la actualidad pueden distinguirse dos ejemplos de contratación laboral del personal investigador en formación: la contratación laboral de los investigadores durante la fase final de su formación que tiene lugar en el marco del modelo beca de investigación + contrato de trabajo o modelo 2+2 y la contratación de ayudantes prevista en la Ley Orgánica de Universidades (en adelante, LOU). Veamos brevemente en que consisten ambas posibilidades:

A) El modelo beca de investigación + contrato de trabajo o modelo 2+2

Este modelo se caracteriza porque a diferencia del sistema tradicional basado en las becas de investigación se contemplan dos fases perfectamente diferenciadas en el proceso de formación del personal investigador: la primera de ellas conducente con carácter general a la obtención del Diploma de Estudios Avanzados (DEA), con un mayor componente formativo; mientras que la segunda, se orienta específicamente a la consecución de la tesis doctoral⁶¹.

Frente a esta diferenciación de las finalidades perseguidas en cada una de las fases expuestas, este modelo también aborda las ayudas para la for-

⁶¹ Vid., sobre el concepto y antecedentes de este modelo de financiación de la formación en la investigación, LOURENSO PRIETO, S.: *Modelos avanzados de financiación de la formación del personal investigador postdoctoral*. Vid., www.precarios.org

mación de los investigadores en dos fases: la primera, consistente en la concesión de una beca de investigación, para que los beneficiarios de la misma inicien su formación mediante la obtención del DEA, y la segunda, a través de la financiación de la contratación laboral del investigador en el centro de investigación donde el doctorando realiza su tesis doctoral.

Esta distinción encuentra su fundamento en que el DEA supone el reconocimiento a la labor realizada por el doctorando en una determinada área de conocimiento y acredita su suficiencia investigadora, lo cual permite al doctorando elaborar, presentar y obtener en su caso la aprobación de la correspondiente Tesis Doctoral para obtener así el correspondiente título de doctor, así como desarrollar actividades de formación y especialización científica o técnica. En definitiva, este modelo de financiación de la formación de investigadores parece considerar que si la suficiencia investigadora habilita al becario de investigación para investigar, será a partir de este momento cuando su actividad deja de ser exclusivamente formativa, para ser considerada también, en cierto modo, como productiva y, por tanto, el investigador ya es susceptible de ser contratado laboralmente⁶².

Mientras que la primera fase de la formación del personal investigador, basada en becas de investigación, mantiene en lo esencial el modelo tradicional de financiación de la formación en la investigación, la segunda fase, por el contrario, supone un cambio sustancial en la concepción que hasta este momento ha venido recibiendo el personal investigador en formación, puesto que con su contratación se procede a la laboralización de una parte de su proceso de formación.

No resulta unánime, sin embargo, la concreta modalidad contractual a la que se recurre en cada una de las convocatorias autonómicas existentes. A tal efecto, puede diferenciarse entre la opción mayoritaria iniciada por la convocatoria de Aragón y seguida con posterioridad por las convocatorias de Castilla-La Mancha y Extremadura, consistente en la contratación en prácticas de los citados investigadores, prevista en el art. 11.1 ET; y la opción minoritaria seguida en la convocatoria catalana de recurrir de forma inicial y exclusiva al contrato de obra o servicio determinado regulado en el art. 15 ET, aunque con las particularidades previstas por el art. 17 Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, es decir, el contrato de obra o servicio para la realización de un proyecto específico de investigación.

B) La contratación de ayudantes prevista en la LOU.

⁶² En la misma dirección el Estatuto del Becario únicamente abarca a aquellos becarios predoctorales, que, en el desarrollo de su actividad investigadora, han alcanzado ya un nivel de formación determinado que les permita realizar actividades adicionales a las estrictamente formativas. Esta suficiencia es la que se según la norma se acredita en virtud del DEA.

La aprobación de la LOU ha supuesto la modificación radical del régimen jurídico del personal docente e investigador tanto en lo referido a la forma de acceso a la condición de funcionario como en la forma de acceso y regulación de las condiciones del personal contratado, siendo una de las principales novedades el carácter laboral de la contratación laboral de éstos últimos⁶³. En consecuencia y a diferencia de lo que sucedía antes de la entrada en vigor de la LOU, el régimen jurídico del personal contratado será siempre laboral y no administrativo, para lo cual la disposición derogatoria única de la LOU ha derogado expresamente la disposición adicional 20.ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que constituía el soporte legal del régimen administrativo de contratación en las Universidades. Por todo lo cual puede afirmarse con rotundidad que la LOU establece un «principio general de laboralidad en la contratación universitaria»⁶⁴.

Entre las diversas figuras laborales contempladas en la LOU, encontramos a los ayudantes. Esta figura se configura como el primer paso de la carrera universitaria, ya que constituye la primera contratación laboral de aquellos que pretenden dedicarse a la actividad universitaria —docencia e investigación. Con esta finalidad, se prevé que los ayudantes sean contratados «entre quienes hayan superado todas las materias de estudio que se determinen en los créditos a que hace referencia el art. 38 y con la finalidad principal de completar su formación investigadora», lo que comporta que esta figura guarde cierta analogía con las modalidades formativas estatutarias⁶⁵. En consecuencia, únicamente podrán ser contratados a través de esta modalidad contractual aquéllos que hayan superado todas las materias objeto de los estudios de doctorado⁶⁶, con excepción claro está de la propia elaboración y defensa de la tesis doctoral⁶⁷.

⁶³ Vid., CCOO (Federación de Enseñanza): *Regulación de las condiciones laborales del personal docente e investigado*, 2002, pág. 7.

⁶⁴ Ibid. pág. 12. En este punto se establece que «el reconocimiento del «principio general de laboralidad en la contratación universitaria» (BAYLOS) contenido en la LOU supone un giro radical, de consecuencias aún no suficientemente ponderables (...) Dicho principio supone, ni más ni menos, que la incorporación del futuro personal contratado al estatuto laboral».

⁶⁵ En la misma dirección, MOLINA NAVARRETE, C.: «Una nueva e inaudita “relación laboral especial: el régimen de contratación del personal docente e investigador tras la LOU”», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 257-258, 2004, pág. 106.

⁶⁶ SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. y PALENCIA HERREJÓN, F.: *La nueva regulación de las Universidades. Comentarios y análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*. Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 505, mantiene que sólo cabe la posibilidad de que el aspirante haya superado el programa de doctorado y esté en posesión del certificado-diploma que acredite su suficiencia investigadora.

⁶⁷ Menos exigente resulta el art. 5 del Real Decreto 153/2002, de 12 de septiembre, sobre el régimen del personal docente e investigador contratado por las Universidades Públi-

Esta figura resulta idónea, por tanto, para todos aquellos que habiendo cursado ya la totalidad de los créditos necesarios del programa de doctorado y habiendo obtenido de este modo la suficiencia investigadora o el Diploma de Estudios Avanzados-DEA, pretendan confeccionar y defender una tesis doctoral para la obtención del correspondiente título de doctor ⁶⁸.

La contratación de estos ayudantes tendrá como finalidad principal la de completar su formación investigadora, esencialmente, elaborar la tesis doctoral y proceder a su defensa, si bien, también podrán colaborar en tareas docentes en los términos que establezcan los respectivos Estatutos de su Universidad. De conformidad con el objeto de este contrato —completar la formación investigadora del ayudante— el mismo será con dedicación a tiempo completo. Por la misma razón, el contrato de ayudante se define como un contrato de evidente naturaleza temporal, puesto que la formación del futuro investigador y, en menor medida, del futuro docente, requieren una delimitación temporal, que la LOU fija en un máximo de cuatro años improrrogables. A partir de este límite ha sido la normativa de las Comunidades Autónomas y los Estatutos de las Universidades los que han procedido a concretar dicha duración, es decir, si la misma será ya inicialmente de cuatro años o por un período menor con la posibilidad de prórrogas hasta la duración máxima legalmente prevista.

Las semejanzas existentes entre esta figura y las becas de investigación han propiciado que diversas Universidades se estén planteando y estén llevando a cabo la sustitución de las tradicionales convocatorias de becas de investigación predoctorales por convocatorias de contratos de ayudantes LOU, los cuales bajo las denominaciones de ayudante investigador o ayudante para la formación en investigación, persiguen la formación de especialistas en el ámbito de la investigación ⁶⁹. De este modo, los investigado-

cas de Madrid y su régimen retributivo, puesto que únicamente exige que los ayudantes acrediten haber superado el período de docencia de tercer ciclo, no siendo, por tanto, necesario que el candidato haya completado los créditos correspondientes al período de investigación. En los mismos términos, el Acuerdo colectivo sobre condiciones de trabajo del personal docente e investigador con vinculación laboral de la UNED, únicamente contempla que los «ayudantes deben acreditar haber superado el período de docencia de tercer ciclo».

⁶⁸ En parecidos términos, *Vid.*, MOLINA NAVARRETE, C.: «Una nueva e inaudita “relación laboral especial...” cit., pág. 105, pone de manifiesto que esta figura «constituye el primer peldaño profesional —el primero académico será, en su caso y en teoría, la beca— de esta teórica carrera diseñada o prefigurada no con mucha coherencia o cuanto menos no con la debida claridad, en la LOU». La LUC, sin embargo, dota a esta figura de un carácter excepcional. En esta dirección, el art. 70 establece que «excepcionalmente, las universidades pueden contratar ayudantes a tiempo completo y por una duración determinada entre los estudiantes de doctorado que hayan superado todas las materias de estudio propias del título de doctor».

⁶⁹ En esta dirección parece dirigirse el anuncio de la Universidad de Salamanca de convocar 20 plazas de ayudantes LOU.



res en formación o en fase inicial son contratados a través de esta especie de «contrato en prácticas» que representa la figura del ayudante.

Tanto la contratación laboral de los investigadores durante la fase final de su formación que tiene lugar en el marco del modelo beca de investigación + contrato de trabajo o modelo 2+2, como la contratación de ayudantes prevista en la LOU han supuesto un importante avance en relación con la propia conceptualización y tratamiento que debe recibir el personal investigador en formación, no en vano, supone el reconocimiento de la labor productiva de este colectivo, frente a la exclusiva función formativa que hasta el momento se ha atribuido a las tareas realizadas por el mismo.

Asimismo, tienen el valor de constituir uno de los primeros avances que se producen en el campo de la laboralización de la fase inicial de la formación de investigadores y, por tanto, cumplen una función ejemplarizadora, puesto que ponen de manifiesto la existencia de otros posibles modelos de vinculación del personal investigador en formación basados en el reconocimiento de su labor productiva y, por tanto, en su contratación laboral.

Finalmente, la existencia de otros modelos de vinculación del personal investigador en formación constituye un acicate para futuras reclamaciones, judiciales o no, dirigidas a la conversión de las becas de investigación en relaciones laborales, puesto que la existencia de colectivos contratados laboralmente que realizan exactamente las mismas funciones que los becarios de investigación, se configura como un elemento de primer orden para la posible declaración judicial de la laboralidad de las tareas realizadas por los becarios de investigación. Será difícil justificar que colectivos que realizan exactamente los mismos cometidos reciban un tratamiento jurídico tan distinto.

5. UNA PROPUESTA A FAVOR DEL CARÁCTER LABORAL DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR EL PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN

Pese al muro que tradicionalmente se ha pretendido levantar entre las funciones formativas que se persiguen con las becas de investigación y la función productiva que se obtiene de una relación laboral, consideramos que la actividad realizada por el personal investigador en formación tiene la suficiente entidad para ser considerada como una actividad productiva más allá de la formación que recibe el becario de investigación y, por tanto, es merecedora de una cobertura jurídica y social superior a la otorgada por el sistema de becas⁷⁰. En consecuencia, abogamos por la naturaleza laboral

⁷⁰ Vid., COMISIONES OBRERAS (Secretaría Confederal de Juventud): *Jóvenes: la nueva precariedad laboral. La experiencia de la precariedad laboral en los jóvenes españoles*,

de la actividad desarrollada por el personal investigador en formación y, por tanto, por la contratación laboral del mismo⁷¹.

La importante participación del personal investigador en formación en tareas de investigación, realizando una gran parte de la producción científica de este país⁷², así como su colaboración ordinaria en las tareas docentes desarrolladas por las Universidades y otros centros de investigación constituyen argumentos más que sobrados para poner en evidencia que el muro que se había tratado de levantar entre la función formativa de las becas y la función productiva del contrato de trabajo no es más que una delgada línea que en no pocas ocasiones se sobrepasa con creces, otorgando a las becas de investigación un componente productivo que no se puede despreciar⁷³. En otros términos, el hecho de que esta etapa de formación inicial sea sólo el comienzo de la carrera investigadora, no debe significar, sin embargo, que el investigador siga siendo tratado como un estudiante de pregrado, puesto que participa ya en todos los aspectos de la investigación, con responsabilidad desde la planificación hasta la publicación final de los resultados y, normalmente, también en tareas docentes, asumiendo en ocasiones plena responsabilidad sobre las mismas, si bien, no en un plano formal, lo cual no sería posible, sí desde una vertiente práctica, asumiendo la programación, la impartición de clases teórico-prácticas e, incluso, la evaluación de las asignaturas que le son encargadas.

Ahondando en esta conclusión, tampoco consideramos que se pueda situar la frontera entre la etapa formativa y la etapa productiva de la carrera investigadora en la obtención del DEA —beca antes y contrato después—,

Paralelo Edición, S.A., Madrid, 2004, pág. 40. En este informe se afirma que «el disfrute de estas becas implica el desarrollo de una actividad profesional: la investigación; una realidad especialmente evidente en los investigadores postdoctorales (...) por tanto, nos encontramos ante una actividad claramente asimilable a la categoría de actividad laboral».

⁷¹ A partir de esta premisa se ha considerado que la exclusión de los becarios de investigación del ámbito de aplicación de la normativa laboral constituye un ejemplo flagrante de exclusión ilegal del Derecho del Trabajo. *Vid.*, LUJÁN ALCARAZ, J.: «A propósito del “Estatuto del Becario...” cit., pág. 11.

⁷² *Vid.*, Federación de Jóvenes Investigadores-Precarios: *Estudio bibliométrico de la producción científica del Personal Investigador en Formación y Perfeccionamiento en España*, 2001. Dicho estudio puede consultarse en www.precarios.org.

⁷³ En esta misma dirección, la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley aprobada por el Parlamento de Andalucía relativa a la modificación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de forma que posibilite la protección social y la contratación laboral de los investigadores, establece de forma expresa que «la investigación es un proceso realizado en equipo, colectivo; el modelo del trabajo en solitario es algo que en buena medida pertenece al pasado. Un departamento sigue unas líneas de investigación y el actual «becario» forma parte de un engranaje que coadyuva al resultado final».



no en vano, en la práctica los cursos de doctorado tienen una incidencia mínima en la capacidad investigadora de los doctorandos y asimismo el tiempo dedicado a la realización de estos cursos no abarca ni una mínima parte de la actividad realizada por el personal investigador en formación, compaginándose la realización de estos estudios con otras labores productivas. Obviamente, como en cualquier otro sector de actividad, existen diferencias cuantitativas entre la capacidad investigadora de quienes se inician en la investigación y de quienes llevan años investigando, pero no diferencias cualitativas que justifiquen una diferencia de trato tan radical por parte del ordenamiento jurídico. En consecuencia, no parece razonable que la obtención del DEA sea por sí mismo un elemento determinante para delimitar la fase formativa que se cubrirá con una beca y la fase productiva que se canalizará a través de un contrato laboral.

Somos conscientes, sin embargo, que las conclusiones expuestas rompen frontalmente con una tradición muy arraigada en nuestro sistema de ciencia y tecnología y que, no cabe duda de ello, tan buenos resultados ha dado, como lo muestra el espectacular, aunque aún insuficiente, incremento cualitativo y cuantitativo de investigadores que ha tenido lugar en nuestro país⁷⁴. Sin embargo, consideramos que aquellas renuncias y sacrificios que podían exigirse en el momento de puesta en marcha de un sistema de ciencia y tecnología ya no son de recibo en la fase actual de consolidación, de manera que no puede seguir haciéndose pivotar el desarrollo de la investigación de este país únicamente en la acreditada ilusión y vocación de los jóvenes investigadores, sometiéndoles a injustificadas situaciones de precariedad. Por el contrario, si se quiere que la actividad investigadora reciba la valoración social que se merece y que tantas veces se reclama, debe empezarse porque los propios poderes públicos valoren en su justa medida la actividad desarrollada por el personal investigador en formación.

En cualquier caso, abandonando el siempre cómodo territorio de las propuestas y adentrándonos en el más complejo e inseguro territorio de la realidad cotidiana, creemos que, al menos a efectos de lograr una mayor seguridad jurídica, debe clarificarse, en el supuesto que ello sea posible, la frontera existente entre la investigación desarrollada a partir de una beca de investigación y la investigación desarrollada en el marco de una relación laboral, ya sea potenciando los elementos comunes y, por tanto, extendiendo a los becarios los derechos y obligaciones propios de toda relación laboral (derechos laborales seguridad social, derechos sindicales, etcétera), o bien,

⁷⁴ *Vid.*, un estudio sobre la situación actual en Ministerio de Ciencia y Tecnología (MCyT): *Indicadores de Ciencia y Tecnología*. España 2002, marzo, 2003 (*Vid.*, www.mcyt.es). En la actualidad en España hay 3,77 investigadores por cada 1000 trabajadores, frente a los 5,36 de media en Europa, los 8,66 de Estados Unidos y el 9,72 de Japón.

marcando claramente las diferencias que deben existir entre ambas figuras⁷⁵, potenciando las características propias de la beca (prevalencia de la formación del becario, subordinación de la organización del trabajo a la finalidad formativa, exigencia de un programa de formación y de un tutor que lo verifique, etcétera)⁷⁶. En otros términos, debe ensancharse la línea de separación entre la formación y el trabajo, para que no haya duda que en las becas de investigación predomina la primera.

Con esta finalidad, consideramos que debería eliminarse el carácter potestativo del Estatuto del Becario, de modo que toda entidad o institución que pretendiera convocar una beca de investigación tuviera que inscribir su programa de becas en el registro correspondiente, cumpliendo para ello las condiciones y requisitos establecidos actualmente por el Estatuto del Becario⁷⁷, así como otros que deberían ser añadidos —especialmente en relación a la docencia a impartir por el becario— con la finalidad de potenciar el elemento formativo de las becas de investigación. Únicamente de este modo, se puede garantizar, al menos *a priori*, que no en la práctica, que en las becas de investigación convocadas predomina la finalidad formativa del becario de investigación y no la voluntad de la entidad convocante de la

⁷⁵ Esta es la opción adoptada por FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «Nuevas normas sobre los becarios...» cit., pág. 30, que tras considerar que no puede pasarse por alto que las becas de investigación no son un fenómeno nuevo, así como que las mismas gozan de una amplia tradición y una justificada reputación en nuestro sistema, mantiene que «no hay razón para suprimir de un plumazo y de manera simplista una institución que ha permitido la obtención de resultados formativos que no son discutibles», sino que sería preferible «perfilar mejor su diferenciación con los contratos de trabajo».

⁷⁶ En parecidos términos, DE SOTO RIOJA, J.M.: «Becas formativas...» cit., pág. 233, ha mantenido que «sería conveniente reivindicar, frente al uso abusivo de las becas, principalmente por parte de las Administraciones Públicas, de una regulación más precisa de las mismas, evitando la realización de funciones ajenas a la finalidad formativa que éstas conllevan, si bien, también podrá reclamarse la regulación de un nuevo contrato, al margen del contrato en prácticas, para cubrir las necesidades, tanto de los alumnos becarios, como de las entidades becantes, para evitar de esta manera la proliferación de becas, altamente dudosas, cuya finalidad escapa al más puro interés formativo del alumno becado, piénsese, sin ir más lejos, en nuestras Universidades (...). En definitiva, frente a la cada vez más recurrida relación de becario, se impone por parte del legislador, una nueva o quizás reforma, de la legislación, que evite el hecho de que sean los Tribunales, los que, supuesto a supuesto, deban determinar el carácter laboral o no de la relación que une a la entidad otorgante de la beca, con los presuntos becarios, o presuntos trabajadores». *Vid.*, también, LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo...* cit.

⁷⁷ Esta propuesta es compartida por la Federación de Jóvenes Investigadores-Precarios que proponen la «obligación de que todas las becas de investigación existentes en el panorama nacional, sea el que sea el órgano convocante, se adscriban al Estatuto del Becario, con el fin de que verdaderamente se eliminen las becas que no otorguen prestaciones y derechos sociolaborales a los investigadores y se homogenicen todas las convocatorias».



beca o, en su caso, de la receptora del mismo, de obtener un beneficio del trabajo desarrollado por éste.

De persistir el carácter facultativo de la inscripción de los programas de becas de investigación que se prevé en el Estatuto del Becario, consideramos que los requisitos que deben cumplir las becas de investigación recogidos en dicho Estatuto deben constituir un «test de legalidad» de las restantes becas que puedan convocarse, de modo que una beca de investigación que no satisfaga este control de legalidad no pueda ser considerada una verdadera beca, sino que deba ser calificada como una relación laboral por prevalecer el carácter productivo de la actividad desarrollada por el becario de investigación⁷⁸.

⁷⁸ En parecidos términos, las sugerencias de la Junta de Andalucía en relación con el borrador de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto del Becario prevé que «podría ser recomendable, en todo caso y de mantenerse la estructura general del borrador en el futuro RD, que la admisión de la inscripción en el registro tuviera las condiciones de un «sello de calidad» de impacto real importante y de consecuencias, cuanto menos, administrativas y laborales».





2

Mercado de Trabajo







ASPECTOS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS DE LA INMIGRACIÓN EN ESPAÑA

MANUEL JAÉN GARCÍA

Catedrático de Economía Aplicada
Universidad de Almería

ENCARNACIÓN GARCÍA

Profesora de Derecho Mercantil
Universidad de Almería

EXTRACTO

Hasta los años ochenta, España ha sido un país de emigración. El descubrimiento de América propició la primera gran oleada de emigrantes españoles en busca de la fortuna que se les negaba en nuestro país. Este flujo migratorio empezó a invertirse a partir de los años ochenta y es a partir de la entrada española en la Unión Europea y los años de prosperidad en la década de los noventa, que coincidieron con una fuerte crisis en los países del Norte y Centro de África, cuando empieza a observarse en nuestro país la entrada primero tímida y después cada vez en mayor cantidad de inmigrantes inicialmente africanos y después centro y sudamericanos y, por último, de los países que han entrado o entrarán a formar parte en un futuro próximo de la Unión Europa.

La emigración forzosa, la emigración por razones económicas o políticas fuerza a hombres y mujeres a dejar su hogar, sus costumbres, su familia, sus raíces. Es necesario evitar en todo lo posible esta emigración. Pero cuando se produzca, cuando hombres y mujeres se vean empujados por la necesidad, es necesaria la generosidad por parte del país de acogida y procurar a estas personas que, habitualmente, se integran en el tejido productivo del país de acogida y son necesarias para el mantenimiento de su economía, un nivel de vida y de cobertura social apropiados.

En ese sentido resultan encomiables iniciativas como la de la Junta de Andalucía a través de su Plan Integral para la Inmigración en Andalucía de 2002 que tiene como objetivo, entre otros, favorecer la plena integración social, laboral y personal de la población inmigrante.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PROBLEMA DE LAS FUENTES ESTADÍSTICAS
3. TEORÍAS EXPLICATIVAS DE LA EMIGRACIÓN
4. EL MERCADO DE TRABAJO DE LOS EMIGRANTES EN ESPAÑA: ASPECTOS JURÍDICO-ECONÓMICOS
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Hasta los años ochenta, España ha sido un país de emigración. El descubrimiento de América propició la primera gran oleada de emigrantes españoles en busca de la fortuna que se les negaba en nuestro país. Después de la independencia de las colonias, los españoles seguían emigrando a tierras americanas con otra gran oleada después de la guerra civil y, más recientemente, a los países de Centroeuropa. Los años de la posguerra fueron un período de bajísimo crecimiento económico en España, el período denominado de la autarquía, y de pobreza general de la población que crecía a un fuerte ritmo. Esta situación se veía agravada además por la falta de libertades políticas que sufría el pueblo español. Casi al mismo tiempo el resto de la Europa occidental experimentaba un crecimiento económico sin precedentes. Para poder continuar ese crecimiento esos países tenían una fuerte necesidad de mano de obra que no era posible cubrir con sus propios ciudadanos. En consecuencia, se produjo un fuerte flujo migratorio de los países del Sur de Europa y también del Sur del Mediterráneo hacia los países del Centro y Norte de Europa. De esta forma entre 1950 y 1970 salieron de España 2 millones de personas que engrosaron las filas de trabajadores de las industrias centroeuropeas.

Este flujo migratorio empezó a invertirse a partir de los años ochenta y es a partir de la entrada española en la Unión Europea y los años de prosperidad en la década de los noventa, que coincidieron con una fuerte crisis en los países del Norte y Centro de África, cuando empieza a observarse en nuestro país la entrada primero tímida y después cada vez en mayor cantidad de inmigrantes inicialmente africanos y después centro y sudamericanos y, por último, de los países que han entrado o entrarán a formar parte en un futuro próximo de la Unión Europea.

En consecuencia, España ha pasado de ser un país de emigrantes a ser un país de inmigrantes. Eso conlleva múltiples ventajas pero a la vez múltiples problemas. El futuro parece ser el de una sociedad en la que los españoles católicos y de raza blanca no seamos los únicos pobladores de este pedazo de la tierra sino una sociedad multiétnica y multicultural en la que tengamos que convivir con diferentes culturas y diferentes religiones. De alguna forma es una vuelta a la España medieval en la que convivían, en



armonía, en nuestro país habitantes de las tres religiones de libro con una fuerte aportación a la cultura española que la colocaron a la vanguardia de las artes y las ciencias medievales.

2. EL PROBLEMA DE LAS FUENTES ESTADÍSTICAS

El fenómeno de la inmigración en España, dada su juventud y el componente de clandestinidad que existe en él, plantea problemas en su medición y dependiendo de la fuente estadística a la que se acuda nos podemos encontrar con cifras de gran disparidad.

Existen diferentes registros estadísticos cada uno con sus ventajas y sus inconvenientes. Tres fuentes fundamentales para conocer características socioeconómicas de la población extranjera, y de la población en general, son los Padrones, los Censos y la Encuesta de Población Activa. En cuanto a población extranjera propiamente dicha nos encontramos con el Registro Central de Extranjeros que elabora el Ministerio del Interior y el Registro de Permisos de Residencia gestionado por el mismo Ministerio.

El Padrón municipal es un registro gestionado y elaborado por cada ayuntamiento y está permanentemente actualizado. En él deben inscribirse todas las personas que residen habitualmente en España, independientemente de su nacionalidad y su situación. Es una fuente imprescindible para medir la evolución de la población extranjera residente en España.

El Censo de Población tiene periodicidad decenal siendo el último de noviembre de 2001. Se considera que infravalora la población extranjera.

El Registro de Extranjeros nos informa de los extranjeros con residencia legal en España.

La Encuesta de Población Activa (EPA) permite conocer la estructura laboral de la población de nacionalidad no española y su evolución continua en el tiempo.

Apoyándonos en una u otra fuente estadística podemos realizar una fotografía del momento actual de la emigración en España pero también referirnos a la rápida evolución que se ha producido en el fenómeno migratorio.

Según el Censo de 1991, el porcentaje de extranjeros que vivía en España era el 0,9%, en el Censo del 2001 ese porcentaje era del 3,5%. Los datos más recientes sobre población en España reflejan un aumento considerablemente mayor: el número de extranjeros representa más del 6% de la población total de nuestro país (según los datos provisionales del Padrón Municipal a 1 de enero de 2003). Estas son cifras que nos acercan a la realidad existente en otros países europeos, como Alemania o Bélgica, donde la población extranjera se sitúa entre el 8 y el 9% del total.

Si nos basamos en los datos del Padrón, el número de extranjeros en España en 1998 era de 637.085 mientras en 2002 era de 1.977.946 de ma-

nera que, en un período de cinco años, el número de extranjeros empadronados se multiplica por 3,1. Es notoria la diferencia de un año al anterior pues en 2001 había 607.289 menos extranjeros empadronados que en 2002. Según estos datos la población extranjera en España habría pasado de suponer el 1,6% en 1998 a suponer el 4,7% en 2002.

Las cifras del censo aunque diferentes muestran una evolución en el mismo sentido pues mientras en 1991 el número de extranjeros censados era de 353.367 en 2001 era de 1.572.017 con un incremento porcentual del 344,9%.

No deja de ser sorprendente desde cualquier punto de vista esta rápida evolución del número de inmigrantes extranjeros en España incluso si consideramos cifras de registros oficiales como el de Residentes Extranjeros en España que pasan de suponer 360.655 en 1991 a 1.109.060 en 2001.

En dónde se han producido grandes cambios ha sido en la nacionalidad de los inmigrantes pues si aún en 1998 los europeos eran la mayoría con un total de 312.494 personas seguidos de los africanos con 147.875 y, finalmente, los iberoamericanos con 117.869 personas, en 2002 las cifras han dado un enorme vuelco pues el colectivo mayoritario es el de los iberoamericanos con 730.439 personas quedando los europeos con 489.313 y los africanos con 423.045. Es decir, en cinco años los europeos han pasado de suponer el 49,1% del colectivo de extranjeros en España a suponer el 35,5%. Asimismo se observa un gran cambio en cuando al índice de masculinidad de la población extranjera que nos indica que existe un gran porcentaje de inmigrantes hombres que hacen su desplazamiento en solitario probablemente buscando un futuro reagrupamiento familiar aunque es también muy elevado el porcentaje de matrimonios mixtos en los que un miembro de la pareja es español (desde un 5% en 1998 a un 8,5% en 2002). El índice de masculinidad ha aumentado mucho en los emigrantes africanos (ha pasado del 179,9 al 212,9) y en los iberoamericanos (del 62,9 al 80,9) aunque en este caso sigue siendo superior el número de mujeres con respecto al de hombres lo que tiene su explicación en términos de mercado de trabajo y de nichos de empleo que ocupan estos colectivos.

En cuanto a las comunidades con mayor porcentaje de extranjeros las cosas no han variado mucho entre los años de referencia. El porcentaje mayor de extranjeros ha pasado de Melilla a Baleares aunque la primera, al igual que Ceuta, mantiene un elevado porcentaje por su situación junto a Marruecos. El resto se mantiene prácticamente en los mismos términos, Canarias, la Comunidad Valenciana y Madrid ocupan los primeros lugares mientras Murcia que tenía un porcentaje bastante bajo, por debajo de la media nacional, ha pasado a ocupar el quinto lugar por debajo de Cataluña. Tanto en términos absolutos como relativos con respecto al total de su población, todas las comunidades autónomas han aumentado de forma extraordinaria la población extranjera y aunque esta cifra relativa no sea preocupante si lo es, en cambio, la forma tan extraordinariamente rápida en que se ha produ-



cido la llegada de inmigrantes a nuestro país así como el cambio en su procedencia y, en consecuencia, en sus expectativas con respecto a su estatus en España.

El problema está tanto en las autoridades españolas como en la población autóctona y en su capacidad para asimilar esos cambios que ya se han producido y los que se pueden producir en un futuro próximo.

3. TEORÍAS EXPLICATIVAS DE LA EMIGRACIÓN

Aunque en la actualidad no hay una sola teoría coherente sobre el fenómeno de las migraciones internacionales si se han formulado diversas teorías que explican aspectos parciales de las migraciones.

Para la economía neoclásica, el factor desencadenante de las migraciones sería el desajuste entre oferta y demanda de fuerza de trabajo, dada una relación inversamente proporcional entre reserva de fuerza de trabajo y nivel de salarios. Las migraciones servirían para restablecer el equilibrio entre ambos factores y estarían motivadas en el plano individual por el interés en maximizar las ganancias. El resultado sería una localización óptima de las reservas.

La teoría expulsión-atracción (push-pull) explica los flujos migratorios como el resultado de la pobreza y el atraso de las regiones emisoras, por tanto el ámbito en el que se desenvuelve es básicamente el de naciones-estados. Normalmente proponen un listado de factores de expulsión (push) que nacen en el país de origen como dificultades económicas, sociales o políticas centradas normalmente en las regiones más pobres del planeta, y, por otro lado, expone otra lista de factores de atracción (pull) que encuentra en los países receptores como todas aquellas ventajas que las regiones más ricas del planeta ofrecen. El fundamento explicativo de las migraciones surge de modo espontáneo a partir de las desigualdades entre distintas zonas del mundo.

La teoría del mercado dual de trabajo de Piore (1979) pone el énfasis en la demanda de fuerza de trabajo como desencadenante de la migración. Esta demanda aprovecha la disposición de los emigrantes a aceptar, al menos transitoriamente, las condiciones del mercado de trabajo secundario (peores condiciones de trabajo, mayor inestabilidad, salarios más bajos y escaso prestigio social) existentes en los países industrializados. Dicha demanda es generada por la tendencia de los nativos a evitar los puestos de trabajo con los niveles de salario más bajo y escaso prestigio social) existente en los países industrializados. Dicha demanda es generada por la tendencia de los nativos a evitar los puestos de trabajo con los niveles de salario más bajo y con menos posibilidades de ascenso en la jerarquía del mercado laboral. Esto produce una escasez de fuerza de trabajo en los segmentos más

bajos, incluso aunque exista paro o se mejoren las condiciones laborales y salariales generales.

La existencia de un mercado de trabajo secundario refleja, por su parte, la lucha entre capital y trabajo y la estrategia del primero de dividir a los trabajadores por medio de la atribución de trabajos «buenos» o «malos» sobre la base de criterios étnicos. A su vez, la ocupación de los inmigrantes permite a los nativos una movilidad social ascendente, pues los peores trabajos son realizados por otros. Sin embargo, la prolongación de la estancia de aquellos cambia su perspectiva y su valoración del trabajo y los vuelve progresivamente resistentes frente a la asignación inicial al mercado laboral secundario, lo que da origen a la competencia y el conflicto entre inmigrantes y nativos.

La nueva economía de la migración de Oded Stark (1991) pone el acento en las economías domésticas de las zonas rurales y sus proyectos de modernización como factor desencadenante de los flujos migratorios, que originariamente son flujos del medio rural al urbano. Lo que motivaría esos proyectos modernizadores es la pobreza relativa respecto al grupo de referencia, lo que explicaría el fenómeno de que los flujos mayores no procedan de los pueblos más pobres, sino de aquellos con una distribución de ingresos más desigual. La migración sería entonces el resultado de una estrategia colectiva y calculada de actores interdependientes, cuya meta es la transformación de la economía del grupo familiar y la reducción del riesgo que comporta el proyecto modernizador dada la escasez de recursos financieros. Las remesas de los inmigrantes desempeñan un papel esencial como capital necesario para el cambio tecnológico y económico de la economía productiva de las familias en el medio rural, que invierten las ganancias alcanzadas en el campo en la emigración del hijo o la hija para obtener una ganancia mayor o más segura en el ámbito urbano. Por este medio se consigue una fuente de ingresos independiente de la propia producción agrícola tan sujeta a eventualidades negativas, de manera que el riesgo se diversifica y se reduce.

Según la teoría del sistema-mundo capitalista de Petras (1981) la migración sería un subsistema del mercado mundial. A causa de la naturaleza expansiva del proceso de acumulación capitalista y del deseo de reducir los costes del factor trabajo, la evolución del sistema económico capitalista ha ido acompañada siempre de una demanda de fuerza de trabajo. Cuando ésta no está suficientemente disponible o no lo está en las condiciones de flexibilidad, bajo coste, etc., deseadas, se busca salida en los trabajadores más o menos libremente captados en el exterior. De hecho, la expansión del capitalismo ha estado unida de modo inseparable a la renovación permanente de los potenciales migratorios a través de la incorporación a la división internacional del trabajo de nuevas zonas, convertidas de este modo en periferias del sistema. Se ha tratado por regla general de una dinámica que une a la desventajosa integración en el sistema-mundo la desintegración de las



formas tradicionales de reproducción de la vida y la generación de potenciales migratorios.

La teoría de las redes migratorias analiza otros factores que tienen que ver sobre todo con el mantenimiento de las migraciones en el tiempo y su reproducción. Según esta teoría, las redes sociales juegan un papel primordial en el intercambio de información sobre el país de destino, en los trámites y apoyos para el traslado a él y para la posterior integración en el mercado laboral formal o informal. Sólo si se tienen en cuenta dichas redes resulta comprensible la formación de comunidades étnicas o de sectores profesionales ocupados preferentemente por grupos de inmigrantes.

No demasiado distante del anterior es el planteamiento de espacios e identidades transnacionales. Asociadas al proceso de globalización nos encontramos con nuevas formas de concebir y vivir la ciudadanía, nuevas identidades y nuevas concepciones del espacio que cuestionan las divisiones tradicionales de carácter nacional. El espacio transnacional se constituye en el marco de la globalización y depende de la alta movilidad de capital, mercancías, informaciones y servicios asociados a él.

En los últimos años está adquiriendo gran relevancia la perspectiva de género que llama la atención sobre el hecho de que las asimetrías específicas del género tanto en el plano económico como en el social y político generan condiciones y posibilidades de movilidad femenina o limitaciones a la misma y pueden llevar a resultados diferentes en las migraciones de los hombres y las mujeres.

La realidad muestra que no son los más pobres los que emigran, ni tampoco se produce con la emigración un equilibrio en el mercado de trabajo y entre los niveles salariales de las zonas de emigración e inmigración. Por el contrario, cada día adquieren más credibilidad las teorías que subrayan la importancia de la demanda de fuerza de trabajo en los países receptores, aunque no conviene olvidar que la permanencia en el tiempo de la demanda y de los flujos migratorios de respuesta produce una reestructuración de la economía de dichos países que termina consolidando dichos flujos como elemento necesario de la misma. La reorganización de las relaciones socioeconómicas en los países desarrollados en las últimas décadas ha llevado a una mayor flexibilización, informalización y fragmentación de los mercados de trabajo, y en todo ese proceso la inmigración ha jugado un papel importante.

4. EL MERCADO DE TRABAJO DE LOS EMIGRANTES EN ESPAÑA: ASPECTOS JURÍDICO-ECONÓMICOS

La situación y el lugar que ocupan los trabajadores extranjeros en España están vinculados a la legislación que regula su entrada y estancia en

nuestro país. Si hacemos un breve recorrido por las distintas leyes que han ordenado la materia, observamos que la primera ley de extranjería es fruto de un mandato constitucional (art.13 CE)¹. La Ley Orgánica 7 /1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (que ha estado vigente hasta el 1 de febrero de 2000), tiene una intención declarada muy clara, cuál es la de reconocer a los extranjeros la máxima cuota de derechos y libertades cuyo ejercicio quedaba equiparado al de los ciudadanos españoles. Con el único límite que impone la seguridad pública y, siendo punto de partida para el goce de estos derechos, la situación de legalidad de los extranjeros en nuestro país. En aras de estos dos principios, seguridad pública claramente definida y situación legal de los extranjeros, la ley, como si de un reglamento se tratara, configura la entrada, trabajo, permanencia y establecimiento, salida y expulsión de los extranjeros de nuestro país.

Después de la promulgación de esta ley se producen en Europa, y fuera de ella, unos rápidos cambios económicos y geopolíticos que han provocado movimientos migratorios muy dispares, de los que nuestro país ha sido uno de los más recientes protagonistas lo que ha obligado en un corto período de tiempo a legislar nuevamente sobre la materia que nos ocupa, e incluso volver sobre su revisión². Así podemos decir que en apenas un año se han promulgado dos nuevas leyes de extranjería aunque una aparece como reforma de la primera. Nos referimos a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades en España y su integración social³. Su disposición derogatoria única derogó la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y cuantas disposiciones se oponían a lo establecido en esta Ley.

Escasamente diez meses después de entrar en vigor la Ley 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social fue modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la anterior. La última reforma acaecida en esta materia ha venido de la mano de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

¹ El artículo 13 de la Constitución española establece: «Que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza su Título I, en los términos que establezcan los tratados y la Ley».

² No olvidemos que en materia de Leyes su vigencia suelen ser centenarias.

³ Publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 12 de enero de 2000 y entró en vigor el 1 de febrero de 2000.

Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Antes de entrar en el estudio de los más relevantes aspectos de la reforma, hay que poner de manifiesto, de una parte, que con tanta reforma y contra reforma es difícil seguir cual es el contenido normativo que hay que aplicar al extranjero y, de otra parte, es normal que el legislador aproveche una ley para reformar otras, en aquellos aspectos que contradicen la más reciente.

La Ley que nos proponemos analizar, es la Ley Orgánica 4/2000, que es la que está en vigor pues no podemos olvidar que las demás son leyes que reforman a la anterior, pero que no se aplican al margen de esta, sino que se integran en ella.

La ley 4/2000, tenía dos objetivos principales muy claros, la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. Durante el corto espacio en que estuvo en vigor la realidad social había demostrado, en opinión de sus reformadores, que se había producido un aumento de la población extranjera irregular con una clara tendencia a residir permanentemente en nuestro país con la esperanza de alcanzar la documentación que le permita residir y trabajar y, por otro lado, los mal llamados ilegales, que ingresan por medios diversos, no fácilmente controlables. A lo que hay que añadir que los propios sectores demandan mano de obra extranjera al no cubrirse la oferta de empleo por la población laboral española y además hay que tener en cuenta el retroceso de la natalidad en España⁴.

Esta situación propició que la Ley 4/2000 permitiera la regularización de la situación jurídica de un importante número de inmigrantes. No obstante, y como ya hemos avanzado, el contenido normativo de esta ley es reformado por la Ley 8/2000, hasta el punto que se hace prácticamente irreconocible el primer texto legal. Las causas que obligaron a su modificación se basaron principalmente en la necesidad de hacer compatible la legislación de extranjería con la capacidad real de acogida de España. Para argumentar este motivo se tomaron en consideración las estadísticas de regularización de inmigrantes durante la vigencia de la Ley 4/2000. Además de los compromisos asumidos por España en el seno de la Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea, celebrada en Tampere durante los días 16 y 17 de octubre de 1999, una de cuyas principales conclusiones es que dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia que se busca construir en la Unión Europea, tiendan a equipararse los derechos de los nacionales de los Estado miembros y los reconoci-

⁴ En este sentido, ASENSI SABATER (direc.) en *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Madrid 2001, págs. 27 y ss.

dos a los extranjeros procedentes de terceros países que residan legalmente en el territorio común. Y por último la reforma esta basada en la consideración de que la inmigración es un hecho estructural que ha convertido a España en un país de destino de los flujos migratorios y, por su situación, también en un punto de tránsito hacia otros Estados cuyos controles fronterizos en las rutas desde el nuestro no han sido eliminados.

Estos argumentos han llevado al legislador a reformar más en concordancia con la anterior ley de 1985, privando a los extranjeros en situación irregular de los derechos de asociación, reunión, manifestación, libertad sindical y huelga, independientemente de que su regulación legal pueda incluir las restricciones que se consideren adecuadas a su ejercicio⁵.

Los dos aspectos fundamentales que muestran la situación y el lugar que ocupan los extranjeros en nuestro país vienen dados, principalmente, por el conjunto de derechos y libertades que les reconoce la Ley y el régimen jurídico de la situación de los extranjeros en cuanto a la entrada, permanencia y salida de nuestro país.

En materia de reconocimientos de derechos el principal objetivo de la reforma ha sido la regulación más restrictiva de la situación jurídica del extranjero inmigrante, haciendo una distinción entre inmigrantes regulares e irregulares. Sobre esta distinción se basa toda la reforma y excluye del beneficio de un buen número de derechos a los inmigrantes irregulares. Por último las modificaciones recogidas en materia de derechos en la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la ley orgánica 4/2000, y de acuerdo con su exposición de motivos apartado IV no afectan ni al catálogo de derechos ni a la estructura de la Ley que reforma.

En materia del régimen jurídico de la situación de los extranjeros en la reformada Ley 4/2000 ha resultado ser una inmixción de ambas leyes (la derogada ley 7/1985 y la ley 8/2000 de reforma de la Ley 4/2000). A los requisitos de entrada exigidos en ambas leyes se le añade con la reforma el de no estar sujeto a prohibición expresa.

En cuanto al visado necesario para entrar en nuestro país hay que hacer varias matizaciones. En primer lugar, si es denegado no necesitará ser motivado de acuerdo con la Ley 7/1985 y la Ley 8/2000 mientras que en la Ley 4/2000 la denegación tenía que ser expresa y motivada e indicar los recursos que procedan. En esta denegación del visado hay un endurecimiento en la Ley 8/2000 con respecto a la que reforma, y retoma lo dispuesto en la Ley 7/1985, por lo que supone un importante aumento de discrecionalidad administrativa, por cuanto la denegación del visado sin motivar impide co-

⁵ Dictamen del CGPJ, aprobado el 26 de julio de 2000 por catorce votos a favor y seis en contra.

nocer las causas objetivas de denegación y además no podemos saber en que debemos basar nuestra reclamación al no conocer el motivo de la denegación. En segundo lugar, la Ley 14/2003, de 20 de noviembre de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, introduce un nuevo apartado 2 en el artículo 4, que queda redactado de la siguiente forma: «Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente».

Una vez que ha entrado el extranjero en nuestro país los requisitos para su estancia se endurecen, principalmente, para la residencia temporal que pasa de dos años a cinco y para la residencia permanente el Gobierno no se compromete a garantizar que el extranjero tenga que trabajar en igualdad de condiciones con los españoles y por tanto podrá recortar discrecionalmente los derechos que considere oportuno. En ningún caso obtendrán permiso de residencia los extranjeros con antecedentes penales en España o que figuren como rechazables en el espacio territorial con los que España tenga Convenios en tal sentido.

La ley 14/2003, modifica los artículos 29 y 30 de la ley 4 /2000 y enumera y define la situación en la que podrán encontrarse los extranjeros en España cuales son las de estancia y residencia. La primera la define como la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para los estudiantes. En situación de residencia estarán los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir. Lo residentes podrán encontrarse en una situación de residencia temporal o permanente (art.30bis).

La principal diferencia que se observa entre la anterior redacción de los artículos reformados por la Ley 14/2003 y su nueva redacción es que para la estancia en territorio español se elimina la posibilidad de prorrogar los noventa días previstos en la Ley 4/2000. En cuanto a la residencia temporal la anterior redacción permitía la prórroga de periodos inferiores a cinco años, tiempo máximo que se podía estar en esta situación. La nueva redacción transforma la prórroga en renovación, con lo que entendemos que es más favorable al extranjero puesto que renovar significa que empieza a contar de nuevo y no computa para los cinco años.

Las condiciones que el extranjero inmigrante requiere reunir para obtener el permiso de trabajo, quizás sea uno de los puntos neurálgico de todo el problema que se está analizando. La Ley 8/2000 introduce la obligación de obtener el permiso de residencia o autorización de estancia y una autorización administrativa para trabajar (en este último caso para los que quieran trabajar por cuenta propia), y se le sigue exigiendo al empleador autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para poder contratar a un inmigrante.

Con la reforma ha desaparecido el permiso de trabajo permanente, siendo sustituido por el permiso de residencia permanente que habilita a trabajar por cuenta propia o ajena.

La concesión inicial del permiso de trabajo es uno de los puntos neurálgicos del sistema de trabajo de los extranjeros en España, y en el que se detecta con más intensidad la confluencia de los intereses sobre los que grava la regulación de la inmigración laboral: la protección de mano de obra española, la libertad de empresa y el reconocimiento legal del derecho al trabajo de los extranjeros. Y en este conflicto de intereses prevalece el primero de ellos, la situación nacional de empleo, concepto que puede aplicar la Administración para determinar la concesión o denegación del permiso de trabajo.

Hay que tener en cuenta que la concesión del permiso de trabajo se puede obtener mediante una solicitud individualizada o por vías de contingentes. En ambos sistemas de acceso resulta determinante la situación nacional de empleo. Es el momento en que se valora el referido criterio lo que diferencia aquellos. En el sistema de contingentes, la situación nacional de empleo se valorará a priori, mientras que en el acceso directo se tendrá en cuenta a la hora de resolver la solicitud de concesión del permiso de trabajo.

La Ley 8/2000 deja la regulación de la renovación de los permisos de trabajo al Reglamento en cuanto a tipología y plazos de vigencia. Estableciendo la Ley un régimen transitorio en su Disposición Transitoria primera tres en tanto no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario. La Ley 8/2000 solo recoge los supuestos de renovación automática del permiso de trabajo. (Disposición Transitoria primera que ha venido desarrollada por el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la Disposición Transitoria Primera de la Ley orgánica 4/2000, incorporada por la Ley 8/2000).

De acuerdo con este Real Decreto, podían quedar documentados con un permiso de residencia, los extranjeros que se hallaban en España y que cumplieran los siguientes requisitos: 1.º) Encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999 y haber permanecido de forma continuada en dicha situación. 2.º) Haber sido titulares de permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en algún momento de los últimos tres años anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, o bien haber solicitado permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en algún momento de los últimos tres años anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, o bien haber solicitado permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en alguna ocasión hasta el 31 de marzo de 2000, inclusive. 3.º) No estar incurso en alguna de las causas de expulsión que se establecen en los art. 49,g) y 50 de la Ley Orgánica 4/2000, ni haber sido acordada su expulsión con anterioridad por alguna de estas causas en base a la Ley Orgánica 7/1985, y Reglamento de ejecución, y no tener prohibida la entrada en terri-

torio español, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones... (art.1 RD 239/2000).

Pese al intento de este Real Decreto 239/2000 por establecer un procedimiento rápido y eficaz para la regulación del mayor número posible de inmigrantes en nuestro país, en noviembre de 2003, como ya hemos avanzado, se reforma nuevamente la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 14/2003, debido a los cambios de circunstancias que han acontecido en este período de tiempo y que aconsejan la necesidad de adaptarlas a los continuos cambio de un fenómeno mutable como es el migratorio. De acuerdo con la Exposición de motivos de la Ley, junto al considerable incremento producido del número de residentes extranjeros en España en los últimos años, también se ha constatado un cambio en las formas en las que se produce el hecho inmigratorio del que nuestro país es receptor, intentándose una mejor y más sencilla ordenación de los flujos migratorios. Así como reforzar los mecanismos para incidir en la lucha contra la inmigración ilegal. Con la reforma de la ley se pretende conseguir principalmente cuatro objetivos. De una parte, la mejora de la gestión de los trámites administrativos y la determinación de los tipos de visados. De otra parte, reforzar los instrumentos sancionadores contra la inmigración ilegal, reforzando los procedimientos de devolución de extranjeros que acceden ilegalmente a nuestro país. Así como la incorporación de las disposiciones aprobadas por la Unión Europea sobre exigibilidad de tasas correspondientes a la expedición de visados, sanciones a transportistas y mutuo reconocimiento de las resoluciones de expulsión, para impedir que aquellos extranjeros sobre los que hayan recaído éstas en cualquier Estado de la Unión, puedan intentar evitarlas trasladándose a otro Estado. Y por ultimo, la ley incorpora al texto de la Ley Orgánica 4/2000, las exigencias derivadas de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003, relativas a la necesaria regulación, en la citada ley orgánica, de determinados preceptos del Reglamento de ejecución de la Ley orgánica 4/2000, aprobado por Real Derecho 864/2001, de 20 de julio.

A pesar de que las modificaciones recogidas no afectan al catálogo de derechos ni a la estructura de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000, cabe destacar tres aspectos importantes. En primer lugar se ha introducido una modificación para establecer la obligación de proveerse de una tarjeta de identidad de extranjero, como documento acreditativo de la autorización administrativa para residir, adaptando así nuestra normativa al reglamento 1030/2002, del Consejo, de 13 de junio de 2002. Por otra parte en materia de visado persiguen simplificar la tramitación administrativa y además al visado se le dota de una nueva función adicional, cuál es la de servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España. De esta manera se anuda al visado un efecto novedoso: habilitar al extranjero a permanecer en nuestro

país en la situación para la que se hubiera expedido. Y por último, se introducen instrumentos para mejorar la gestión de los procedimientos de extranjería con el objeto de ordenar adecuadamente, los flujos migratorios y evitar el uso fraudulento de aquellos.

La vinculación entre permisos de trabajo y de residencia, así como el tipo de vigencia temporal de los mismos, por un lado, y la política de cupos que orienta la fuerza de trabajo inmigrante hacia ocupaciones específicas del mercado laboral (fundamentalmente agricultura, servicio doméstico y construcción) con un índice mayor de irregularidad y precariedad, por otro, han creado un círculo vicioso de inestabilidad laboral y jurídica, que aumenta considerablemente la vulnerabilidad y la discriminación de los inmigrantes en el mercado de trabajo. De hecho se han creado unos nichos laborales en sectores económicos y tipos de actividad con una presencia destacada de determinados colectivos inmigrantes no comunitarios. Este fenómeno lo ha calificado Wallerstein (1991) de «etnización del mercado laboral». Su funcionalidad económica está clara: la pertenencia al grupo social sirve para hacer posibles unos salarios muy bajos para sectores enteros de la fuerza de trabajo.

La segmentación o dualización del mercado de trabajo impide que los trabajadores inmigrantes y los nacionales compitan entre sí, dado que actúan en segmentos bastante separados, aunque trabajen en el mismo sector e incluso en las mismas empresas. Los trabajos realizados por los inmigrantes, o al menos por la retribución por la que éstos los realizan, no son deseados por los nativos, que o bien previamente los han rechazado, lo que genera la demanda de inmigrantes o bien ascienden en la escala de segmentos con la llegada de los inmigrantes. Esto explicaría la etnoestratificación del mercado laboral y la concentración étnica o nacional en ciertos trabajos.

La ley 8/2000 es una ley limitadora de los derechos de los inmigrantes pues restringe el derecho de asociación, reunión, manifestación, sindicación y huelga a los inmigrantes legales y se lo niega a los irregulares.

Su promulgación provocó reacciones adversas por parte de sindicatos, partidos de izquierda e incluso la iglesia (Aja, 2000). Para Izquierda Unida, las empresas del primer mundo pueden utilizar a los trabajadores que abandonan sus países de origen impulsados por la necesidad —dictaduras represivas, guerras, hambrunas— para profundizar en la desregulación de los mercados de trabajo internos y presionar a la baja sobre los costes de la mano de obra. Según la iglesia se ha de tener en cuenta su dignidad como personas, y en su condición de hijos de Dios y hermanos nuestros, sus derechos al trabajo, a la vivienda, a la atención sanitaria, al reagrupamiento familiar y a la permanencia legal de aquellos que se encuentran en situación irregular. Las leyes, afirman, han de tener como objetivo la integración entendida ésta como una apuesta por la construcción de una sociedad de todos, por

todos, en un mundo de corresponsabilidad que garantice el trato de los ciudadanos en igualdad de derechos y deberes. Por último, en opinión de los sindicatos, la ley limita los derechos de los irregulares, en particular los de sindicación y huelga y amenaza con expulsarles por trabajar sin permiso. Se aplica en un contexto de desatención y falta de recursos de la inspección de trabajo y de cupos de permisos de trabajo siempre inferiores al número de solicitudes con lo que el gobierno garantiza a los empresarios la oferta de una mano de obra ilegal más barata y más dócil que la española con gran demanda en los sectores hortícola, la construcción y el turismo. En la práctica, la mayoría de los inmigrantes empieza su trayectoria laboral en España de forma irregular. Esta opinión ha sido, en cierto modo, ratificada por los empresarios que reconocen la existencia de una demanda insatisfecha de mano de obra.

Para situarnos en un contexto adecuado, y a partir de los datos de la EPA correspondiente al primer trimestre de 2004, realizamos un detallado análisis de las condiciones del mercado de trabajo español diferenciando la forma en que se desenvuelven en él los nacionales y los extranjeros. En primer lugar, la tasa de actividad media se sitúa para el total de la población en el 55,36% con una clara diferencia a favor de los varones (67,37 frente a 44,07) mientras que para la población extranjera es del 74,4% llegando al 85,4% para los varones. En ambos casos, el segmento de edad de mayor actividad es el correspondiente al tramo entre 20 y 50 años pero mientras que para los españoles el valor máximo es 84,53% para el tramo entre los 30 y los 34 años, para los extranjeros es 83,6% en el período entre 30 y 39 años (con lo que las cifras no son comparables)

Utilizando datos del mismo año, la tasa de paro para los españoles se sitúa en el 11,38%, la población activa mientras que para los extranjeros esta tasa es del 24,3%. Si consideramos los activos en los cuatro sectores principales de la economía, los extranjeros estarían sobre representados en la agricultura y en el sector servicios. Pero los extranjeros comunitarios y en especial resto del mundo y apartadas para el sector agrario y América Latina para el sector servicios y agricultura.

Si estas cifras las llevamos al tipo de ocupación, para el mismo período, los rubros más elevados para América Latina corresponden a los trabajadores no cualificados con un 43,1% frente al 13,25% de los españoles y a servicios de restauración, personales, protección y vendedores de comercio con un 19,77% frente al 14,06% correspondiente a los españoles; en cuanto a resto del mundo y apartadas las cifras son parecidas en cuanto a trabajadores no cualificados con un 44,97%. Llama la atención el elevado porcentaje de artesanos y trabajadores cualificados de industrias manufactureras, construcción y minería excepto operadores que es del 18,88% para América Latina y del 22,38% para resto del mundo y apartadas rebasando la cifra española que es del 16,76%.

Aunque no sean totalmente fidedignas pues no recogen el elevado porcentaje de trabajadores extranjeros que están en la economía sumergida resulta interesante el análisis de las cifras de afiliación a la Seguridad Social pues nos permiten ver la pauta y analizar los sectores económicos en los que se sitúan estos trabajadores y compararlos con los nacionales. Si nos limitamos a las cifras disponibles para marzo de 2004 tenemos un total de 16.894,9 miles de trabajadores afiliados de los cuales 12.704,6 miles (es decir, un 75,2%) pertenece al régimen general mientras 1.177,6 miles (6,61%) pertenece al especial agrario y 180,1 miles (1,06%) pertenece al régimen especial de empleados del hogar. Si consideramos los diferentes sectores de actividad, un 7,7 pertenece al sector agrario, un 15,71% pertenece al sector industrial, un 11,8% pertenece al sector de la construcción y un 64,7% pertenece al sector servicios.

Si consideramos los trabajadores extranjeros de un total de 1.004.073, 689.226 (68,64%) pertenecen al régimen general, 129.260 (12,87%) pertenecen al régimen especial agrario y 72.904 (7,2%) pertenece al régimen especial de empleados del hogar. Lo que nos indica la subrepresentación de los extranjeros en el régimen general y la sobre representación en el especial agrario y el especial de empleados del hogar.

Para obtener una desagregación mayor tenemos que tomar datos a 31 de diciembre de 2002. En términos porcentuales, la comparación sería la siguiente: Agrario, 8,05 para los españoles y 14,15% para los extranjeros; Industria, 16,62% para los españoles y 9,05 para los extranjeros; Construcción, 11,3% para los españoles y 15,41% para los extranjeros; Servicios, 63,95 para los españoles y 61,33% para los extranjeros.

En su conjunto, vemos que la mano de obra extranjera es más vulnerable al paro que la nacional, sobre todo en períodos de recesión y, además, sus tasas de participación en el mercado laboral son, por lo general, inferiores. Están concentrados en unos pocos sectores de actividad. Tienen más dificultades para encontrar un nuevo empleo y para ampliar el registro de sus ocupaciones difundándose por todas las ramas de la producción. Sus condiciones de trabajo implican jornadas o bien reducidas o bien largas, la temporalidad es mayor y la antigüedad es menor si se comparan con las condiciones de la población ocupada nacional.

En España los inmigrantes tienden a ocupar puestos de trabajo poco cualificados, muchas veces temporales, estacionales o precarios, caracterizados por condiciones de trabajo muy deficientes, y frecuentemente no bien remunerados, en mercados de trabajo secundarios. Se trata de una inserción laboral desfavorecida pues los inmigrantes tienden a ocupar los últimos escalones de la pirámide ocupacional.

Los extranjeros no se hallan protegidos, de manera amplia y por extenso, durante su período de desempleo. Tres de cada cuatro extranjeros que son demandantes de empleo no perciben ninguna prestación. El paro no es

de larga duración y el cambio de puesto de trabajo se realiza de forma rápida aunque el nuevo puesto de trabajo no signifique necesariamente un ascenso en la escala social y laboral y se limite a confirmar su reingreso en el mismo sector y en una actividad similar.

En general, los inmigrantes son contribuyentes netos de las finanzas públicas. Parece que esto viene determinado por su perfil de edad pero que a largo plazo los costes de pensiones serán los mismos. No obstante, en países con flujos migratorios consolidados los inmigrantes están sobre representados en la población dependiente del estado del bienestar (Izquierdo Escribano y otros (2003)).

Para finalizar este apartado damos un breve repaso al caso andaluz que tiene ciertas singularidades con respecto al español. Tradicionalmente tanto la tasa de actividad como la de paro andaluzas guardan una gran diferencia con la nacional. Así ocurre también en esta encuesta en la que la tasa de actividad andaluza es del 55,23% frente al 55,38% nacional mientras que la tasa de paro es del 17,21% frente al 11,38% nacional. Sin embargo, la distribución por provincias dista mucho de ser homogénea. Así mientras en la provincia de Almería, la tasa de actividad es del 57,14% seguida por Sevilla con un 55,93 las de las demás provincias es de un máximo del 53,15%. Algo análogo ocurre con la tasa de paro pues la de Almería se sitúa en el 7,46% con todas las demás provincias con cifras próximas o superiores al 15% con la excepcionalidad de Cádiz con una tasa superior al 14%.

Cuestión parecida es la comparación que podemos realizar con respecto a los sectores económicos en los que se ocupan los andaluces en relación con las cifras nacionales

Sectores	España				Andalucía			
	Ocupados	% sobre total	Parados	Tasa de Paro	Ocupados	% sobre total	Parados	Tasa de Paro
Agricultura	964,4	5,72	156,5		300,8		102,3	31,56
Industria	3072,8	18,26	240,9		287,8		32	31,56
Construcción	2008,7	12	210		381,7		60	14,6
Servicios	10806,6	64,12	953,5		1684,5		208,9	11,6

La Comunidad Autónoma Andaluza destaca por la gran cantidad de trabajadores extranjeros afiliados al régimen especial agrario. Del total nacional, 108.980, 26.649 (24,45%) están afiliados en Andalucía y, especialmente, en Almería con 18.767 (63,29% del total andaluz), en segundo lugar, aunque a gran distancia, se sitúa Huelva con un total de 4.384 trabajadores que suponen el 14,8% del total andaluz.

La singularidad del mercado de trabajo andaluz posibilita que sea una puerta de entrada para los inmigrantes africanos y, especialmente, los que

llegan en condiciones de irregularidad. En el caso de Almería esto es notoriamente cierto pues la agricultura bajo plástico almeriense es intensiva en mano de obra pero en determinadas temporadas, lo que hace especialmente necesaria la presencia de temporeros. La dureza de las condiciones de trabajo, con elevadas temperaturas que alcanzan más de 60 grados en el interior del invernadero, y los bajos salarios hacen que los españoles y muchos emigrantes con su documentación en regla no quieran ese tipo de trabajo lo que propicia la «contratación» de ilegales. El paso siguiente es, una vez conseguidos los ansiados papeles, emigrar a otras zonas en España o buscar trabajo en otros sectores con mejores condiciones laborales. Sin embargo, las barreras sociológicas y xenofóbicas favorecen este paso en mayor medida a aquellos inmigrantes procedentes de los países del Este de Europa y Sudamérica pues suelen ser mejor aceptados por la población autóctona y suelen tener mejor preparación académica.

Existe una clara funcionalidad económica de la ilegalidad pues la irregularidad de los inmigrados facilita su sobreexplotación, reduce los costes de contratación, fragiliza su posición negociadora frente al patrón y debilita sus posibilidades de oposición a condiciones laborales draconianas e injustas, ahorra costos estatales, a pesar de que los inmigrantes contribuyan a las arcas del Estado al menos con los impuestos indirectos, dificulta sus posibilidades de organización y reivindicación, etc..

Para los sindicatos (Aja, 2000) una presencia masiva de ilegales o simplemente inmigrantes tienden bien a presionar a la baja los salarios de los menos cualificados, bien a aumentar el volumen de la economía subterránea, bien ambas cosas. Además, es difícil mantener una retórica de lucha contra el paro, aludiendo a una tasa de paro muy alta, cuando parece haber un exceso de oportunidades de trabajo que los inmigrantes están dispuestos a utilizar.

Arango (2003) calcula que a comienzos de 2002 había en España 869.000 irregulares y da algunas razones para la existencia y persistencia de este tipo de inmigración:

- Combinación de una fuerte demanda de trabajo foráneo con la angostura de los cauces existentes para la entrada regular de trabajadores inmigrantes.
- Dificultades para contratar trabajadores inmigrantes con arreglo a la legalidad en parte por la inadecuación de la legislación a las necesidades de no pocos mercados de trabajo.
- La lentitud burocrática en la tramitación de permisos y renovaciones.
- La extensión de la economía sumergida.
- Las insuficiencias de la inspección de trabajo y las graves dificultades a las que se enfrenta para combatir el empleo de los irregulares.



- Una cultura cívica que no otorga alta prioridad al cumplimiento de la legalidad.
- Existencia de empresarios poco escrupulosos que emplean a trabajadores en situación irregular para obtener variados beneficios.

5. CONCLUSIONES

La emigración es un fenómeno que se repite a lo largo de la historia con flujos migratorios en todos los sentidos. El hombre es emigrante por definición desde su primera aparición en África hasta su expansión por todo el globo terráqueo.

Las emigraciones actuales, las emigraciones modernas, tienen diversos orígenes que intentan explicar las diferentes teorías que hemos resumido anteriormente. No se puede negar, sin embargo, el importante componente económico que planea sobre estas emigraciones. Las diferencias económicas, políticas, de seguridad ciudadana o de derechos humanos entre las naciones del primer y del tercer mundo. El estado permanente de guerra de muchos países africanos o la asfixia económica a que somete el pago de la deuda a muchas naciones iberoamericanas imposibilita el desarrollo de los países y el de sus ciudadanos. Esto empuja hacia el exterior a gran parte de los ciudadanos de estos países influidos por el efecto escaparate que ofrece el cine o la televisión con respecto a las posibilidades que pueden encontrar en la Unión Europea o Estados Unidos.

La triste realidad, en la mayoría de las ocasiones, es la inmigración a través de mafias organizadas que explotan a los inmigrantes y prostituyen a las mujeres. Las leyes restrictivas de la UE y de los USA propician, en alguna forma, la existencia de estas mafias. No es menos cierto que el fomento de la emigración ilegal viene propiciado por la existencia de empresarios sin escrúpulos que explotan sin piedad a los «sin papeles».

No hay, o al menos nosotros no la tenemos, una solución clara para el fenómeno de la inmigración masiva pero si se pueden aportar algunas ideas que probablemente contribuirían a aliviar el fenómeno. Anteriormente hemos aludido al estado de guerra permanente y de genocidio de algunos países del África Subsahariana y la inmigración masiva de personas de esos países simplemente para salvar su vida. Los países occidentales que tanta prisa nos damos por intervenir e invadir determinados países podríamos y deberíamos, a través de la ONU, intervenir en estas naciones, impedir la enorme corrupción que existe en muchos de ellos, propiciada en muchos casos por las empresas del primer mundo, y reconducirlos por un camino más adecuado. El problema de la deuda no por conocido deja de ser sangrante. Hay muchas naciones sudamericanas que han devuelto el montante de su deuda multiplicado por diez o más y, por último, hay que hacer men-

ción a las draconianas condiciones en que se desenvuelve el comercio mundial a través de las directrices de la Organización Mundial de Comercio que favorecen de forma sistemática a los países del primer mundo.

En el caso de los países del África mediterránea sería necesaria una mayor intervención de los estados en la redistribución de la renta, una mayor cobertura de servicios sociales, fundamentalmente sanidad y educación, y la realización de inversiones productivas que contribuyesen a disminuir las elevadísimas tasas de paro entre los jóvenes. La ayuda de los inversores extranjeros, sobre todo europeos, y la aceleración de la asociación euromediterránea, sobre todo a través de la inversión asociada a los programas MEDA y las subvenciones a los intereses de préstamos proporcionados por el BEI unidas a la creciente penalización de las corrupciones y corruptelas, sin duda impulsarán el crecimiento y desarrollo económico de estos países y, en consecuencia, la disminución de los flujos migratorios procedentes de ellos.

Si los países de la Europa del Sur quieren reducir los flujos migratorios en el Mediterráneo han de reforzar los vínculos económicos y culturales, aumentar los intercambios comerciales y con ellos los efectos beneficiosos en el incremento del nivel de vida y en el empleo de los países de la orilla Sur.

La solución no pasa, en ningún caso por estados policiales ni por impedir por la fuerza bruta la entrada de emigrantes del tercer mundo en las fortalezas del primer mundo. No se debe ni se puede asociar la inmigración con el terrorismo, la delincuencia organizada o el tráfico de drogas.

La emigración forzosa, la emigración por razones económicas o políticas fuerza a hombres y mujeres a dejar su hogar, sus costumbres, su familia, sus raíces. Es necesario evitar en todo lo posible esta emigración. Pero cuando se produzca, cuando hombres y mujeres se vean empujados por la necesidad, es necesaria la generosidad por parte del país de acogida y procurar a estas personas que, habitualmente, se integran en el tejido productivo del país de acogida y son necesarias para el mantenimiento de su economía, un nivel de vida y de cobertura social apropiados.

En ese sentido resultan encomiables iniciativas como la de la Junta de Andalucía a través de su Plan Integral para la Inmigración en Andalucía de 2002 que tiene como objetivo, entre otros, favorecer la plena integración social, laboral y personal de la población inmigrante.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AJA, E. y OTROS (2000): *La Inmigración extranjera en España*. Fundación la Caixa. Colección Estudios Sociales número 1.
- ARANGO, J. (2004): «La Población Inmigrada en España». *Economistas*, Vol. 99, año 22, págs. 6-14.
- PETRAS, E. MC. (1981): *The global labor market in the modern world-economy en M.*
- KRITZ ET AL (eds): *Global trends in migration: theory an research on international population movements*. Nueva York, págs. 44-63.
- PIORE, M. J. (1979): *Birds of pasage: migrant labor and industrial societies*. Cambridge.
- STARK, O. (1991): *The migration of labor*. Cambridge.
- WALLERSTEIN (1991): «Universalismo, racismo y sexismo, tensiones ideológicas del capitalismo» en E. Balibar y otros: *Raza, nación y clase*. Madrid págs. 49-62.
- ZAMORA, J. A.: *Migración en un mundo globalizado*.





INFORME TRIMESTRAL SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (Tercer 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 mantiene el ritmo de crecimiento. Ni lo eleva ni lo reduce. A diferencia de la cadencia ascendente que se registra en la mayor parte de la Unión Europea, tanto en los nuevos como en los viejos estados miembros, la economía española no oscila en su velocidad de crecimiento. En la banda de entre el dos y el tres por ciento lleva ya anclados tres años y medio, catorce trimestres consecutivos. En el tercer trimestre de 2004, las perspectivas de mejora las frustró el sector exterior. La demanda interna no sólo continuó siendo la locomotora de la economía española sino que mejoró su crecimiento. Pasó de crecer del 4,2 al 4,6 por ciento. El consumo de los hogares mantiene un ritmo de aumento notable del 3,4 por ciento, pero resulta preocupante el continuo aumento del endeudamiento de las familias, lo que eleva su sensibilidad frente a un posible incremento de los tipos de interés. Según el Banco de España, el endeudamiento de los hogares alcanza ya el noventa y cinco por ciento de su renta bruta disponible anual, lo que supone en sí mismo una situación de riesgo a niveles similares a los registrados en las grandes economías europeas y en Estados Unidos. En general, las condiciones de crecimiento económico sostenido en los últimos años y un crecimiento diferencial de la economía andaluza respecto a la media nacional, constituyen un entorno muy favorable para el desarrollo de las variables laborales regionales y para la paulatina reducción de los diferenciales negativos que todavía presenta la economía andaluza.

En lo que respecta a la evolución de la oferta de trabajo en Andalucía el número total de personas laboralmente activas se situó en el tercer trimestre de 2004 en Andalucía en un total de 3.248.200 personas, lo que supone un aumento de 29.100 personas respecto al trimestre anterior y de 66.800 respecto al mismo trimestre del año 2003. Este incremento es aún mayor del que se produjo en el segundo trimestre de 2004, por lo que el crecimiento de la oferta de trabajo en Andalucía es sostenido en los últimos trimestres. El incremento de población activa en este trimestre se distribuyó en 25.000 hombres y 3.500 mujeres.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a diciembre de 2004.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL
TERCER TRIMESTRE 2004

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA ^(*)	VB ^(*)	Dato	VA ^(*)	VB ^(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	3 ^{er} Trim. 04	19.271,7	+0,7	+1,8	3.248,2	+0,9	+2,1
Tasa de actividad	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 04	55,98	+0,5	+1,2	53,75	+0,7	+1,4
Hombres	67,97	+0,6	+0,3	68,00	+0,7	+1,4
Mujeres	44,66	+0,4	+2,6	40,26	+0,1	+1,8
16-19 años	27,50	+14,6	+4,8	30,37	+13,5	+6,1
20-24 años	65,10	+2,9	+1,3	64,80	+4,9	+4,2
25-54 años	79,57	-0,9	+0,1	74,37	-0,2	+0,7
Más de 55 años	22,87	+27,9	+30,1	15,90	-0,7	+1,3
Ocupados	Miles	3 ^{er} Trim. 04	17.240,4	+1,1	+2,5	2.686,6	+1,0	+3,9
Agricultura	895,4	-1,4	-1,7	210,1	-14,4	-2,6
Industria	3.104,5	+0,4	-1,3	288,6	-2,3	-2,5
Construcción	2.072,2	+0,6	+4,2	401,5	+3,0	+6,0
Servicios	11.168,3	+1,6	+3,7	1.786,4	+3,4	+5,3
Asalariados del sector público	..	3 ^{er} Trim. 04	2.843,7	+2,5	+3,7
Asalariados temporales	..	3 ^{er} Trim. 04	4.392,6	+4,4	+4,1
Parados encuestados	..	3 ^{er} Trim. 04	2.031,3	-2,8	-3,9	561,6	+0,3	-5,6
Hombres	894,1	-0,4	-2,4	258,1	-1,7	-1,7
Mujeres	1.137,2	-4,7	-5,1	303,5	-2,5	-8,7
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 04	10,54	-3,4	-5,6	17,29	-0,6	-7,5
Hombres	7,87	-1,2	-3,2	12,92	+2,5	-3,4
Mujeres	14,38	-5,1	-8,1	24,29	-2,8	-11,0
16-19 años	28,46	-8,6	-7,3	33,18	-9,2	-8,4
20-24 años	20,24	-3,8	-3,4	26,24	-0,3	-4,9
25-54 años	9,41	-3,8	-5,4	15,78	+0,0	-7,4
Más de 55 años	6,91	-2,4	-5,2	12,70	-7,4	-13,3
Parados de larga duración	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 04	34,56	-4,6	-6,4	31,43	-7,8	-11,4
Parados registrados	Miles	3 ^{er} Trim. 04	1.600,7	-3,5	+1,1	344,7	-1,5	-1,3
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 04	75,69	+3,1	+2,9
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	3 ^{er} Trim. 04	490,80	+6,6	+8,8	490,80	+6,6	+8,8
Coste laboral por trabajador	€/mes	3 ^{er} Trim. 04	1.990,59	-3,1	+2,5	1.850,95	-0,4	+3,4
Industria	2.300,94	-1,7	+3,2	2.096,58	+3,1	+2,3
Construcción	1.951,86	-5,0	+5,5	2.005,74	-0,2	+10,3
Servicios	1.901,48	-3,1	+1,9	1.755,39	+8,0	+0,6
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	3 ^{er} Trim. 04	129,4	-8,5	+0,2	133,0	-5,7	+0,6
Accidentes mortales de trabajo	Total	3 ^{er} Trim. 04	338	-22,1	-15,5
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	3 ^{er} Trim. 04	1.032	+15,8	-1,9	83	-43,2	+3,8
Trabajadores Extinción de empleo	7.215	-18,0	-23,7	250	-42,9	-63,2
Suspensión de empleo	5.061	-9,0	-16,2	237	-1,7	+117,4
Reducción de jornada	222	+94,0	-70,1	0
	+0,0	-100,0						
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	2 ^o Trim. 04	301	+38,6	-8,0
Participantes	Miles	..	314,9	+514,3	-48,2	0,2	+100,0	-88,2
Jornadas no trabajadas	780,8	+560,4	-71,9	0,3	+200,0	-98,4
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 04	2,6	2,7	2,5
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	3 ^{er} Trim. 04	-11,3	-9,5	-5,2
Inflación	Porcentaje	4 ^o Trim. 04	3,4	3,3	2,7	3,3	3,3	2,7
Déficit público (operaciones no financieras)	Millardos €	3 ^{er} Trim. 04	4,2	-4,4	-0,5
Tipo de interés (Euribor 12 meses)	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 04	2,3	2,3	2,2

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

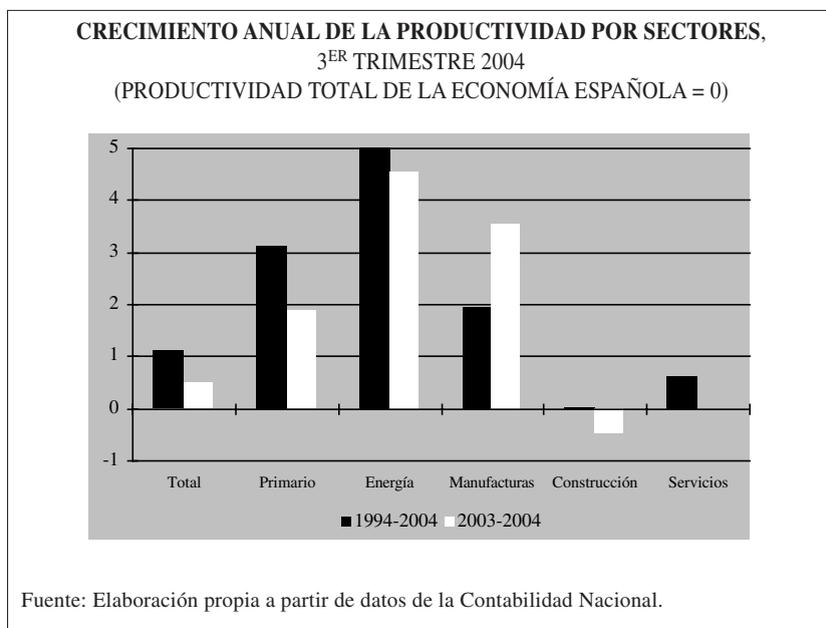


1. LA COYUNTURA ECONÓMICA

La economía española mantiene el ritmo de crecimiento. Ni lo eleva ni lo reduce. A diferencia de la cadencia ascendente que se registra en la mayor parte de la Unión Europea, tanto en los nuevos como en los viejos estados miembros, la economía española no oscila en su velocidad de crecimiento. En la banda de entre el dos y el tres por ciento lleva ya anclados tres años y medio, catorce trimestres consecutivos. En el tercer trimestre de 2004, las perspectivas de mejora las frustró el sector exterior. La demanda interna no sólo continuó siendo la locomotora de la economía española sino que mejoró su crecimiento. Pasó de crecer del 4,2 al 4,6 por ciento. El consumo de los hogares mantiene un ritmo de aumento notable del 3,4 por ciento, pero resulta preocupante el continuo aumento del endeudamiento de las familias, lo que eleva su sensibilidad frente a un posible incremento de los tipos de interés. Según el Banco de España, el endeudamiento de los hogares alcanza ya el noventa y cinco por ciento de su renta bruta disponible anual, lo que supone en sí mismo una situación de riesgo a niveles similares a los registrados en las grandes economías europeas y en Estados Unidos.

La subida del precio del petróleo, aunque no en exclusiva, empeora de manera sustancial el sector exterior de la economía española. El aumento interanual del valor de las importaciones de bienes se disparó hasta el 11,1 por ciento, unas cifras que no se alcanzaban desde los últimos tramos del último milenio. Las importaciones de servicios, aunque también crecieron, lo hicieron a un ritmo mucho más moderado. En la misma tendencia ascendente se encuentran las exportaciones, lo que modera las negras perspectivas que sobre las exportaciones se preveían tras el ingreso de los nuevos miembros en la Unión Europea. Pero la elevación de las exportaciones es mucho menos acelerada: del 5,8 por ciento en lo que se refiere a los bienes y en cifras negativas para la exportación de servicios.

Sin embargo, la alteración de los precios del crudo no han tenido un efecto tan ralentizador en las economías de otros países de la Unión Europea. El crecimiento en la zona euro se elevó durante el último año desde el 0,8 al 1,8 por ciento del tercer trimestre de 2004. En Francia la elevación del ritmo de crecimiento fue de seis décimas porcentuales, de 1,3 puntos en Alemania y de dos puntos en los Países Bajos. El efecto parece ser una circunstancia exclusiva de España, que no puede explicarse en exclusiva como efecto de la fuerte dependencia exterior en materia de energía sino que atribuye este comportamiento a un crecimiento de la renta de las familias que se muestra, como históricamente, tendente a aumentar a mayor velocidad su demanda de exportaciones.

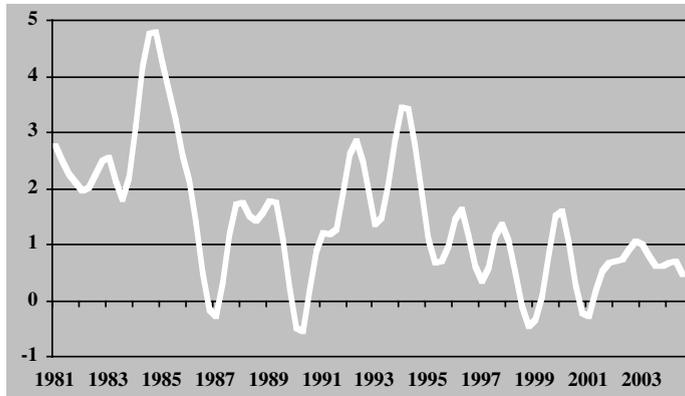


El crecimiento del empleo registrado en las Cuentas Nacionales se sitúa en un dos por ciento, la misma cifra de los últimos cinco trimestres. En conjunto, este crecimiento de la ocupación coloca el aumento de la productividad en un pobre 0,5 por ciento. El sector servicios no crece nada, aunque en el pasado sus incrementos de la productividad durante la pasada década no superaron el 0,6 por ciento. Más favorable es el fuerte y reciente fortalecimiento de la productividad en el sector manufacturero, que es por naturaleza el que está sometido con más fuerza a las presiones internacionales. Aunque el aumento de la productividad aparente del trabajo en el sector industrial manufacturero siempre se había situado por encima de la media a lo largo de la última década, durante el último año se ha disparado hasta el 3,5 por ciento. De hecho es el único sector que ha visto elevarse su productividad en un contexto de franco declive en los dos últimos años, siguiendo una pauta histórica de grandes y graves oscilaciones.

En el campo propio del mercado de trabajo, los datos de la Encuesta de Población Activa, si bien reflejan resultados positivos en materia de creación de empleo y reducción del desempleo, no permiten mayor optimismo en lo que se refiere a la temporalidad. En el tercer trimestre de 2004 la ocupación creció en ciento noventa mil personas, lo que supone un aumento del empleo bastante superior al registrado en el mismo trimestre del año 2003 (treinta y nueve mil) y en el año 2002 (setenta y dos mil). Estas cifras llevan a un crecimiento interanual de la ocupación del 2,5 por ciento o, lo que

es lo mismo, de cuatrocientos veintitrés mil empleos netos. Las mujeres acaparan el cincuenta y tres por ciento del empleo creado durante el pasado trimestre. En la agricultura y los servicios se registra a lo largo del año una destrucción neta de empleo del 1,7 y el 1,4 por ciento, respectivamente.

VARIACIÓN ANUAL DE LA PRODUCTIVIDAD LABORAL, 1981-2004

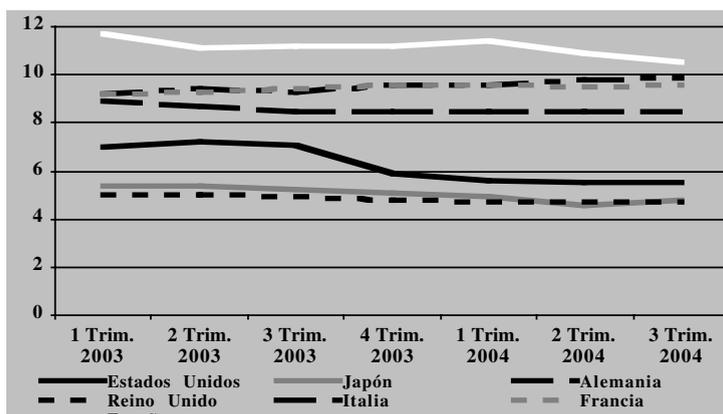


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Contabilidad Nacional.

El desempleo descendió durante el tercer trimestre de 2004 en sesenta y una mil personas, tomando una dirección opuesta a la del año anterior en el mismo trimestre, donde el paro aumentaba en casi treinta mil personas en el peor registro de los últimos seis años. En los últimos doce meses, el número de desempleados ha disminuido en ochenta y tres mil personas. Habría que remontarse al año 2000 para encontrar un descenso del desempleo en el tercer trimestre del año, que por naturaleza estructural recoge los despidos del sector turístico de la temporada veraniega. Casi la totalidad del descenso del paro es fruto de la reducción de esta condición entre las mujeres. Por otra parte, se registra un significativo descenso del número de hogares donde todos los miembros se encuentran en situación de desempleo: un 3,4 por ciento menos que el trimestre anterior.

Con estas evoluciones, el porcentaje de desempleados con respecto a la población activa disminuye hasta el 10,4 por ciento, reducción que si bien recupera la senda de franco declive registrada a lo largo del segundo lustro de los años noventa, es insuficiente para conseguir que España deje de ser el país con la mayor tasa de paro de la Unión Europea antigua y el tercero una vez se han incorporado los nuevos miembros.

EVOLUCIÓN DEL DESEMPLEO EN PAÍSES DESARROLLADOS, 2003-2004



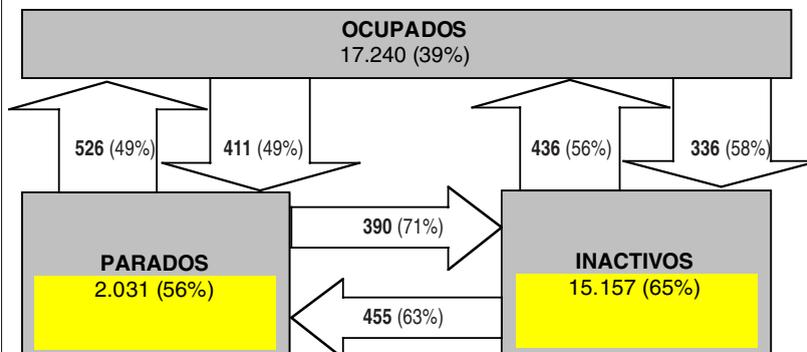
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Durante el tercer trimestre de 2004 se elevó ligeramente la rotación en el mercado de trabajo español. Casi el seis por ciento del total de ocupados no tenía tal condición laboral en el trimestre anterior. El cincuenta y siete por ciento de los parados se estancaron en situación de desempleo, mientras

MOVIMIENTOS EN EL MERCADO DE TRABAJO,

3^{ER} TRIMESTRE 2003

(EN MILES DE PERSONAS, PORCENTAJE DE MUJERES ENTRE PARÉNTESIS)

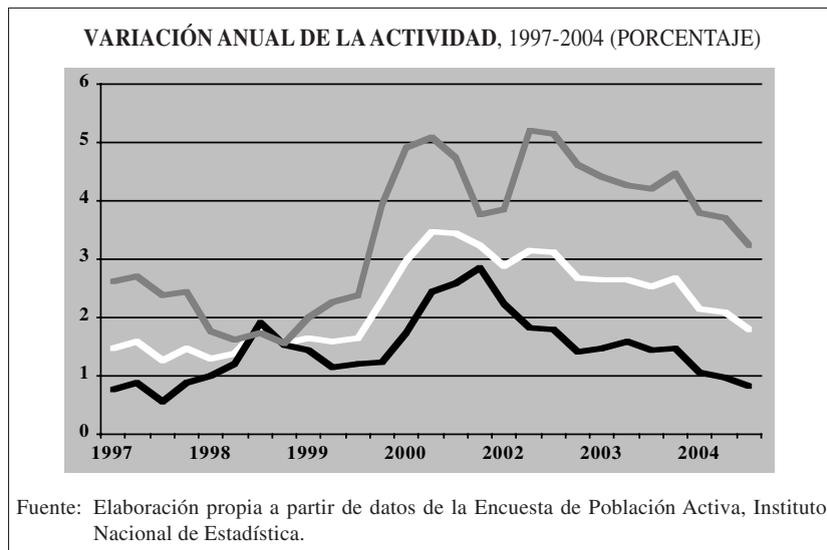


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

que un quinto fueron a parar al segmento de la ocupación y otra cantidad similar a la inactividad. Y, pese a que los inactivos, son el sector población con más tendencia a la inestabilidad, durante el pasado trimestre registró un movimiento en sus filas del cinco por ciento. El 2,6 por ciento de quienes eran inactivos el trimestre pasado pasaron a las filas del desempleo y el 2,2 se incorporaron directamente a un empleo sin pasos previos. Siguiendo la tendencia histórica, la rotación entre diferentes campos del mercado de trabajo fue mucho más intensa para las mujeres. Casi un ocho por ciento de las mujeres ocupadas, una minoría relativa, no tenían esa condición laboral durante el trimestre anterior. Éstas incrementaron su participación entre los inactivos mientras que la redujeron en el colectivo de desempleados.

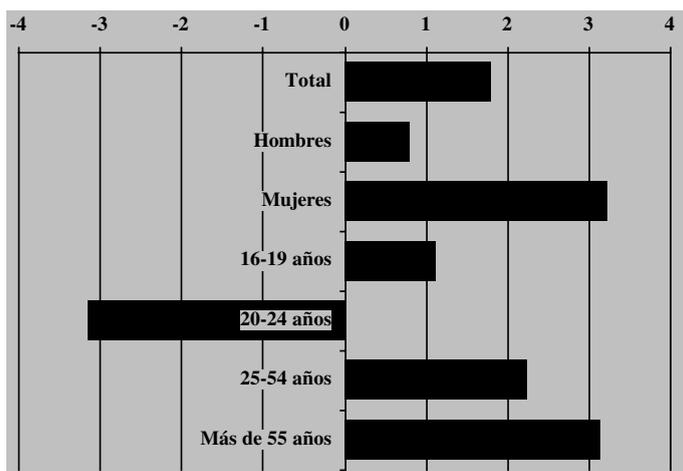
2. LA OFERTA DE TRABAJO

El número de individuos en el mercado de trabajo español se elevó en un 1,8 por ciento durante el último año. La incorporación de nuevos individuos al mercado de trabajo ha ido reduciéndose de manera paulatina desde 2002, cuando la llegada de inmigrantes alcanzó sus cotas máximas. La disminución de los nuevos entrantes al mercado de trabajo se ha producido por igual para hombres y para mujeres. No obstante, la gran mayoría de los nuevos activos proceden de las filas femeninas. En 2001, existía un reparto casi a partes iguales entre hombres y mujeres entre las nuevas incorporaciones al mercado de trabajo. Esta tendencia se ha ido abriendo hasta el punto de que casi las tres cuartas partes de los nuevos entrantes fueron mujeres durante el último trimestre.



El crecimiento de la población se produce a pesar de una notable reducción de la fuerza laboral en sus edades más tempranas. La reducción anual del número de activos menores de quince años se mantiene a una velocidad de cruce del diez por ciento. De tres millones de activos menores de veinticinco años que existían en 1990, en la actualidad apenas llegan a los dos millones los jóvenes en esa edad que se han incorporado al mercado de trabajo. Por el contrario, se eleva la participación laboral a edades más adultas. En la actualidad trabajan trescientas mil personas más con edades superiores a los cincuenta y cinco años que las que lo hacían en 2000. El crecimiento medio anual de los activos mayores de cincuenta años se acerca al veinte por ciento.

**VARIACIÓN INTERANUAL DE LA ACTIVIDAD POR SECTORES,
3ER TRIMESTRE 2004 (PORCENTAJE)**

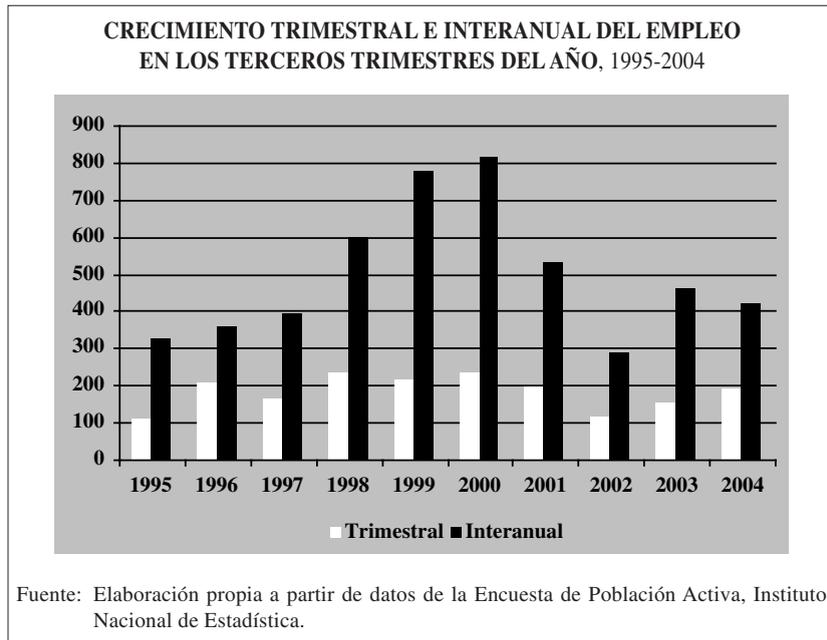


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

La ocupación creció en términos interanuales en un 2,5 por ciento. Más de cuatrocientos mil empleos netos se crearon a lo largo del último año, de los cuales casi la mitad fueron el resultado del estirón del empleo durante el último trimestre. Esta circunstancia reactiva una creación de empleo que llevaba varios trimestres de capa caída hasta el punto que casi consigue que no se caiga la creación de empleo con respecto al año anterior. Para encontrar un tercer trimestre con la brillantez en el empleo del de 2004 habría que remontarse hasta 2001. El ritmo de generación de empleo parece recu-

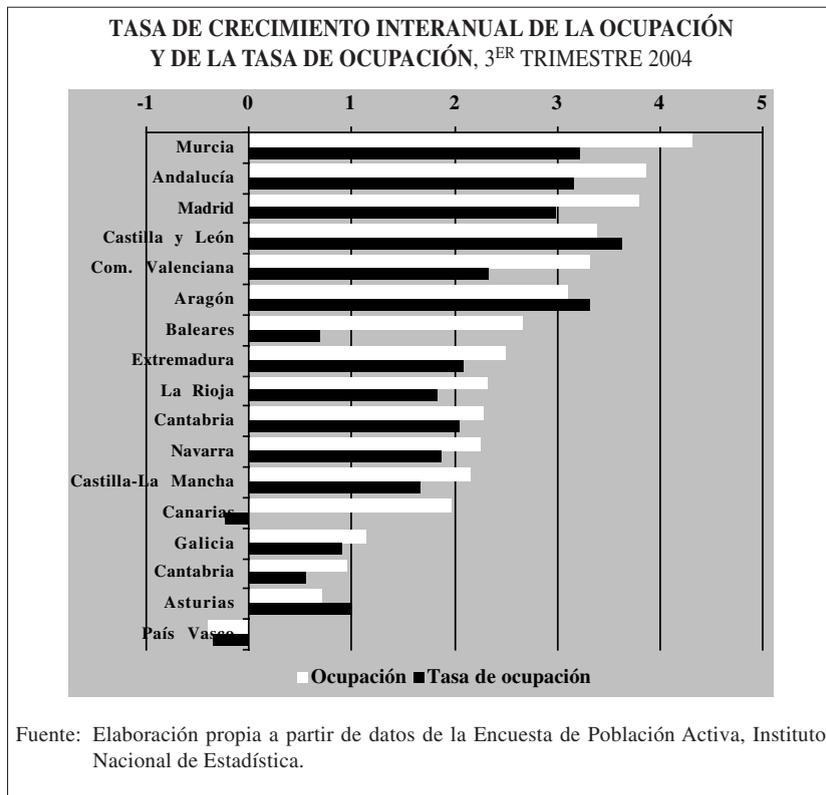
perar vuelo, pero a niveles mucho más moderados que los registrados en los últimos años del pasado siglo.



La ocupación crece en un 2,5 por ciento en términos interanuales hasta superar el guarismo de los diecisiete millones de personas con un empleo. Aunque se registran crecimientos para ambos sexos, la cifra de crecimiento para las mujeres casi duplica la media. Trescientos mil empleos netos se crearon para las mujeres en el último año. Por sectores de actividad, el mayor crecimiento en el empleo se da en la construcción, que no afloja su ritmo. Supera el cuatro por ciento su tasa de creación de empleo. Pero, en términos absolutos, es el sector servicios el que acumula las tres cuartas partes del aumento del empleo hasta un crecimiento interanual del 3,7 por ciento. Por el contrario, la agricultura, en su senda habitual registra un descenso en la cantidad de ocupados. Más extraño es el caso de la industria, que ha perdido más de cuarenta mil empleos a lo largo del año, aunque aún supera los tres millones de ocupados con holgura. Entre 1996 y 2003 se crearon casi setecientos mil nuevos empleos en el sector industrial, lo cual era una rectificación a quienes hablaban de la paulatina desertización industrial de España. Desde entonces los guarismos de variación el empleo en la industria han entrado en números rojos cada vez más acuciantes.

Frente al avance en la cantidad de empleo, la calidad del mismo sufre un retroceso. Durante el último trimestre la tasa de temporalidad se elevó

hasta el 31,2 por ciento, casi un punto porcentual por encima de lo que se registró en el segundo trimestre del año anterior. En un solo trimestre, por tanto, se ha barrido de un plumazo lo que costó dos años de lento avance. Para observar cifras parecidas de temporalidad es necesario remontarse hasta principios de 2002. Y esta tendencia se produce a pesar de que no se había apreciado hasta la fecha una mayor incidencia de la temporalidad en este periodo concreto del año. Durante los tres años anteriores, la evolución de la tasa de temporalidad en el tercer trimestre había sido ligeramente positiva, pero no mayor de dos décimas porcentuales.



La Comunidad Autónoma Vasca es la única que registra una disminución neta en el total de ocupados. Pero su pérdida es mínima: de apenas tres mil ocupados o el 0,4 por ciento del empleo total. Además, Canarias, con un crecimiento del empleo, retrocede varias décimas en su tasa de ocupación. El resto son números negros, con particular intensidad en el sur y en la costa mediterránea. Murcia y Andalucía lideran el crecimiento en el em-

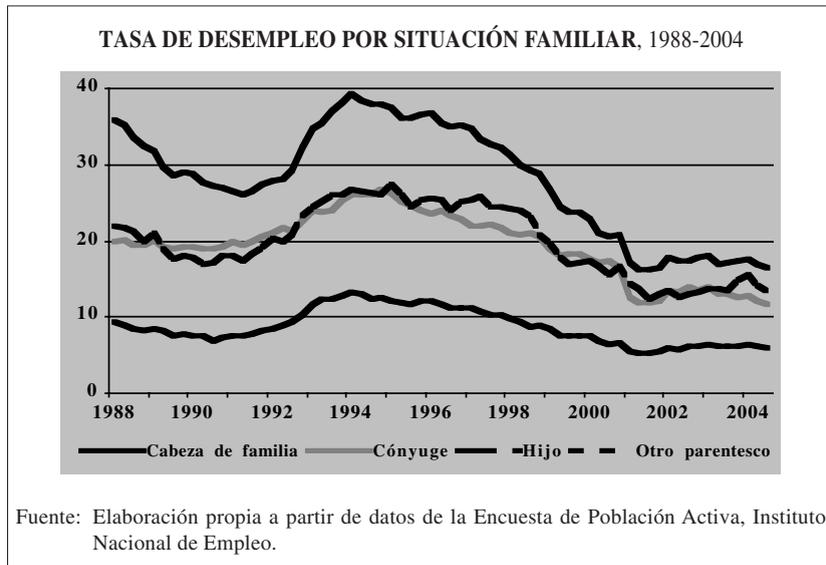
pleo, con Madrid, Castilla y León, la Comunidad Valenciana y Aragón inmediatamente detrás con niveles de crecimiento por encima del tres por ciento. Gran heterogeneidad, por tanto, entre las comunidades autónomas que vienen creando más empleo, tanto por ubicación como por políticas públicas o sentido de sus gobiernos autonómicos. Por el contrario, la cornisa cantábrica, de este a oeste, es el territorio que, con diferencia, tiene mayor capacidad de generación de empleo.

4. DESEMPLEO

El descenso en sesenta mil personas del desempleo durante el tercer trimestre de 2004 lleva la cifra de disminución del paro a lo largo del año hasta los ochenta y tres mil individuos. El descenso del desempleo es casi específico de las mujeres de mediana edad. El noventa por ciento de la caída del desempleo se concentra entre las mujeres de entre veinticinco y cincuenta y cuatro años. La reducción interanual del paro entre este colectivo es del seis por ciento. Aumenta el desempleo entre los más jóvenes, y ello a pesar de una radical disminución de la actividad total para ellos. Por el contrario, disminuye en un escaso 2,4 por ciento el desempleo.

Por sectores de actividad, la mayor disminución del desempleo se produce entre quienes buscan su primer empleo. El número de parados en estas circunstancias se ha reducido en un once por ciento hasta una cifra global de trescientas mil personas. Y ello a pesar de que durante el tercer trimestre un gran contingente de nuevos incorporados elevó de manera significativa el número total de desempleados sin experiencia previa. El sector de los servicios, en concordancia con su importancia económica y con su continuada expansión, es el que acumula el ochenta por ciento de la reducción del empleo por ramas de actividad en el tercer trimestre. Aun con ello, los desempleados con experiencia previa en el sector servicios constituyen el sesenta por ciento del total de desempleados que, por diversas circunstancias, han salido del mercado de trabajo después de haber participado en el mismo.

La tasa de desempleo se reduce, en conjunto, hasta el 10,54 por ciento. La reducción del paro es más intensa entre aquellos que no son cabezas de familia en el hogar. De esta circunstancia se deduce que el crecimiento del empleo y su pertinente plasmación entre el colectivo de desempleados tiende a afectar con mayor intensidad a lo que se denomina como el mercado secundario o el colectivo de reserva. Aunque, en todo caso, la evolución de la tasa de desempleo a lo largo de los cuatro últimos años en términos de relaciones intra-familiares muestra un patrón de atonía, con una repetición ilimitada de las tasas de desempleo.



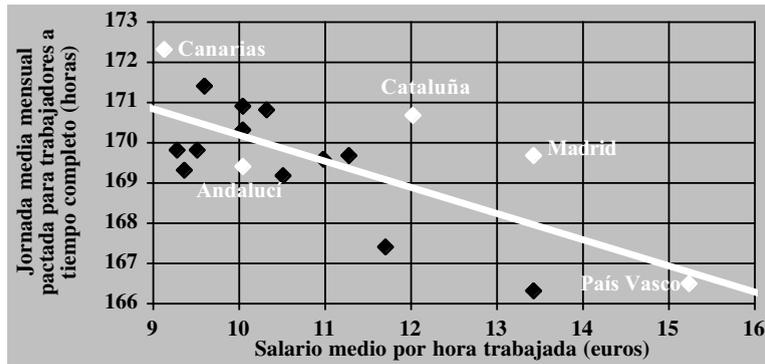
5. CONDICIONES DE TRABAJO

El salario medio bruto mensual alcanzó los 1461 euros durante el tercer trimestre de 2004. Esta media incluye la parte alícuota de las pagas extraordinarias y otros pagos no contemplados en el contrato, tales como las horas extraordinarias. En conjunto, la cifra supone un crecimiento del 2,2 por ciento con respecto al mismo periodo del año anterior. Se ralentiza, por tanto, de modo notable el ritmo de crecimiento de los salarios al mismo tiempo en que se acelera la inflación como producto del crecimiento de los precios del crudo. Es decir, el poder adquisitivo de los asalariados se reduce. Es la típica reacción retrasada en el tiempo de los salarios ante *shocks* repentinos en la demanda.

Para obtener ese salario los trabajadores tuvieron una jornada mensual media pactada de ciento cincuenta y ocho horas. Cuatro menos en el sector servicios, ocho para el sector de la industria y diez más para quienes se emplean en el sector servicios. Sin embargo, estas fuertes diferencias en la jornada de trabajo son la responsabilidad exclusiva de la aversión de la construcción y la industria al trabajo a tiempo parcial. Las distancias se anulan en la práctica para los trabajadores a tiempo completo, donde todos se asimilaran alrededor de las ciento setenta horas mensuales. Las jornadas laborales más extensas se encuentran en Canarias y toda la costa mediterránea, desde Cataluña hasta Murcia. Por el contrario, disfrutaban de actividades laborales más reducidas los trabajadores de la cornisa cantábrica, desde Asturias hasta Navarra. Lo paradójico es que jornadas laborales más pro-

longadas se contraponen, en el nivel territorial, con salarios medios por hora trabajada más bajos.

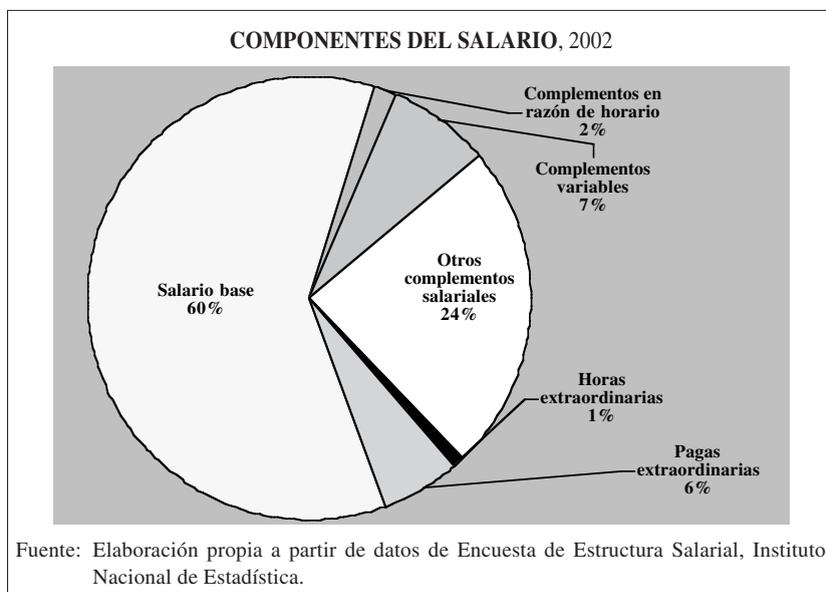
SALARIO MEDIO POR HORA TRABAJADA Y HORAS MENSUALES MEDIAS TRABAJADAS POR COMUNIDAD AUTÓNOMA, 3^{ER} TRIMESTRE 2004



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral.

El salario base es el principal componente de los ingresos de los trabajadores. En promedio, por ese concepto se obtiene el sesenta por ciento de las retribuciones totales. Los complementos salariales alcanzan el treinta y tres por ciento del salario total. De éstos, la gran mayoría son derivados de complementos no relacionados con el funcionamiento ni de la empresa ni del trabajador. Los pagos extraordinarios, ya sean en razón de actividades fuera del horario laboral o por otras circunstancias, representan el siete por ciento restante de los ingresos de los trabajadores.

Los hombres son quienes en sus ingresos se ven más sometidos a los componentes no propios del salario base. Mientras que por ese concepto las mujeres ingresan el sesenta y cinco por ciento de sus ingresos totales, en el caso de los hombres la razón de su salario base con respecto al salario bruto apenas alcanza el cincuenta y siete por ciento. El sector de actividad en el que el salario base representa una cantidad menor de las retribuciones totales de los asalariados es la minería. Apenas un tercio de sus ingresos son consecuencia de lo estipulado en el contrato como salario base. Otros sectores con una pequeña relación entre salario base e ingresos salariales totales son las actividades de saneamiento público, el sector de los seguros, el transporte y la informática. Por el contrario, en sectores tan diversos como la industria del cuero, las telecomunicaciones, la energía y la hostelería, el salario base representa tres cuartas partes de los ingresos totales de los trabajadores.

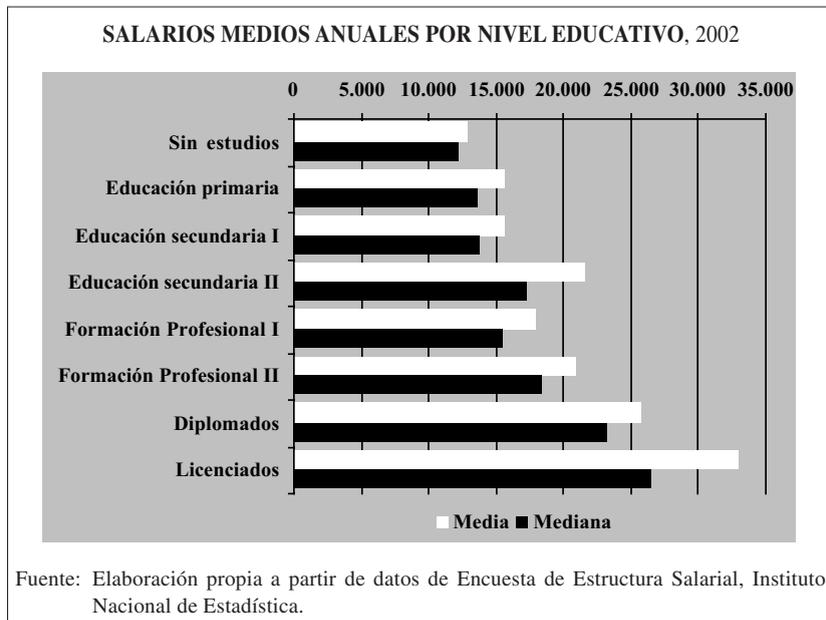


Durante la última década, el salario base ha ganado peso en los ingresos totales de los trabajadores. Pero no ha sido, a la contra de lo recomendado por la teoría neoclásica de la ciencia económica para conseguir la eficiencia productiva, a costa de los complementos, en especial aquellos ligados a la productividad. Más bien al contrario, los complementos salariales han ganado tres puntos porcentuales sobre el total de ingresos. Lo que ha perdido fue entre 1995 y 2002 han sido las ganancias extraordinarias.

Los niveles salariales están relacionados de manera positiva con el nivel educativo de los trabajadores. Mientras que los asalariados sin estudios apenas llegan a los trece mil euros mensuales de salario medio, en el caso de los licenciados su salario medio se dispara hasta casi alcanzar los treinta y cinco mil euros, es decir, el triple. No obstante, las diferencias salariales, como señala la distancia entre la media y el salario que divide la muestra en dos partes iguales, la mediana, son mucho más intensas entre los colectivos con mayores niveles educativos.

Los salarios de las mujeres son más bajos que los de sus compañeros varones para todos los tramos educativos. Pero para las mujeres, la educación supone un avance mayor en sus expectativas retributivas. Mientras que las licenciadas cobran más del triple que las mujeres sin estudios en el mercado de trabajo, la misma razón entre los varones se reduce a 2,6 veces. Por el contrario, las diferencias apenas se reducen a medida que se avanza en la escala de escolaridad con la sola excepción de aquellos que no tienen estudios. El salario de las mujeres sin estudios es un cincuenta y siete por ciento del de los hombres con el mismo desnivel educativo. Para el resto de ni-

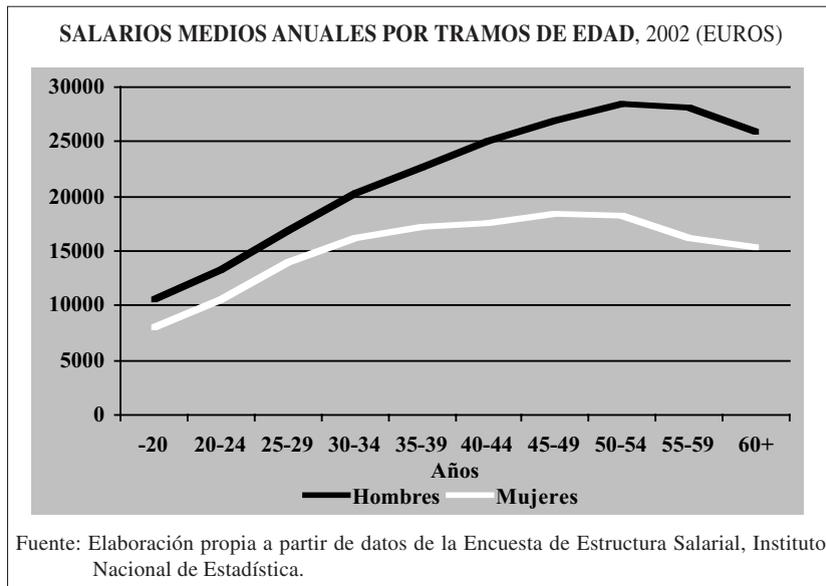
veles educativos, las diferencias salariales por géneros apenas oscilan. El salario de las mujeres es entre el sesenta y seis y el sesenta y nueve por ciento del de sus compañeros masculinos. La menor diferencia entre géneros se registra entre quienes cuentan con carreras universitarias de ciclo corto. Para los licenciados hombres el salario medio es de treinta y nueve mil euros al año mientras que para trabajadoras con el mismo nivel de estudios es de veintiséis mil euros anuales.



El salario medio es muy superior para quienes cuentan con un contrato indefinido que para quienes gozan de un contrato de duración determinada. Aunque la diferencia puede explicarse en gran parte en términos de cualificación, distribución por ramas de actividad y edad de los propietarios de cada modelo de contrato, los contratados temporales cobran casi la mitad que sus compañeros con contratos de duración indefinida: trece mil euros de los primeros frente a veintidós mil de los segundos. La diferencia entre ambos colectivos es más acusada para hombres que para mujeres y ello, a pesar de que las tasas de temporalidad por géneros son bastante similares. La distancia es de seis mil euros para las mujeres (once mil euros de las temporales por diecisiete mil de las indefinidas) y de diez mil para los hombres (quince mil por veinticinco mil euros, respectivamente).

Uno de los elementos que explica la diferencia por tipo de contrato es la edad. Los más jóvenes son más proclives a disfrutar de contratos temporales y, por causa de una formación salarial que favorece la antigüedad, a

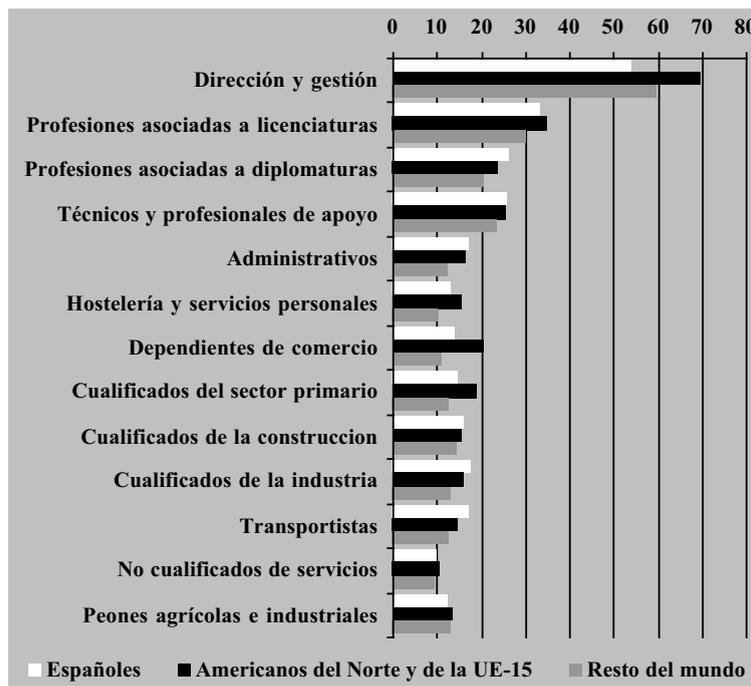
tener salarios medios más bajos. Los salarios medios crecen de manera espectacular por tramos de edad hasta alcanzar los cincuenta y cinco años y, a partir de ese momento, disminuyen ligeramente. Los menores de veinte años cobran en promedio diez mil euros, quienes cuentan entre treinta y treinta y cinco años dieciocho mil euros y quienes superan por poco la cincuenta, veinticinco mil euros al año. La evolución salarial de los hombres es bastante más puntiaguda que la de los hombres. Mientras que los hombres avanzan salarialmente de manera casi constante hasta alcanzar la cincuentena, en el caso de las mujeres el crecimiento salarial casi se estanca a partir de los treinta años. De ese modo, una brecha salarial entre hombres y mujeres que es moderada para los menores de treinta años se amplía que el sueldo de los varones casi duplica al de las mujeres.



Si la edad y el sexo son variables críticas a la hora de explicar las diferencias salariales en el mercado de trabajo español, la antigüedad en la empresa es clave en este modelo de comportamiento. Los que llevan menos de un año en la empresa cobran, en promedio menos que la mitad que quienes superan la antigüedad de los treinta años en la misma empresa: trece mil euros anuales de los primeros frente a treinta y dos mil de los segundos. Del mismo modo que ocurre con la edad, el crecimiento es casi lineal a lo largo de los distintos tramos de antigüedad en la empresa. Aunque siempre desfavorables para las mujeres en valores absolutos, las carreras laborales en la misma empresa avanzan con la misma velocidad en términos de salarios para hombres y mujeres.

Otra característica que influye en el salario es la nacionalidad. Diferentes componentes nacionales son el resultado de diferentes acomodos laborales, desde los dirigentes en sucursales españolas de empresas multinacionales hasta los inmigrantes que, cualquiera que sea su nivel de estudio, sólo encuentran una incorporación rápida en los sectores menos cualificados y peor pagados. El salario de los norteamericanos, que son los únicos junto con el resto de trabajadores de la Unión Europea a quince con salarios superiores a la media, supera en un cincuenta por ciento al de los españoles mientras que para el resto de los americanos es un tercio inferior. De entre los grandes contingentes migratorios, son los asiáticos los que reciben mejores retribuciones laborales, aunque son en promedio un cuarto inferiores a la de los asalariados españoles.

SALARIOS MEDIOS ANUALES POR NACIONALIDAD Y OCUPACIÓN, 2002
(MILES DE EUROS)



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

Pero estos diferenciales salariales no son la exclusiva responsabilidad de la distribución ocupacional de los inmigrantes. Para casi todas las categorías ocupacionales, con apenas excepciones, los salarios de los norteamericanos

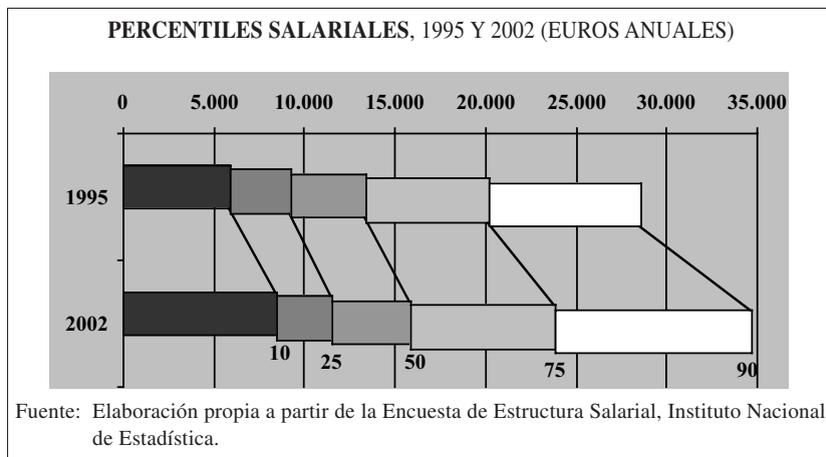
ricanos y miembros de otros estados de la vieja Unión Europea son superiores a las de los españoles. En contraste, a lo largo de la misma clasificación, los salarios de la Europa extra comunitaria, de América con la salvedad de Estados Unidos y Canadá, además de África y Asia son menores a la de sus compañeros españoles. Esta diferencia salarial es mucho menos en las categorías ocupacionales menores o que requieren menor cantidad de cualificación.

Por naturaleza del convenio colectivo, son quienes están acogidos a convenios de empresa los que están mejor retribuidos. Por el contrario, los convenios provinciales de sector son los que acogen a los trabajadores con menores niveles salariales. La diferencia entre los primeros y los segundos es de diecisiete y veintiséis mil euros, respectivamente. En niveles intermedios se sitúan los convenios de sector nacionales y los convenios de centro de trabajo. En el mismo sentido, los trabajadores del sector público están mejor retribuidos en promedio que sus compañeros del sector privado. La media retributiva en el sector público es de veinticuatro mil euros, cinco mil euros más que la renta salarial media en el sector privado.

Una circunstancia que limita la capacidad de las estadísticas salariales para permitir al observar un análisis completo de la realidad salarial es la excesiva concentración en las medias. Pero las medias retributivas tienden a estar muy influenciadas por un conjunto muy pequeño de trabajadores con grandes salarios que tiran de la media hacia arriba. En el caso de España, el salario medio en 2002, según la Encuesta de la Estructura Salarial del Instituto Nacional de Estadística, era de casi veinte mil euros anuales. Sin embargo, el salario mediano, es decir, el que divide la distribución salarial en dos mitades iguales que sitúan al cincuenta por ciento con salarios menores y al cincuenta por ciento restante con salarios superiores, era netamente inferior: de dieciséis mil euros. Aún más, el salario más frecuente es de tan sólo doce mil quinientos euros, menos de mil euros mensuales si se tienen en cuenta la cuantía de las pagas extraordinarias, es decir, un tercio menos que la media. Esta diferencia explica, en parte, la reticencia con la que los salarios medios son recibidos por buena parte de la opinión pública, que desconoce ejemplos, salvo por los medios de comunicación, del tipo de salarios que elevan la media. En términos totales, el diez por ciento de los salarios más altos acumula más del veintiséis por ciento de la masa salarial, mientras que el veinte por ciento de los trabajadores con salarios más bajos tan sólo dispone del ocho por ciento de la misma.

El salario medio no se ha elevado a la misma velocidad en todos los tramos salariales. El percentil diez, es decir, el umbral de salarios que divide el diez por ciento con ingresos más bajos del resto de la distribución salarial, ha crecido entre 1995 y 2002 en un cuarenta y tres por ciento. Para que se hubiese conservado la misma desigualdad salarial, todos los puntos deberían haber crecido al mismo ritmo y ése ha sido el caso. El percentil

diez se elevó con mucho más garbo que el noventa, que creció en total un veintiuno por ciento, Y el resto de los percentiles intermedios se ha elevado a ritmos de entre el quince y el veinte por ciento. Por lo tanto, tomado en términos de percentiles decimales, la evolución salarial ha mantenido la misma desigualdad, o equidad, visto desde la otra perspectiva, en los últimos siete años.

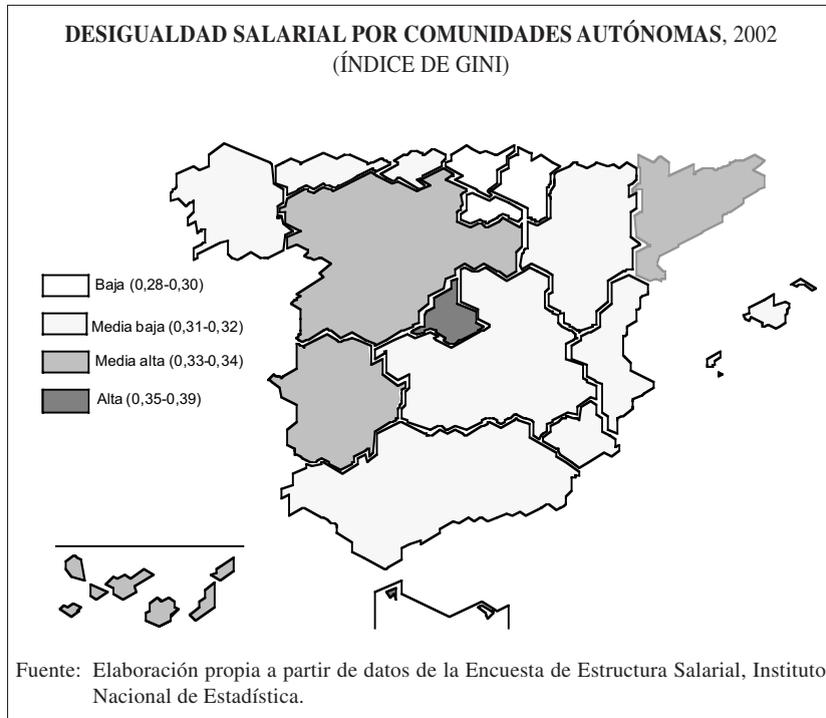


Las mujeres tienen salarios medianamente inferiores a los de los hombres. Mientras las primeras cobran en promedio dieciséis mil dólares anuales, para el caso de los hombres, el salario medio se dispara hasta los veintidós mil euros. Las mujeres son menos numerosas en todos los niveles salariales salvo en los menores de diez mil quinientos euros al año. El 28,7 por ciento de las asalariadas ganó en 2002 menos de diez mil euros, una cantidad que se reduce al ocho por ciento de los hombres. En el extremo superior, el veinte por ciento de los hombres superaron los treinta mil euros, cosa que ocurrió en poco más del nueve por ciento de las mujeres. Además, a partir de los cincuenta mil euros apenas aparecen mujeres aunque el número de hombres sigue siendo significativo. Las mayores distancias entre mujeres y hombres en cuanto a perspectivas salariales se encuentra en Aragón y Castilla y León mientras que Canarias y Extremadura registran los niveles más bajos de disparidad salarial entre géneros. La diferencia entre hombres y mujeres en salarios es mínima entre los trabajadores cualificados de la minería y la siderometalurgia y entre los trabajadores de los servicios de protección y seguridad. Por el contrario, las disparidades salariales más altas entre géneros se registran entre los operadores de maquinaria industrial y los trabajadores no cualificados del sector servicios.

El índice de Gini se un indicador que trata de medir las disparidades de una distribución siendo el valor 0 el que corresponde a la distribución per-



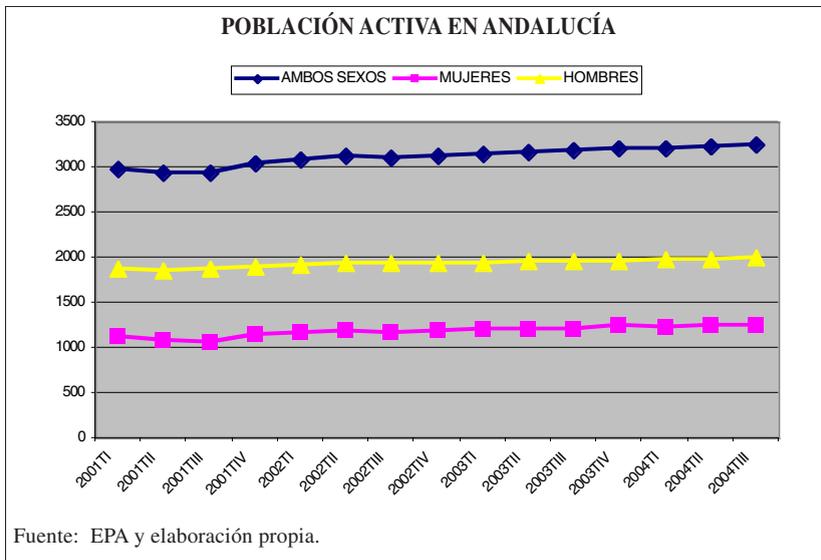
fecta y el 1 el que dibuja un panorama en el que un único individuo acumula todas las rentas. En este caso concreto, el valor cero se correspondería con un salario equitativo para todos los trabajadores y el uno con una distribución salarial en la que un trabajador cobrara salario y el resto no recibiese nada. Tomando este valor, son las comunidades autónomas del País Vasco y Navarra las más equitativas en su distribución salarial mientras que Madrid y Extremadura serían los lugares con una composición salarial más diversa.



6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

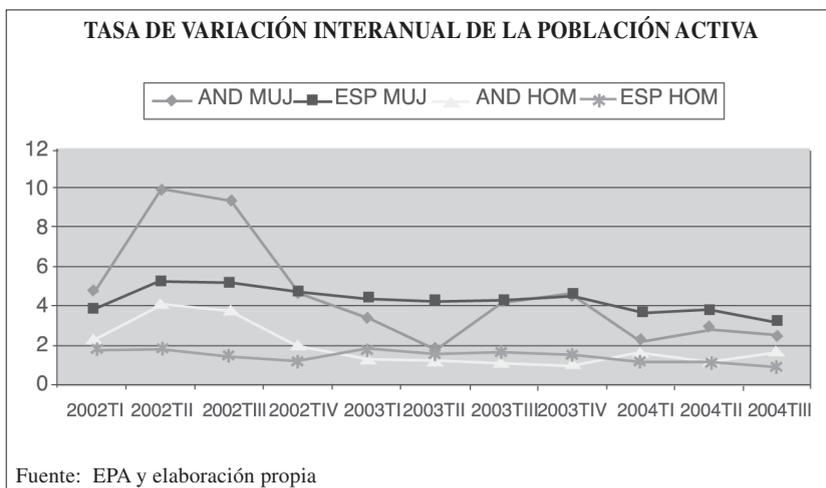
Una vez que hemos analizadas las principales características del mercado de trabajo en el conjunto nacional, vamos a centrarnos en presentar una valoración de la evolución de las principales variables laborales en Andalucía a lo largo del tercer trimestre de 2004. En general, las condiciones de crecimiento económico sostenido en los últimos años y un crecimiento diferencial de la economía andaluza respecto a la media nacional, constituyen un entorno muy favorable para el desarrollo de las variables laborales regionales y para la paulatina reducción de los diferenciales negativos que todavía presenta la economía andaluza.

En lo que respecta a la evolución de la oferta de trabajo en Andalucía el número total de personas laboralmente activas se situó en el tercer trimestre de 2004 en Andalucía en un total de 3.248.200 personas, lo que supone un aumento de 29.100 personas respecto al trimestre anterior y de 66.800 respecto al mismo trimestre del año 2003. Este incremento es aún mayor del que se produjo en el segundo trimestre de 2004, por lo que el crecimiento de la oferta de trabajo en Andalucía es sostenido en los últimos trimestres. El incremento de población activa en este trimestre se distribuyó en 25.000 hombres y 3.500 mujeres.

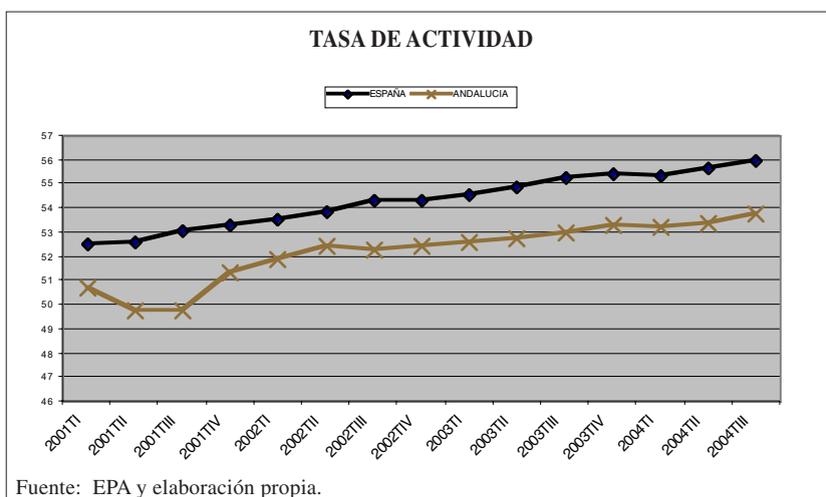


El aumento de población activa en Andalucía ha sido superior a 300.000 personas en los últimos tres años, contados a partir del tercer trimestre de 2001. El aumento sostenido y significativo de la oferta de trabajo andaluza ha sido en este periodo, especialmente relevante en el caso de las mujeres, cuya presencia en el mercado de trabajo ha aumentado en 180.000 efectivos, mientras que el aumento de la oferta de trabajo masculina ha sido de 120.000 personas. El proceso de paulatina feminización del mercado de trabajo andaluz continúa, aunque todavía hay un trecho por recorrer hasta la homogenización con las cifras europeas.

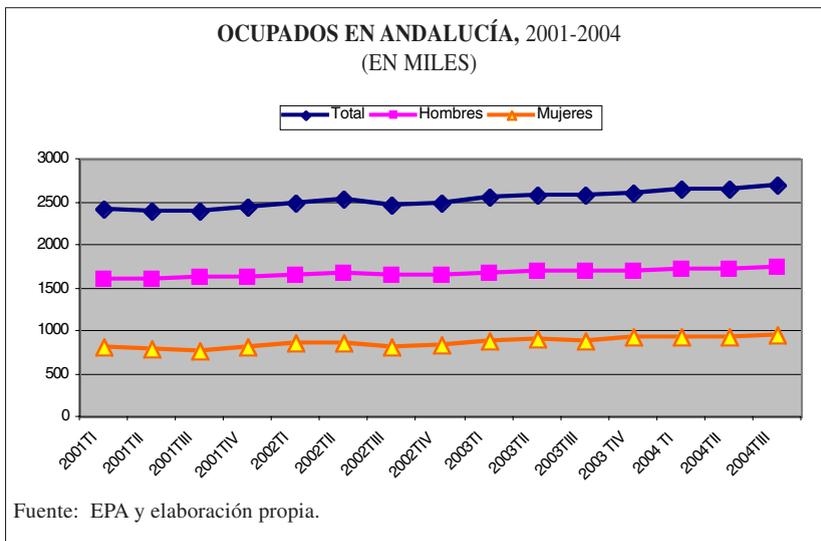
Las tasas de variación interanual de la actividad laboral muestran una cierta estabilización en los tres trimestres transcurridos de 2004. Se mantiene una evolución bastante semejante entre lo ocurrido entre trabajadores masculinos y femeninos en España y Andalucía. Sí parece observarse una cierta caída tendencial de la tasa de variación interanual femenina, mientras que por el contrario, la masculina parece estabilizarse en torno al 2%.



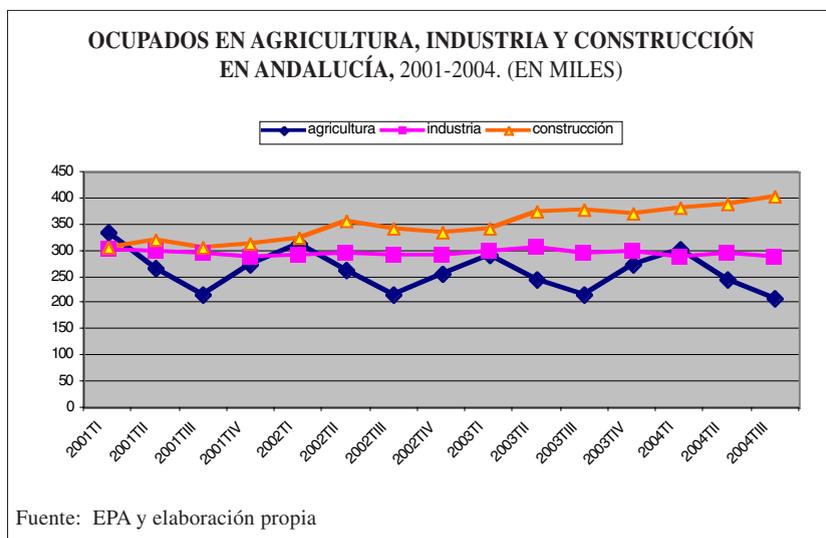
Como consecuencia de esta evolución, la tasa de actividad media en Andalucía se ha situado en 53,75%, aumentando 0,4 décimas en el trimestre considerado, y 0,75 puntos respecto al mismo trimestre de 2003. La diferencia con la tasa media de actividad nacional se ha situado en este trimestre en 2,23 puntos. Por géneros, la tasa de actividad masculina ha crecido en este tercer trimestre, situándose en el 68% (1,79 puntos menor que la tasa nacional), mientras que la femenina alcanza el 40,26%, (4,4 puntos inferior a la media nacional). La tasa de actividad andaluza crece significativamente en los últimos trimestres acercando la oferta de trabajo a los parámetros marcados en el diseño de la Estrategia Europea del Empleo, aunque todavía debe crecer más en los próximos años.



Ya se ha señalado en el análisis nacional que la ocupación en España superó ampliamente los diecisiete millones en el tercer trimestre de 2004. En Andalucía la cifra de ocupados se situó en 2,686.600, lo que significa un aumento de 27.400 personas respecto al trimestre anterior y algo más de 100.000 respecto al mismo trimestre de 2003. Esta evolución significa una importante evolución del empleo en Andalucía en este tercer trimestre situando la tasa de crecimiento interanual del empleo en el 3.87%, (1,3 puntos superior a la media española). El empleo en Andalucía ha crecido en el periodo considerado de forma más importante entre las mujeres y los trabajadores de edades comprendidas entre 40 y 54 años.

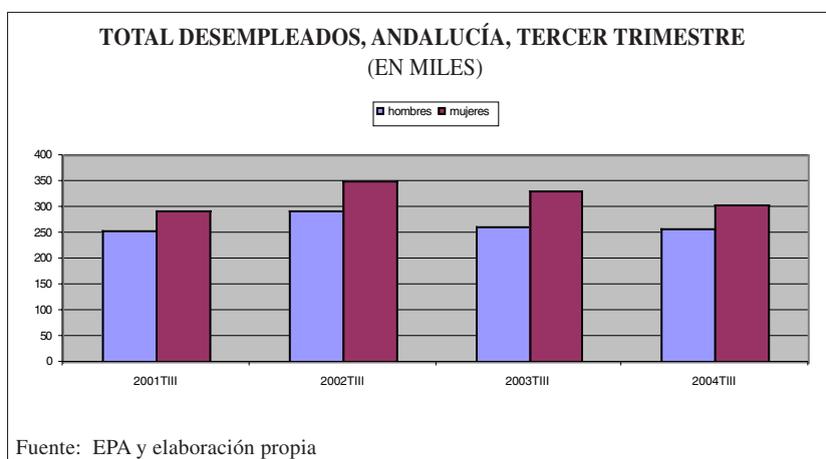


Por sectores económicos, la ocupación sigue creciendo mayoritariamente en los servicios (58.100) y algo menos en la Construcción (11.600) que continúa con su importante ritmo de crecimiento. Por el contrario, en este tercer trimestre, la ocupación ha caído en el sector industrial (-6.900) y sobre todo en el sector agrícola (-35.400). Una especial mención merece el empleo en el sector de la construcción que ha visto crecer el número de ocupados de manera significativa en los últimos años. Desde 307.700 ocupados en el tercer trimestre de 2001 hasta 401.500 personas ocupadas en el tercer trimestre de 2004. El crecimiento de casi cien mil ocupados en pocos años da idea de la evolución del dinamismo de este sector. Por el contrario, es significativa la evolución del empleo en el sector industrial en este mismo periodo, que se muestra muy estabilizado y la evolución estacional del empleo en la agricultura que manifiesta una cierta tendencia hacia la reducción.



En cuanto a la situación profesional de los ocupados, el empleo en este trimestre crece en el grupo de asalariados, el cuál alcanza la cifra de 2.174.600 personas. Un grupo más reducido, pero de vital importancia como es el de los empresarios y miembros de cooperativas, se sitúa en Andalucía en una cifra de 331.900, experimentando un aumento del 12.78% respecto al mismo trimestre del año anterior.

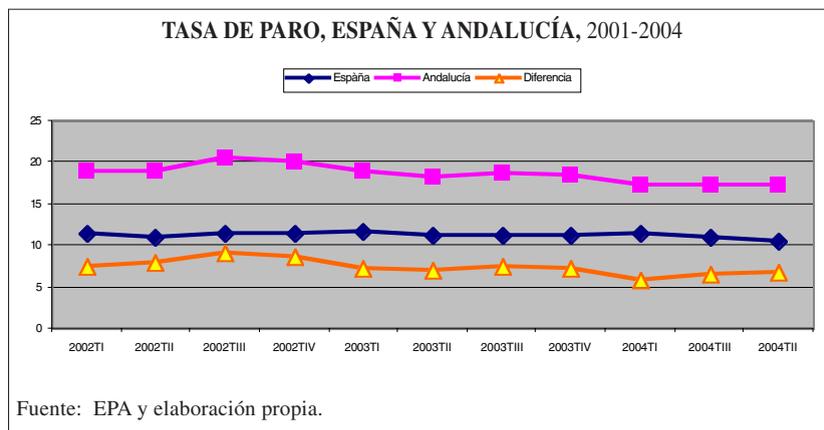
En lo referente a la evolución del desempleo, según los datos de la EPA en este tercer trimestre de 2004, el total de parados en Andalucía se ha situado en 561.600 personas, repitiendo básicamente el resultado del trimes-



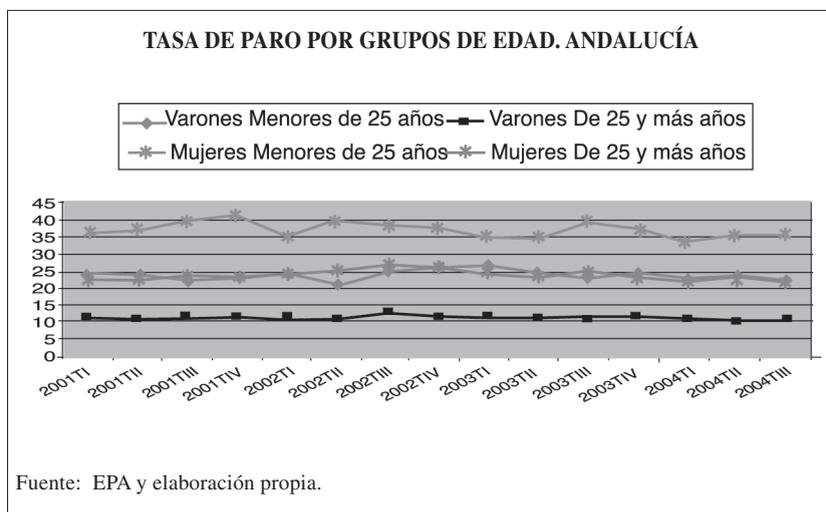
tre anterior (un ligero aumento del 0,31%), si bien respecto al mismo trimestre de 2003, el desempleo se ha reducido en un significativo (-5.60%). La reducción del total de desempleados se ha mantenido en este tercer trimestre por segundo año consecutivo, mostrando una evolución favorable de esta variable en este periodo.

La evolución del desempleo ha afectado de forma diferente a hombres y mujeres. Ha aumentado entre los hombres (9.600) de todos los tramos de edad, mientras que se redujo el desempleo femenino (-7.800), especialmente en el tramo de edad de 25 a 39 años. Según los diferentes sectores económicos, el desempleo creció de forma intensa en la agricultura.

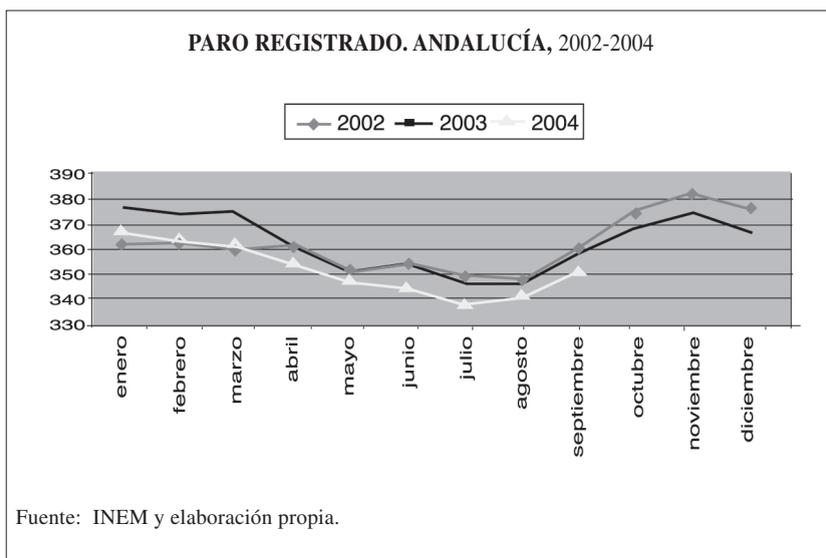
La marcha del desempleo que hemos puesto de manifiesto, deja la tasa de paro global en Andalucía en el 17,29%, lo que significa un aumento de 0,1 puntos respecto a la tasa del trimestre anterior, pero una reducción de 1.41 puntos respecto a la del mismo trimestre de 2003. La tasa de paro masculina se sitúa en el 12,92%, mientras que la tasa de paro femenina andaluza es del 24,29%. La diferencia con respecto a las mismas tasas nacionales queda en 6,51 puntos para la masculina y 11,37 puntos para la femenina. Este es el principal punto de dificultad para la convergencia de las variables laborales andaluzas respecto a la nacional.



Los distintos grupos sociales están expuestos en diverso grado a la incidencia del desempleo. Como se observa en el gráfico, las tasas de paro son más elevadas para las mujeres que para los hombres en los grupos de edad considerados. Dentro de esta diferencia, se manifiesta que la tasa de desempleo afecta de forma más relevante a los trabajadores más jóvenes, que están más afectados a su incidencia.



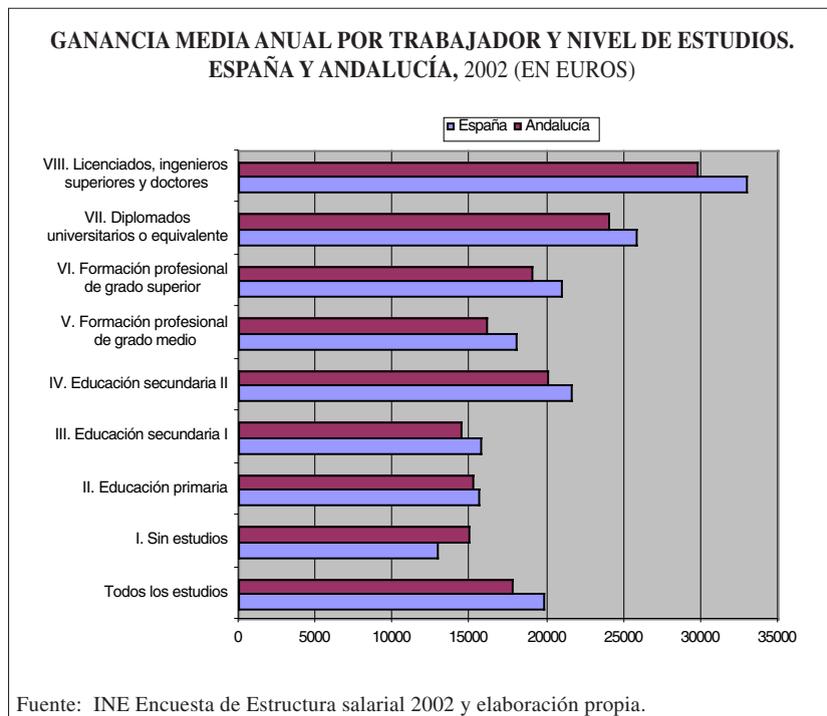
La evolución del desempleo, puesta de manifiesto por la Encuesta de Población Activa, puede ser contrastada por la información aportada por el Instituto Nacional de Empleo. Los datos disponibles muestran que se mantiene la tendencia decreciente desde principios del año 2004. Es una evolución paralela a la puesta de manifiesto en los años 2002 y 2003, aunque a unos niveles más bajos que entonces.



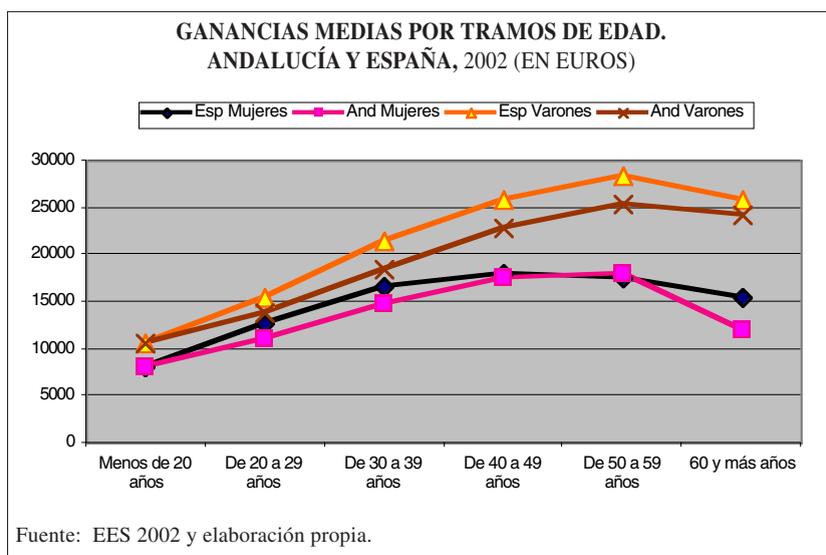
7. SALARIOS Y CONDICIONES LABORALES

De forma paralela al análisis de los salarios que se ha realizado en el epígrafe anterior dedicado básicamente a lo ocurrido a escala nacional, en este apartado vamos a centrarnos en la exposición de algunas ideas relevantes sobre los salarios en Andalucía derivadas de la información aportada por la *Encuesta de Estructura Salarial*, realizada por el INE y referida al año 2002.

En primer lugar, podemos destacar el hecho de que en términos generales, se aprecia que las ganancias medias nominales en Andalucía son más reducidos que los correspondientes a la media nacional, y este resultado se repite para distintas variables, como tendremos ocasión de señalar a continuación. Desde el punto de vista del análisis económico, los salarios tienen dos aspectos a tener en cuenta, un componente como precio de un factor y por tanto determinante de costes de producción y un segundo aspecto de renta que afecta a los ingresos de los perceptores que debe matizarse por la evolución de los niveles de precios para valorar la capacidad adquisitiva de los salarios en las respectivas áreas geográficas. La diferencia entre los niveles nacionales y autonómicos debe pues matizarse teniendo en cuenta estas consideraciones.

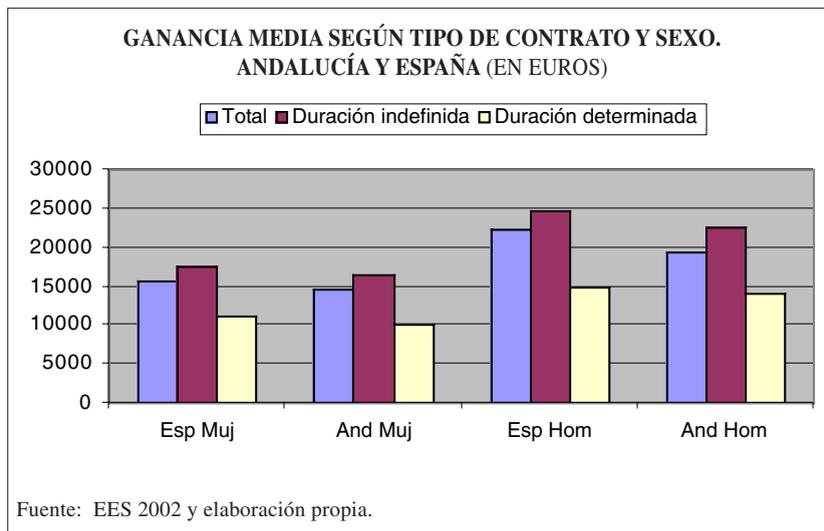


En sentido semejante a lo que ocurre en el conjunto de España, los niveles educativos se muestran significativos a la hora de explicar los niveles retributivos de los trabajadores. Como se observa en el gráfico, las ganancias medias son superiores, en general a medida que aumenta el nivel de cualificación, si bien hay diferencias entre subgrupos educativos en Enseñanza secundaria y formación profesional. Como hemos señalado, para los mismos niveles educativos, los salarios en Andalucía son más bajos que la media nacional. Esta diferencia se puede cifrar en aproximadamente un 10%, aunque hay diferencias significativas entre los diversos estratos. Sólo en el caso de los trabajadores sin estudios se da la circunstancia de que la ganancia media es superior para trabajadores andaluces en un 15%.



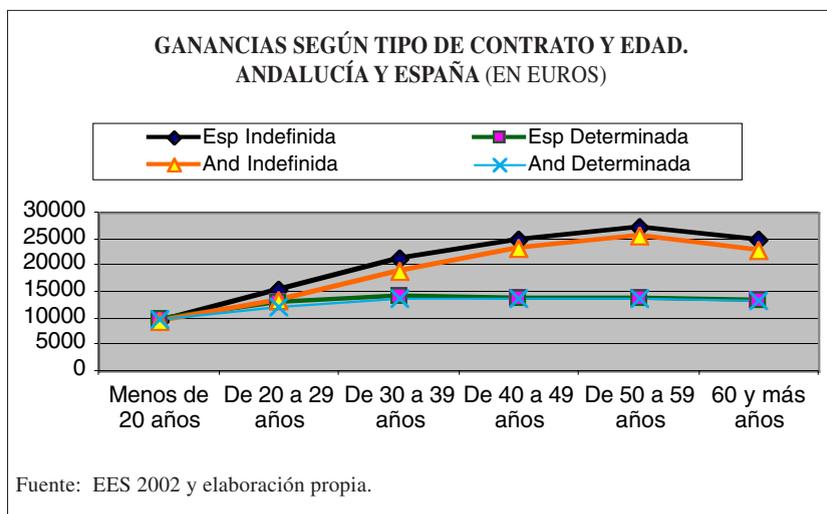
Si atendemos a los niveles de edad de los trabajadores, también encontramos el perfil de ganancias creciente que se puede esperar a priori. Sin embargo, hay diferencias significativas entre las ganancias medias de los hombres y de las mujeres, que se van agrandando a medida que aumenta el tramo de edad al que hacemos referencia. Además, podemos señalar ciertas pautas de diferencia entre trabajadores andaluces con relación a la media nacional. Mientras que para los hombres, los salarios en el ámbito español muestran diferencias significativas con los salarios andaluces en todos los tramos de edad considerados (salvo en los tramos extremos en los que la diferencia se reduce) en el caso de las trabajadoras, las pautas de evolución de los perfiles de ganancias son mucho más parecidas en ambas zonas geográficas consideradas. Los tramos de edad de entre 40 a 60 años muestran

niveles salariales prácticamente idénticos para mujeres andaluzas y la media nacional. Sin embargo, para los tramos de mujeres mayores de 60 años la caída de las ganancias medias en Andalucía es mucho más significativa. Quizás este hecho pueda explicarse porque la forma las personas que se mantienen en el mercado de trabajo son de menor nivel educativo.



Otro factor importante a la hora de explicar diferencias salariales es el tipo de contrato de los trabajadores. Como es de esperar, los contratos de duración indefinida tienen unos niveles retributivos medios más elevados respecto a los contratos de duración determinada. Sin embargo, encontramos también significativas diferencias entre hombres y mujeres y áreas geográficas. La retribución media es mayor para los que trabajan al abrigo de un contrato de duración indefinida.

Puede detallarse algo más esta diferencia si atendemos a la evolución de las ganancias medias a lo largo de distintos tramos de edad. Mientras que la esperada forma de campana aparece en los contratos de duración indefinida, los tramos de edad no parecen muy significativos a la hora de explicar la evolución de los perfiles de ganancias de los trabajadores con contrato de duración determinada. Tampoco en este caso se aprecian diferencias significativas entre lo ocurrido en Andalucía y en el conjunto nacional. Ambos hechos pueden tomarse como indicativos de la diferencia de los trabajadores expuestos a este tipo de contratos y a la tantas veces señalada dualización del mercado de trabajo español.





3

Comentarios de Jurisprudencia







PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

PREJUBILADOS EN EL CENSO PARA ELECCIONES DE ÓRGANOS REPRESENTATIVOS DE TRABAJADORES

STS de 1 de junio de 2004

MARÍA DEL JUNCO CACHERO *

SUPUESTO DE HECHO: C. entidad nacida en 1999 como consecuencia de la fusión de otras tres entidades, tiene centros de trabajo en Galicia y Madrid y una plantilla de unos 2.300 trabajadores con 10 Comités de Empresa —88 representantes elegidos— y 20 Delegados de Personal, estando constituidas las correspondientes Secciones Sindicales, FES de UGT, CSCA, FEBA de CC.OO., CIG y CSI-CSIF.

El 28 de junio de 1999 se firmó por la empresa y los Sindicatos el denominado «Pacto Laboral de la Fusión», destacándose en el mismo el apartado I, epígrafe e) punto 2 bajo el rótulo de «Prejubilaciones» en el que se establece: «Las condiciones para los prejubilados se llevarán a cabo bajo la fórmula de *suspensión* de la relación laboral y se suscribirá un convenio especial con la Seguridad Social a cargo de la Caja o mediante licencia retribuida permaneciendo en alta en el sistema» y se garantiza al prejubilado una percepción de entre el 89% y el 94%, en función de la edad y el colectivo, sobre el salario bruto del empleado.

En desarrollo de esta previsión existen en la actualidad 113 prejubilados en el ámbito de la Caja que han suscrito el correspondiente documento contractual, y en el que se pacta que «expresa e irrevocablemente, el empleado asuma el compromiso de solicitar y pasar a la situación de jubilación reglamentaria en el mismo momento en que cumpla los requisitos exigidos por la legislación vigente para la misma».

Se inicia un nuevo procedimiento electoral por los Sindicatos FES de UGT, FEBA de CC.OO., CIG y CSCA, a través de los correspondientes preavisos. Confeccionados los correspondientes censos, se ha suscitado la cuestión de si en los mismos deberían estar incluidos o no los prejubilados.

* T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



RESUMEN: D.A.C.C. en nombre y representación de la C. de A., de V., O. y P., en adelante C, mediante escrito de 14 de febrero de 2003 presentó demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Admitida a trámite la demanda, se celebró el juicio y con fecha 2 de junio de 2003 se dictó sentencia en la que se declaraba que los trabajadores prejubilados de C. no tienen la consideración de trabajadores a efectos electorales previstos en los artículos 62.1 y 63.1 del E.T. ¹.

Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de casación por la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores —FES.UGT—. Este recurso (Rec. núm. 128/2003) se desestima por sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2004 y se confirma la sentencia de instancia en cuanto estima la demanda propuesta por C. en el sentido de declarar que los trabajadores prejubilados en dicha Entidad no tienen la consideración de trabajadores a los efectos electorales previstos en los artículos 62.1 y 63.1 del E.T. ².

ÍNDICE

1. PREJUBILACIÓN: SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
 - 1.1. Suspensión del contrato de trabajo
 - 1.2. Extinción del contrato de trabajo
2. SUJETOS QUE DEBEN APARECER EN EL CENSO ELECTORAL

1. PREJUBILACIÓN: SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1.1. Suspensión del contrato de trabajo

La primera cuestión que se nos plantea, es la de conocer sí los trabajadores prejubilados tienen suspendido o bien extinguido su contrato de trabajo. Y el problema se suscita del texto del «Pacto Laboral de la Fusión»

¹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Reunificado del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E.T.

² Además y sin entrar en ello, la Sentencia que se comenta plantea que uno de entre los motivos del recurso de casación que se interpone contra la sentencia de la Audiencia Nacional, es que resulta inadecuado, a juicio de la parte recurrente, el procedimiento de conflicto colectivo planteado y, consecuentemente, incompetente la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para conocer de la reclamación planteada. Ante este planteamiento el Tribunal Supremo manifiesta que «no puede accederse a este motivo de su impugnación toda vez que la cuestión planteada en el presente conflicto colectivo, pese a poder derivarse de unos concretos procedimientos electorales, lo cierto y verdad es que tiene una dimensión y configuración distinta a



suscrito por la empresa C. y por los Sindicatos de fecha 28 de junio de 1999. En su apartado I epígrafe e) punto 2 se establece textualmente lo siguiente: «Las condiciones para las prejubilaciones se llevarán a cabo bajo la fórmula de suspensión de la relación laboral y se suscribirá un convenio especial con la Seguridad Social a cargo de la Caja o mediante licencia retribuida permaneciendo en alta en el sistema».

La literalidad de los términos utilizados por las partes intervinientes en dicho «Pacto Laboral de la Fusión» y en el concreto extremo relativo a las prejubilaciones podría conducir a la conclusión de que los trabajadores prejubilados no forman parte del personal pasivo de la empresa, sino que simplemente tienen suspendidos sus contratos de trabajo o se hallan en una situación de licencia retribuida³.

Ante ello, hay que señalar, tal como pone de manifiesto el Tribunal Supremo⁴, que en la verdadera suspensión contractual, con voluntad inicial de reanudar la relación laboral suspendida o de conservar el derecho a reanudarla y con exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo, las normas legales o convencionales o los pactos en los que válidamente pudiera establecerse, contemplan sus causas y sus efectos, en especial la conservación o no de la concreta plaza o reserva del puesto de trabajo, el derecho a la conservación del empleo y al reingreso cuando cese la causa de suspensión, los plazos y condiciones para solicitar el reingreso, los efectos del tiempo transcurrido con el contrato suspendido en cuanto antigüedad, ascensos o retribuciones, o los posibles deberes, especialmente del trabajador durante dicho período intermedio.

Nada hay al respecto de todos estos condicionantes, para que se dé la suspensión contractual, en el texto del «Pacto Laboral de la Fusión» señalado anteriormente. De lo contrario la parte recurrente lo hubiese puesto de manifiesto para poder demostrar que estamos en presencia de contratos suspendidos y no extinguidos.

Por ello, aunque en la literalidad del texto del Pacto aparezca el término «suspensión», sin embargo los cánones hermenéuticos previstos en el ar-

los mismos, ya que lo que se demanda y discute en ella es un problema que afecta a una generalidad de trabajadores, que son, en este caso, todos los prejubilados de la Entidad de Ahorro C., siendo notorio que esta pretensión si es propia de un conflicto colectivo y no puede, en cambio, reducirse a una concreta impugnación en un proceso de materia electoral para el que, en cambio, si resultaría competente el Juzgado de lo Social correspondiente y por el procedimiento ya indicado, establecido en los artículos 127 a 132 de la LPL». Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Supremo de 1 de junio de 2004.

³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2004.

⁴ Entre otras, Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2001, de 14 de diciembre de 2001.

título 1.281 y siguientes del Código Civil llevan a la Sala al convencimiento de que la verdadera intención de los contratantes, artículo 1.281 párrafo 2 del Código Civil ⁵, junto a los actos de éstos, coetáneos o posteriores, a la suscripción del «Pacto Laboral de la Fusión» de referencia, conducen a la conclusión de que lo que realmente pretendieron la Entidad C. y los Sindicatos suscriptores del mencionado «Pacto Laboral de la Fusión» fue establecer una verdadera extinción ⁶.

Que ésta fue la verdadera intención de las partes que suscribieron dicho «Pacto» lo pone de relieve la vinculación que claramente se establece entre la situación de prejubilación y la de jubilación, a la que se obliga a pasar al trabajador cuando cumpla los requisitos para acceder a la misma. en función de lo que se prevé, a mayor abundamiento, en la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social.

Para la doctrina ⁷, la prejubilación ⁸ trata «de facilitar el trámite entre el cese definitivo (prematureo) de la actividad laboral y la (futura) pensión de jubilación, mediante la concesión (a cargo de la empresa, de una entidad o fondo privado, o de una entidad o fondo público) de prestaciones económicas sustitutivas del salario por cese en la actividad laboral en conexión

⁵ Artículo 1.281 Código Civil: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas».

⁶ «Es cierto que esta Sala en alguna sentencia, concretamente en la de 18 de mayo de 1998, admitió la posibilidad de que con la prejubilación el contrato laboral quedase meramente suspendido; en ella se afirma «que la prejubilación es una suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes al amparo del artículo 45.1.a) del E.T. y que la empresa puede proceder al despido por no estar extinguida la relación laboral». Sin embargo, posteriormente y de forma reiterada, ha sentado el criterio de que la prejubilación conlleva, inevitablemente, la extinción del contrato de trabajo existente con el trabajador prejubilado». Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2002 y de 14 de diciembre de 2002.

⁷ Por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La flexibilidad de la edad de jubilación (I) y (II). *Relaciones Laborales* Tomo II/2002. Pág. 134.

⁸ «La prejubilación, en el momento actual, aun cuando ciertamente no constituya una contingencia protegida por la Seguridad Social ni, tampoco, aparezca regulada en el E.T., sin embargo, se erige en una de las modalidades de la jubilación gradual y flexible que rige ya en España, sobre todo a partir de la suscripción del Pacto de Toledo y, más específicamente, a partir de la Ley 35/2002, siendo notorio que, junto a la jubilación anticipada y a la jubilación parcial en sus diversas modalidades, constituye un instrumento en manos de las empresas para remodelar las plantillas de sus trabajadores, desprendiéndose de aquellos que por su edad avanzada y por su largo período de cotización a la Seguridad Social pueden alcanzar a través del convenio especial con la Seguridad Social y con el subsidio de desempleo para mayores de 52 años una jubilación anticipada u ordinaria para la que sirve de pórtico la prejubilación que, lógicamente, se revela como una modalidad de extinción contractual y no de simple suspensión de la relación laboral». Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2004.



con la edad, antes de haber cumplido la edad de jubilación». Observamos cómo hay términos claves en esta definición, que nos llevan a concluir que la prejubilación no es una suspensión del contrato de trabajo, sino una extinción. Ellos son, de un lado el «cese definitivo» y de otro, una prestación económica sustitutiva del salario «por cese de la actividad». Si el cese es definitivo, la prestación de trabajar no queda suspendida, queda finalizada. Si la prestación económica ya no es salario, sino otro tipo de percepción, que no tiene la consideración de tal, ya no estamos ante un vínculo contractual; estaremos ante una ruptura de la relación de trabajo. No existe prestación salarial, no existe prestación de trabajo, ambos ceses tienen el carácter de «definitivo», en consecuencia la relación laboral se extingue.

1.2. Extinción del contrato de trabajo

Hemos señalado en el párrafo anterior que tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen concibiendo la prejubilación como una modalidad de extinción del contrato de trabajo⁹. En este sentido la propia jurisprudencia establece: «La doctrina la define como el cese prematuro y definitivo en la vida laboral del trabajador de edad avanzada antes del cumplimiento de la edad normal de jubilación y mediante las correspondientes contrapartidas económicas a cargo de la empresa»¹⁰.

La posibilidad de la prejubilación se prevé no solamente a través de un expediente de regulación de empleo, que ha de ser aprobado por la autoridad laboral, sino también por el acuerdo logrado en fase de consultas previas de dicho expediente, por lo establecido en convenio colectivo o, simplemente por el acuerdo individual entre el trabajador y la empresa¹¹.

Esta extinción contractual no quiere decir que el trabajador quede apartado definitivamente del mercado laboral sino que el mismo queda abierto

⁹ LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*. Civitas. Madrid 1998. Pág. 214. «Aunque pudiera ser considerada la prejubilación como una nueva causa de extinción, la falta de un reconocimiento expreso como tal de la misma permite que dicha extinción se presente amparada en cualquiera de las formas recogidas por el E.T., siempre que éstas se adecuen al régimen jurídico de la prejubilación. En especial, cumplirán esta condición, la extinción por dimisión del trabajador, por mutuo disenso de las partes, por despido si existe causa que lo justifique o a través del expediente de regulación de empleo. La dimensión colectiva y la especial significación que la crisis empresarial adquiere en las ayudas previas o equivalentes y, por ende, en las prejubilaciones programadas, propicia que sea el expediente de regulación de empleo la fórmula que mejor se adapte a la consecución de una prestación de prejubilación como renta de sustitución y, por lo tanto, al nivel óptimo pretendido».

¹⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2001.

¹¹ A esta última forma de obtención de la prejubilación se refiere expresamente la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1993, de 28 de junio y la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2000.

a cualquier otra oferta de trabajo que pueda provenir de otra empresa o, incluso, de la misma en la que se prejubiló, pero lo cierto es que ese posible nuevo contrato laboral ya tiene su propia autonomía.

Por todo ello, en la Sentencia que se comenta, se expresa claramente que «en base al criterio doctrinal y jurisprudencial que se orienta a configurar la prejubilación como una forma de extinción del contrato de trabajo, es como ha de valorarse la prejubilación recogida en el «Pacto Laboral de Fusión» suscrito por la empresa C. y los Sindicatos en fecha 28 de junio de 1999. Así, para la Sala resulta indiscutible que, pese a los términos en que se configuró la prejubilación de 113 trabajadores de C., la misma determinó la extinción de los contratos de trabajo de quienes resultaron prejubilados.

Siendo esto así, como quedó puesto de manifiesto en el RESUMEN, los artículos que se traían a colación para determinar si los prejubilados deberían estar en el censo electoral, son el 62.1 y 63.1 del E.T. Estos dos artículos, junto con el 69.1 E.T.¹² ponen de relieve que la norma hace referencia a «trabajadores» de la empresa o centro de trabajo y, justamente es aquí, en «trabajadores» donde debemos detenernos.

A efectos del E.T. el artículo 1.1 define a aquellos como los «que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Por ello, siendo así, y al estimar que la relación de los trabajadores prejubilados ha quedado extinguida, «no cabe duda de que decae el derecho de los mismos a formar parte del censo electoral a los fines de elegir o ser elegidos para los cargos de representación colectiva en la empresa»¹³.

2. SUJETOS QUE DEBEN APARECER EN EL CENSO ELECTORAL

Terminábamos el apartado anterior con la evidencia con la que finalizaremos éste que ahora nos ocupa. Pero antes de llegar a esa conclusión

¹² Artículo 62.1 E.T.: «La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tenga menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponde a los delegados de personal. ... Los trabajadores elegirán, mediante sufragio libre, personal, secreto y directo a los delegados de personal en la cuantía siguiente: hasta treinta trabajadores, uno; de treinta y uno a cuarenta y nueve, tres».

Artículo 63.1 E.T.: «El Comité de Empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo...».

Artículo 69.1 E.T.: «Los delegados de personal y los miembros del Comité de Empresa se elegirán por todos los trabajadores mediante sufragio personal, directo, libre y secreto, que podrá emitirse por correo en la forma...».

¹³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2004.



final, debemos plantearnos qué sujetos son los que deberán constar en un censo electoral, para así, por exclusión, concluir que el resto no estará en el mismo.

El artículo 69.1 E.T. precisa que los delegados de personal y los miembros del Comité de Empresa, se elegirán por todos los trabajadores mediante sufragio personal...Pero, pese a la redacción del precepto, no van a ser «todos» los trabajadores quienes van a poder participar en la elección de sus representantes, debiendo interpretarse el apartado primero del artículo 69 E.T. conjuntamente con el apartado segundo del mismo, que establece que serán electores todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de dieciséis años y con una antigüedad en la empresa o centro de trabajo de, al menos, un mes ¹⁴.

«Todos» los trabajadores electores deberán figurar en un censo, que elaborará la Mesa Electoral ¹⁵. La cuestión es, conocer qué trabajadores de los que forman la plantilla de la empresa se deben tener en cuenta para elaborar el censo electoral.

Con aquellos que tengan dieciséis años y una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes, no hay problema, siempre y cuando se sobreentienda que éstos están en activo. El problema aparece cuando nos encontramos con supuestos en que los trabajadores asalariados se encuentran en situaciones especiales de vinculación con la empresa, sobre los que la normativa laboral, a estos efectos, no se pronuncia expresamente ¹⁶.

El E.T. no establece nada respecto de aquellos trabajadores que, manteniendo un vínculo contractual con el empresario, en el preciso momento de la celebración de elecciones, no se encuentran prestando servicios en el centro de trabajo, sino que tienen suspendido su contrato de trabajo. Al no existir criterio normativo al respecto, ha sido la jurisprudencia la que ha establecido las reglas para resolver el conflicto y así, «en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, cualquiera que fuese la causa, las sentencias entienden que los trabajadores afectados forman parte del censo electoral» ¹⁷.

¹⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J. y PÉREZ BORREGO, G.: *Procedimiento de Elecciones a Representantes de Trabajadores y Funcionarios*. Aranzadi. Pamplona 1995. Pág. 266.

¹⁵ Artículo 6 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa: «La mesa electoral hará público, entre los trabajadores, el censo laboral con indicación de quiénes son electores y elegibles de acuerdo con el artículo 69.2 del Estatuto de los Trabajadores, que se considerará a efectos de la votación como lista de electores».

¹⁶ BLASCO PELLICER, C.: *El nuevo procedimiento de «elecciones sindicales»: aspectos críticos*. Tirant lo blanch. Valencia 1995. Pág. 83.

¹⁷ BLASCO PELLICER, C.: *El nuevo procedimiento... op. cit.* Pág. 83: «En cambio, mantienen excluidos del censo a todos los trabajadores en situación de excedencia, tanto forzosa como voluntaria». Al respecto cita la autora al prof. CRUZ VILLALÓN, J.: «El desarrollo del pro-

Subyace la idea de que la suspensión de una relación laboral no supone, de por sí, causa de ruptura del vínculo contractual, que sigue en vigor y configurando parte de sus efectos. «Por tanto, es lógico que además de los Tribunales, en los laudos arbitrales¹⁸, utilizando como principal argumento el grado de vinculación, se pronuncien por la inclusión en la lista de electores de aquellos trabajadores con contrato suspendido; la ausencia de prestación de servicio en el centro de trabajo donde se realiza la elección, no impide, así, que se pueda ejercitar el derecho de sufragio»¹⁹.

En definitiva, en el censo electoral aparecerán aquellos trabajadores de la empresa o centro de trabajo que mantengan una vinculación contractual con la empresa, aún no ejerciendo en un determinado momento transitorio la prestación de trabajo, que tengan dieciséis años o más y que cuenten al menos con un mes de antigüedad en la prestación de servicios en la empresa. Por tanto, y por exclusión, tal como adelantábamos al principio del epígrafe, aquéllos que en el momento de la celebración de elecciones a órganos representativos en la empresa o centro de trabajo, no estén encuadrados en las características citadas, es decir, que no tengan la antigüedad suficiente —no es el caso que nos ocupa— o que no estén vinculados contractualmente con la empresa, por tener extinguido su contrato, como hemos señalado en el apartado anterior, no pueden formar parte del censo de electores en las elecciones a órganos representativos en la empresa, por lo que tal y como señala la Sentencia que se comenta «debe confirmarse la sentencia de

ceso “sindical” a través de las resoluciones judiciales». *Temas Laborales* núm. 10-11. Pág. 55, señala que «los pronunciamientos son unánimes en cuanto a la exclusión del censo en estos supuestos; Así véanse las SMT núm. 5 de Madrid 633/1986, de 6 de diciembre, SMT núm. 1 de Sevilla, dictada 109/1986, de 2 de diciembre».

¹⁸ En laudos arbitrales encontramos también referencias a esta cuestión. Por citar alguno, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., LANTARÓN BARQUÍN, D. AGUT GARCÍA, C.: *Los laudos arbitrales de las elecciones sindicales*. Lex Nova. Valladolid 1997. Pág. 229: «La suspensión del contrato de trabajo lo que provoca legalmente es la exención de las obligaciones principales de trabajar y retribuir al trabajador, pero pervive en el resto los efectos jurídicos derivados de la continuidad de la relación laboral, en particular los relativos a los derechos electorales». Págs. 235 y 236: «La materia sometida a arbitraje hace referencia a si la suspensión del contrato de trabajo, impide al trabajador que la disfruta ostentar la condición de elector. Es cierto que ni el E.T. ni el R. D. 1844/1994 que lo desarrolla en esta materia, resuelven la controversia. A la vista de la situación cuestionada, sólo cuenta con una expresa exclusión de trabajar-retribuir, como derecho-obligación básico del contrato de trabajo, se mantienen todos los demás deberes y obligaciones recíprocas derivadas o inherentes al contrato de trabajo». GARCÍA MUÑOZ, M.: *Proceso de elecciones sindicales y laudos arbitrales (Sevilla, 1994-2000)*. Tecnos. Madrid 2002. Pág. 110: «La suspensión de la relación laboral, por cualquiera de las causas admitidas en nuestro ordenamiento jurídico (art. 45 TRET) no impiden que la persona que incurrir en alguna de ellas pierda la condición de trabajador».

¹⁹ BLASCO PELLICER, C.: *El nuevo procedimiento..... op. cit.* Pág. 86.



instancia en cuanto estima la demanda propuesta por C., en el sentido de declarar que los trabajadores prejubilados en dicha Entidad no tienen la consideración de trabajadores a los efectos electorales previstos en los artículos 62.1 y 63.1 del E.T.»²⁰.

²⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2004.





RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

LA ACUMULACIÓN DE LAS HORAS DE LACTANCIA EN UN MES DE PERMISO: UNA OPCIÓN DEL TRABAJADOR

SAN de 29 de marzo de 2004

MARGARITA ARENAS VIRUEZ *

SUPUESTO DE HECHO: El día 22 de diciembre de 2003 la Dirección General de Trabajo presentó demanda sobre impugnación de convenio colectivo contra la empresa Aldeasa S.A., UGT, USO, CC.OO. y el Ministerio Fiscal, entendiendo la Administración que el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa para los años 2003 a 2006 —que permite que las horas establecidas para la lactancia se puedan acumular mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido— es contrario a Derecho por interrumpir la finalidad pretendida por el artículo 37.4 del ET, esto es, por no garantizar la asistencia continuada del menor durante los primeros nueve meses de vida. Si lo que persigue el artículo 37.4 del ET es la atención y el cuidado del menor a lo largo de sus primeros nueve meses de vida, la acumulación del permiso en su disfrute impide la consecución del fin buscado por dicho precepto legal, que, en todo caso, ha de ser respetado, sin perjuicio de que la norma contenida en el Estatuto pueda mejorarse por la negociación colectiva. Sin embargo, las partes demandadas consideran que lo dispuesto por el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa supone una mejora del artículo 37.4 del ET, ofreciéndose una nueva opción a los trabajadores a los que resulte de aplicación el convenio colectivo impugnado, que podrán elegir entre el sistema del convenio o el del ET.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia Nacional objeto de comentario desestima la impugnación de oficio del artículo 41.d) del Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S.A., declarando la conformidad a Dere-

* Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

cho de dicha norma. La Sala entiende que lo esencial no es lactancia, que puede ser natural o artificial, sino la asistencia y el cuidado del menor de corta edad. El precepto del citado convenio colectivo amplía —y no restringe— las posibilidades a que los padres puedan optar para el mejor cuidado de sus hijos, pudiendo acumular los permisos por lactancia y obtener, así, el disfrute de un mes retribuido, con lo que se supera el número de horas concedido por el artículo 37.4 del ET. La norma convencional no es contraria al espíritu y finalidad del precepto legal, sino que lo potencia, ampliando las posibilidades reconocidas por el Estatuto a los trabajadores.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN OBJETO DE CONTROVERSIAS
2. ESPÍRITU Y FINALIDAD DEL PERMISO DE LACTANCIA
3. EL ALCANCE DE LA MEJORA DEL ARTÍCULO 37.4 DEL ET VÍA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE SAN DE 29 DE MARZO DE 2004
5. BREVE REFLEXIÓN FINAL

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN OBJETO DE CONTROVERSIAS

Como es sabido, el artículo 90.5 del ET dispone que si la autoridad laboral estima que algún convenio colectivo conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción que sea competente, la cual adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes¹. Haciendo uso de la posibilidad que reconoce dicho precepto, la Dirección General de Trabajo, en ejercicio de «sus funciones instrumentales y de control previo»², presentó demanda de impugnación del Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S.A. para los años 2003 a 2006 por entender que el mismo «conculca la legalidad vigente»³, en concreto, por considerar que el ar-

¹ La impugnación de convenios colectivos se canaliza por un procedimiento especial regulado en los artículos 161 a 164 de la LPL.

² STC 235/1988.

³ Cuando el artículo 90.5 del ET se refiere a la impugnación de un convenio colectivo por estimar la autoridad laboral que el mismo «conculca la legalidad vigente», debemos entender que la expresión entrecomillada se está refiriendo tanto a las normas formales que presiden la negociación como a las materiales indisponibles por convenio colectivo, o en absoluto indisponibles. En este sentido se pronuncian ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*. Cívitas, vigésima edición, 2002, pág. 892. Al respecto, la STS de 15 de marzo de 1993 entendió que la impugnación de los convenios colectivos por ilegalidad o por lesión grave de terceros comprende aquellos vicios que pueden aparecer en el proceso de negociación o en el contenido del convenio.



título 41.d) de dicho convenio colectivo es contrario a una norma material indisponible por convenio colectivo, cual es el artículo 37.4 del ET, en los términos que exponemos enseguida.

Para comprender el problema jurídico planteado ante la Audiencia Nacional, debemos conocer cuál es exactamente el contenido de los dos preceptos citados, el legal y el convencional, sobre los que versa la controversia: por un lado, el artículo 37.4 del ET dispone que *«las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen»*; por su parte, el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa establece, al regular la lactancia, que *«las horas establecidas como permiso para la lactancia podrán acumularse mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido, o la proporción que corresponda en función del período de alta de la madre con posterioridad al parto, hasta que el hijo cumpla nueve meses»*.

El motivo por el que la Dirección General de Trabajo impugna este convenio colectivo es el siguiente: para la autoridad laboral lo que pretende el artículo 37.4 del ET es garantizar la asistencia y el cuidado del menor durante los primeros nueve meses de vida, lo que pone de manifiesto que lo importante no es tanto que la madre pueda encargarse de la lactancia del menor, sino que los padres ofrezcan la atención necesaria al niño a lo largo de sus primeros meses de vida. Por ello, precisamente, es por lo que entiende la parte que impugna el convenio colectivo que si el permiso de lactancia se acumula en su disfrute, tal y como permite el artículo 41.d), la finalidad que persigue el artículo 37.4 del ET *«queda interrumpida»*. La Administración admite, sin discusión, que la norma legal pueda mejorarse vía negociación colectiva; pero la atención continuada del menor de nueve meses, en cuanto fin pretendido por el permiso de lactancia contemplado en el artículo 37.4 del ET, siempre ha de ser respetado.

Si la controversia queda planteada en estos términos, no cabe duda de que la cuestión que nos surge consiste en analizar si la posibilidad de acumulación de las horas reconocidas como permiso para la lactancia mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido es contraria al artículo 37.4 del ET por afectar a la finalidad perseguida por el mismo o si, por el contrario, nos hallamos ante una mejora del permiso de lactancia llevada a cabo por la negociación colectiva, que amplía las posibilidades que tienen los padres de elegir la modalidad que consideren más conveniente para el cuidado del menor de nueve meses, ofreciéndose una opción más a los trabajadores a los que resulte de aplicación el convenio colectivo objeto de impugnación. Por ello, vamos a prestar atención a diversos aspectos, que son los que, pre-

cisamente, se tratan en los siguientes apartados: en primer lugar, consideramos imprescindible hacer una referencia, aunque sea breve, al espíritu y finalidad del permiso de lactancia contemplado en el artículo 37.4 del ET puesto que, en esencia, lo que se cuestiona es si se respeta, o no, el fin perseguido por dicho precepto; en segundo lugar, nos detendremos en el alcance de la mejora de dicho precepto legal por la negociación colectiva, lo que nos va a permitir marcar un posible límite, cuya superación significará contrariar el precepto legal en cuestión; en tercer lugar, analizaremos la respuesta dada por la Audiencia Nacional al problema jurídico que se le plantea; finalmente, haremos una breve reflexión sobre el polémico asunto.

2. ESPÍRITU Y FINALIDAD DEL PERMISO DE LACTANCIA

El permiso por lactancia, que se reguló inicialmente en el artículo 9 de la Ley sobre protección de la mujer y el niño en el trabajo de 13 de marzo de 1900⁴, se contempla actualmente en el artículo 37.4 del ET. En un primer momento, el permiso retribuido de lactancia tenía por finalidad conceder a la madre un permiso que le facilitase dar de mamar a su hijo, tal y como se desprendía del artículo 3.d) del Convenio de la OIT núm. 3⁵ y del artículo 5 del Convenio de la OIT núm. 103⁶ en relación con lo dispuesto por el artículo 37.4 del ET en la redacción dada por la Ley 8/1980, con lo que sólo se reconocía un permiso para la lactancia natural del menor de nueve meses. Precisamente, ésta era una de las razones por las que el TC (SSTC 109 y 187/1993, de 25 de marzo y 14 de junio, respectivamente) consideró que el no reconocimiento del derecho de los padres a disponer, en igualdad de condiciones que la mujer, del tiempo necesario para atender la lactancia

⁴ Según el artículo 9 de dicha ley, «*las mujeres que tengan hijos en el período de lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Esta hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, aprovechables, uno, en el trabajo de la mañana, y otro, en el de la tarde. Estas medias horas serán aprovechables por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, y al entrar en ellos, la hora que hubieran escogido. No será de manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia.*».

⁵ Dicho precepto disponía que la mujer «*tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia.*».

⁶ En palabras del artículo 5 de este segundo Convenio, «*si la mujer lacta a su hijo estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos cuya duración será determinada por la legislación nacional*», de manera que «*las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales en los casos en que la cuestión está regida por la legislación nacional o de conformidad con aquélla...*».

de su hijo menor, derecho reconocido exclusivamente a la mujer por el artículo 37.4 del ET —antes de ser reformado por la Ley 3/1989, de 3 de marzo—, no vulneraba el artículo 14 de la CE⁷. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, a la hora de responder a uno de los interrogantes que se presentaron en relación con el permiso de lactancia, en concreto, al decidir si la lactancia ha de ser estrictamente la natural o si, por el contrario, cabría admitir también la lactancia artificial, optaron por una interpretación extensiva, que incluyera no sólo la lactancia natural sino también la lactancia artificial⁸.

Esta amplia interpretación tenía una clara consecuencia: el necesario reconocimiento del permiso por lactancia también al padre. En este sentido, la citada Ley 3/1989, de 3 de marzo, llevó a cabo una reforma del ET con el fin de que el permiso por lactancia pudiera ser disfrutado por la madre o por el padre, quedando, ahora sí, absolutamente fuera de dudas que se incluía la lactancia artificial⁹. Tal reforma legal supuso una clara manifestación de la apuesta, por parte del legislador, por fomentar el compromiso de los padres en el cuidado de los hijos, superándose, así pues, una con-

⁷ La STC 109/1993, de 25 de marzo, argumentó que se trataba de una acción positiva a favor de la mujer, que pretende compensar la tradicional situación de inferioridad social que las mujeres han padecido; sin embargo, el voto particular de dicha sentencia formulado por Sr. Gimeno Sendra, al que se adhirieron los Sres. García-Mon y González-Regueral, De la Vega Venayas y Díaz Eimil, consideraba que «*lo que en la norma impugnada aparece formalmente como una discriminación del varón, materialmente se convierte en una discriminación de la propia mujer, ya que el precepto, al no consagrar el principio de igualdad en el disfrute del permiso de trabajo, se erige en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas*».

⁸ En este sentido destacamos, entre otras, la STCT de 8 de abril de 1978 (Ar. 2008), que señaló que «*cabe establecer un período durante el que, en cualquier clase de lactancia, pueda la madre trabajadora vigilar y ser directamente responsable de la crianza de su hijo, y cuyo plazo no sería preciso en caso de referirse la ley únicamente a la lactancia natural, cuyos límites vienen determinados por circunstancias fisiológicas*», y la STCT de 4 de septiembre de 1984 (Ar. 6778), citada por la Sentencia objeto de comentario, según la cual, es cierto que «*esta norma, reproducción de la Ley anterior en este punto, se abstiene de toda calificación al respecto, debiendo tenerse por improcedente la expresada interpretación restrictiva y por bizantina toda discusión sobre la extensión de tal derecho a la denominada lactancia artificial*». De esta opinión es ALONSO LIGERO, M. S.: «Lactancia y guarda legal», en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Tomo VII, ed. Edersa, 1982, pág. 213; y DILLA CATALA, M. J.: «El derecho a la licencia retribuida por lactancia». *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1989, pág. 213.

⁹ El hecho de que no se admitiera la lactancia artificial se consideró discriminatorio por contrario al principio de igualdad. Véase, entre otros, a ALONSO LIGERO, M. S.: «Lactancia y guarda legal», en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Laborales...*, *op. cit.*, pág. 364; LOUSADA AROCHENA, J. F. «El permiso por lactancia». *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1996, pág. 13; y VALLE MUÑOZ, F. A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*. Colex, 1999, pág. 27.

cepción tradicional en virtud de la cual era la madre la que tenía que alimentar —y cuidar— al menor en soledad, con las negativas consecuencias que ello ha venido produciendo para los intereses profesionales de la mujer trabajadora.

Es más, la jurisprudencia se ha mostrado a favor de superar incluso la vinculación del permiso a la lactancia, al entender que lo esencial no es tanto la lactancia sino la asistencia y atención del menor de nueve meses. En este sentido, el TS (STS de 19 de junio de 1989 [Ar. 9896], citada por la SAN que estamos comentando) consideró que la finalidad del artículo 37.4 del ET es prestar la atención precisa y el cuidado necesario al hijo, lo que nos permite concluir, siguiendo la SAN de 29 de marzo de 2004, que en la actualidad «*se concibe el permiso como un mecanismo legal que capacita al hijo a gozar de la atención que precisa por cualquiera de sus progenitores desde su nacimiento, superándose la vinculación necesaria o exclusiva con el deber de lactancia*». De esta forma, el permiso reconocido en el artículo 37.4 del ET no sólo y exclusivamente se debe dedicar a la lactancia del menor, sino que es posible que estos períodos de tiempo se dediquen a la atención que precise el hijo, lo que significa que el artículo 37.4 del ET debe interpretarse de manera flexible y amplia¹⁰, debiendo enmarcarse en la lucha por conseguir favorecer la reincorporación al mercado laboral de la mujer trabajadora con hijos de corta edad y el reparto de responsabilidades en el cuidado del menor entre ambos progenitores¹¹.

¹⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad. Análisis normativo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, 1997, pág. 344 y VALLE MUÑOZ, F. A.: *La protección laboral de la maternidad...*, *op. cit.*, pág. 27. La amplia finalidad de este permiso permite entender las críticas mostradas a la terminología del mismo puesto que, a pesar de la evolución a la que hemos hecho referencia, sigue denominándose permiso de «*lactancia*». En este sentido destacamos a GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad...*, *op. cit.*, pág. 344, quien considera que sería más correcto que este permiso se denominara «*reducción por manutención del hijo*»; PÉREZ DEL RÍO, T.: «Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/1999: derecho de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares». *Ponencia de las XI Jornadas Catalanas de Derecho Social «Conciliar efectivamente la vida laboral y la vida familiar»*. Barcelona, 2 y 3 de marzo de 2000; y GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*. Laborum, 2001, pág. 56. Sin embargo, está claro que estos períodos no se pueden dedicar a tareas que no estén relacionadas con la lactancia o el cuidado del menor, puesto que, si así ocurriera, el trabajador puede ser sancionado (STSJ de Cataluña, de 29 de septiembre de 2000 [AS 4253], que declaró procedente un despido por dedicación del permiso por lactancia a distinta finalidad).

¹¹ STSJ de Andalucía, de 24 de abril de 2001 (AS 2809), según la cual el permiso de lactancia «*tiene como finalidad favorecer la reincorporación al mercado laboral de la mujer trabajadora, el reparto de responsabilidades en el cuidado del menor entre ambos progenitores, así como facilitar el cuidado de los hijos en sus primeros meses de vida...*».



Tras habernos referido —si bien brevemente— a la evolución que ha seguido la finalidad del permiso por lactancia, vamos a comprobar —también de forma sucinta— cómo, precisamente, el espíritu y finalidad del permiso contemplado en el artículo 37.4 del ET inspiran la regulación de diversos aspectos de dicho permiso retribuido en los términos que exponemos a continuación:

1. En cuanto al contenido del permiso por lactancia, decir que el artículo 37.4 del ET reconoce a las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, el derecho bien a una hora de ausencia del trabajo, que puede dividirse en dos fracciones —opción que debe entenderse en el sentido de que la trabajadora puede disfrutar, una vez comenzado el trabajo y antes de que el mismo finalice, de una hora completa para la lactancia del hijo o, en su caso, de una hora fraccionada en dos partes—, o bien a una reducción de su jornada en media hora —en el sentido de que puede elegir comenzar la jornada laboral media hora después o finalizarla media hora antes—. En cualquier caso, sea cual sea la decisión de la trabajadora, lo que nos interesa poner de manifiesto es que es ella quien puede optar por una u otra modalidad; opción que vendrá regida —y esto es lo importante— en función de los intereses de la trabajadora, en atención a las necesidades del hijo menor de nueve meses.
2. En relación con la titularidad del derecho, debemos destacar cómo, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, el permiso «*podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen*», si bien es cierto que el artículo 37.4 del ET atribuye a «*las trabajadoras*» un derecho preferente al del varón¹², lo que se puede fácilmente comprobar atendiendo a la redacción de dicho precepto legal. En efecto, el padre, a diferencia de la madre, sólo puede disfrutar del permiso por lactancia en el caso de tanto la madre como él mismo trabajen, puesto que si no trabaja la madre, el padre no tiene derecho ni a la suspensión ni a la reducción de la jornada por lactancia, lo que se puede entender si tenemos presente que, al no trabajar la madre, el hijo recibe la atención y el cuidado imprescindibles, cumpliéndose, de este modo, con la finalidad perseguida por el precepto.

¹² SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La Ley 39/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica». *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1989, págs. 17 y 18, quien se refiere a la posibilidad de que la madre transfiera su derecho al padre; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad...*, op. cit., pág. 339; y VALLE MUÑOZ, F. A.: *La protección laboral de la maternidad...*, op. cit., pág. 28.

3. Por otro lado, la reforma por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, sobre el artículo 37.4 del ET, guarda relación con la aclaración respecto a la determinación del momento del disfrute del permiso de lactancia¹³. En efecto, el apartado 6 del artículo 37 del ET dispone que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso por lactancia corresponderá a la trabajadora —o, en su caso, al trabajador— dentro de su jornada ordinaria, debiendo preavisar con una antelación mínima de quince días. Dejando al margen las posibles discrepancias que puedan surgir al respecto entre el trabajador y el empresario —que serán resueltas por medio de la jurisdicción competente a través de un procedimiento especial, preferente y sumario, establecido en el artículo 138 bis de la LPL—, lo que nos interesa destacar en estos momentos es que el sujeto competente para la determinación horaria del permiso por lactancia es el trabajador puesto que él será el que mejor conozca sus necesidades e intereses en relación con el cuidado y atención del menor de nueve meses, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso. Si el trabajador ha de atender a determinadas necesidades familiares, nadie mejor que él conocerá el momento en el que va a ser más necesaria esa atención¹⁴.

A la luz de cuanto acabamos de exponer no resulta difícil comprobar cómo, efectivamente, la finalidad y el espíritu del permiso por lactancia se manifiestan con claridad en la regulación de diversos aspectos del derecho contemplado en el artículo 37.4 del ET. Es más, consideramos que el fin perseguido por el permiso de lactancia podría ser empleado como criterio interpretativo para corregir algunas deficiencias que resultan de la falta de regulación expresa en el artículo 37.4 del ET de determinadas cuestiones, como, por ejemplo, las siguientes: ¿tiene derecho el padre a disfrutar de la lactancia cuando la madre fallece?; ¿qué ocurre en los casos de partos múltiples?; ¿qué sucede en el caso de separación, nulidad o divorcio con adjudicación de la patria potestad al padre, si la madre no trabaja? En todos esos ejemplos su falta de regulación expresa por el artículo 37.4 del ET puede desembocar en una situación de desprotección para el verdadero beneficia-

¹³ BALLESTER PASTOR, M. A.: *La ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*. Tirant lo Blanch, 2000, pág. 62.

¹⁴ HERRERO MARTÍN, J. B. y PEDRAJAS HERRERO, A.: «El período de lactancia: aspectos críticos de su regulación legal». *Comunicación presentada a las XI Jornadas Catalanas de Derecho Social «Conciliar efectivamente la vida laboral y la vida familiar»*. Barcelona, 2 y 3 de marzo, págs. 4 y 5.



rio o causante¹⁵ del permiso por lactancia: el menor de nueve meses; situación inaceptable que podría corregirse haciendo uso de una interpretación del precepto legal que tenga como pilar básico la atención y el cuidado del menor.

3. EL ALCANCE DE LA MEJORA DEL ARTÍCULO 37.4 DEL ET VÍA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el Derecho del Trabajo es seguramente el sector del ordenamiento jurídico donde se produce con mayor intensidad el fenómeno de la regulación de mínimos, sobre todo en la determinación de las principales condiciones de trabajo, puesto que la mayoría de éstas son reducibles en su totalidad o en determinados aspectos a una expresión numérica, lo que permite una regulación de mínimos que puede ser mejorada por normas suplementarias¹⁶. De esta forma, la norma mínima concurre con otra norma que procede de otra fuente con la finalidad de mejorar o superar el mínimo ya marcado.

El principio de norma mínima significa que cada norma laboral actúa, dependiendo de su rango formal, como condicionante mínimo del contenido de las normas que le superan en rango, de manera que cada norma relativa a las condiciones de trabajo debe tener en cuenta que las establecidas con tal carácter en las de rango superior son inderogables en perjuicio del trabajador¹⁷. El carácter mínimo es destacado por el artículo 3.3 del ET, que exige que el convenio colectivo respete en todo caso las normas estatales, con lo que se aprecia que la finalidad de la norma mínima es garantizar derechos básicos de los trabajadores que no pueden ser derogados o minorados.

Hemos querido hacer esta breve referencia a la regulación de mínimos de condiciones de trabajo y empleo para contemplar el artículo 37.4 del ET desde esta perspectiva, esto es, como norma de carácter mínimo, que puede ser objeto de mejora por la negociación colectiva. Ahora bien, ¿cuál es el alcance de la mejora del permiso por lactancia que puede llevar a cabo un convenio colectivo?

Es cierto, y así lo hemos podido comprobar en el apartado anterior, que el artículo 37.4 del ET regula un derecho de la trabajadora —o del trabaja-

¹⁵ STSJ de Cataluña, de 18 de marzo de 2003 (AS 1955).

¹⁶ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, 2004, pág. 131.

¹⁷ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 966.

dor— «medible en una determinada escala»¹⁸, que permite que la negociación colectiva lo mejore o supere. En efecto, ya sabemos que la regulación legal del permiso de lactancia permite que la trabajadora, por lactancia de un menor de nueve meses, pueda elegir entre ausentarse de su trabajo durante una hora —con la posibilidad de dividir esta hora en dos fracciones— o reducir su jornada laboral en media hora. Tanto la hora de ausencia del trabajo, fraccionada o no, como la media hora de reducción de la jornada laboral a la que tienen derecho las trabajadoras que cumplan con el requisito de tener un hijo menor de nueve meses, tienen carácter de mínimo, lo que significa que pueden ser mejoradas por la negociación colectiva en los términos que exponemos:

Por un lado, es posible que las partes firmantes de un convenio colectivo acuerden ampliar el período de disfrute del permiso por lactancia, en el sentido de que cabe que se pacte la ampliación del período durante el cual las trabajadoras pueden hacer uso de dicho permiso. El artículo 37.4 del ET reconoce este derecho para la lactancia de un hijo menor de nueve meses, lo que implica que se mantendrá el derecho a la ausencia del trabajo o a la reducción de la jornada por lactancia mientras el hijo sea menor de nueve meses y hasta el momento en el que éste alcance dicha edad, momento en que se extingue el permiso de lactancia, sin perjuicio de que la negociación colectiva amplíe el período de disfrute más allá de los nueve meses de vida del menor¹⁹.

Por otro lado, mediante la negociación colectiva también es posible que se amplíe el tiempo durante el cual la trabajadora puede ausentarse del trabajo o reducir su jornada laboral, esto es, cabe que se le reconozca a las trabajadoras —o, en su caso, a los trabajadores— que se encuentren incluidas dentro del campo de aplicación de un determinado convenio colectivo más de una hora de ausencia al trabajo o más de media hora de reducción de su jornada de trabajo.

Así pues, pueden darse todas estas posibilidades, que son claras manifestaciones de la concurrencia de dos normas laborales: una norma mínima (el artículo 37.4 del ET) y una norma de mejora o superación del mínimo (un determinado convenio colectivo), dándose en tales casos una relación de complementariedad²⁰. Queda claro, por tanto, que la negociación colectiva puede mejorar el mínimo marcado por el artículo 37.4 del ET; pero en

¹⁸ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 131.

¹⁹ Al respecto podemos ver a GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad...*, op. cit., pág. 342. Véase también la STSJ de Cataluña, de 18 de marzo de 2003 (AS 1955), que se refiere al máximo legal de nueve meses de duración en el tiempo del permiso por lactancia.

²⁰ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 131.



ningún caso podrá regular el permiso de lactancia por debajo de los mínimos legales. Ahora bien, el interrogante que surge, en relación con la SAN objeto de comentario, es el siguiente: la acumulación de las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido, ¿supone una mejora del artículo 37.4 del ET o, por el contrario, sería una posibilidad no conforme a Derecho por afectar a la finalidad perseguida por el permiso de lactancia? Para responder a la cuestión planteada vamos a analizar, como no podía ser de otra manera, la SAN.

4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SAN DE 29 DE MARZO DE 2004

Como anticipamos en el apartado 1, el problema jurídico que se plantea ante la Audiencia Nacional consiste, precisamente, en determinar si el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S.A., que contempla la posibilidad de acumular las horas de lactancia que reconoce el artículo 37.4 del ET en un mes de permiso retribuido, lesiona dicho precepto legal por impedir, tal y como considera la Dirección General de Trabajo, la consecución de la finalidad del permiso por lactancia.

Las partes demandadas entienden que la Administración va en contra de sus propios actos puesto que la regulación del artículo 41.d) del convenio colectivo impugnado es similar a la mantenida en convenios anteriores y nunca se opuso tacha de ilegalidad. Además, consideran, por un lado, que el artículo 37.4 del ET es de derecho necesario relativo y que, por lo tanto, es posible que sea mejorado por la negociación colectiva, y, por el otro, que la acumulación no es obligatoria sino que los trabajadores pueden optar por el sistema establecido en la norma convencional o por el sistema de la norma legal.

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 29 de marzo de 2004, desestima la impugnación de oficio del artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Adeasa, S. A., declarando la conformidad a Derecho de dicha norma. Para llegar a esta conclusión, la Audiencia Nacional se centra en lo esencial de la cuestión planteada, que consiste en determinar si el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa, S. A. viola lo establecido en el artículo 34.7 del ET, dejando al margen el argumento alegado por las partes demandadas de que la Administración va en contra de sus propios actos puesto que, en palabras de la SAN, «*la doctrina de los propios actos no puede suponer la convalidación de una norma contraria al ordenamiento jurídico (...) pues no es posible que la omisión administrativa implique la validez de una norma contraria a Derecho*» (fundamento jurídico segundo).

De esta forma, la fundamentación jurídica de la Audiencia Nacional se basa en determinar cuál es la finalidad perseguida por el permiso por lac-

tancia, haciendo una breve referencia a la evolución que la misma ha seguido desde la redacción dada al artículo 37.4 del ET por la Ley 8/1980 hasta la actualidad; evolución a la que prestamos debida atención en el apartado 2, al que nos remitimos, bastando con recordar que en la actualidad el permiso por lactancia se concibe como un instrumento legal que permite que el hijo menor de nueve meses pueda gozar de la atención que precisa por su padre o madre, sin que el fin del artículo 37.4 del ET se limite a facilitar el deber de lactancia.

Pues bien, precisamente, en esta línea de evolución de la finalidad pretendida por el permiso de lactancia es donde, según la sentencia que estamos comentando, debemos enmarcar el artículo 41.d) del convenio colectivo impugnado, que no es contrario al espíritu y finalidad del artículo 37.4 del ET porque lo que hace el precepto convencional *«no es restringir sino ampliar las posibilidades a las que los padres pueden optar para el mejor cuidado de los hijos»*. El cuestionado artículo 41.d) permite que los trabajadores afectados por el Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S. A. puedan optar, si lo consideran más conveniente para la atención y el cuidado de sus hijos menores de nueve meses, por acumular las horas de lactancia y obtener el disfrute de un mes retribuido, lo que supone una superación del número de horas que concede el artículo 37.4 del ET. La norma pactada no impide que el trabajador que desee optar por el sistema establecido en el Estatuto pueda hacerlo, reconociendo la empresa Aldeasa, S. A. tal derecho a los trabajadores que lo solicitan, tal y como se comprobó en la prueba practicada. Por todo ello, concluye la Audiencia Nacional, el artículo 41.d) del convenio colectivo impugnado no contraviene el artículo 37.4 del ET, sino que potencia el espíritu y la finalidad del permiso por lactancia, ampliando las posibilidades que la norma legal concede a los trabajadores.

5. BREVE REFLEXIÓN FINAL

Los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S. A., por motivo de lactancia de un hijo menor de nueve meses, pueden ejercer el derecho reconocido en el artículo 37.4 del ET haciendo uso de alguna de estas cuatro modalidades: una hora de ausencia del trabajo, dos fracciones de hora de ausencia del trabajo, media hora de reducción de la jornada de trabajo —estas tres opciones vienen contempladas en la ley— o un mes de permiso retribuido resultado de la acumulación de las horas de lactancia reconocidas en el artículo 37.4 del ET —opción recogida en el Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S. A.—. La propia configuración legal del permiso de lactancia, que ofrece una gran libertad al trabajador para elegir la modalidad que estime más conveniente a sus intereses —que deben ser también los intereses del menor—,



responde a la finalidad perseguida por el mismo: la lactancia de un menor de nueve meses en sentido amplio, esto es, la atención y el cuidado necesario al hijo. Y, precisamente, a ello responde también la posibilidad añadida por el convenio colectivo objeto de impugnación, puesto que la finalidad pretendida por el permiso de lactancia no se ve interrumpida, sino, todo lo contrario, se amplían las posibilidades a las que los padres pueden optar para el mejor cuidado de los hijos.

Estamos de acuerdo con la respuesta dada por la Audiencia Nacional, que, como hemos comprobado, atiende al respeto, o no, del fin pretendido por el permiso de lactancia en cuanto criterio clave para solventar la controversia; pero consideramos conveniente profundizar en la cuestión planteada, en el sentido de que hemos de sacar a la luz la verdadera complejidad del asunto, que tan sólo implícitamente está presente en la fundamentación jurídica de la SAN: el artículo 37.4 del ET permite que el período de disfrute del permiso de lactancia llegue hasta los nueve meses de vida del menor, mientras que el artículo 41.d) del Convenio Colectivo Aldeasa, S.A., en el caso —eso sí— de que se opte por la modalidad que el mismo contempla, puede suponer un período de disfrute de tal permiso de unos cinco meses —en el supuesto, que será lo más frecuente en la práctica, de que se elija disfrutar del mes de permiso retribuido a continuación de las dieciséis semanas correspondientes a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad—. Esta reducción del período de disfrute del permiso por lactancia, aunque suponga un incremento del número de horas, ¿supone una lesión a la finalidad del artículo 37.4 del ET?

Entendemos que lo esencial es dejar libertad al trabajador para que pueda elegir la modalidad que mejor le permita cuidar y atender al menor de nueve meses, de manera que si la madre —o el padre— considera, en función de las circunstancias que concurran, que es preferible disfrutar de un mes de permiso retribuido y libremente opta por tal modalidad, no habría vulneración del artículo 37.4 del ET, puesto que, precisamente, no se ha elegido una de las opciones que ofrece la norma legal porque la trabajadora ha considerado más adecuado el sistema convencional. Se respeta el carácter de mínimo del artículo 37.4 del ET puesto que no se obliga a ningún trabajador a elegir el disfrute del mes de permiso retribuido, lo que, sin ninguna duda, sí sería contrario al ordenamiento jurídico por negar un derecho reconocido en la ley.

Y es que el permiso de un mes retribuido puede que, en algunas ocasiones —sobre todo en los supuestos en los que el lugar de trabajo se encuentra a una distancia considerable de la vivienda del trabajador—, sea preferible a la reducción de la jornada y a la ausencia del trabajo, debido a la escasa eficacia práctica del permiso por lactancia en tales supuestos. De hecho, el reconocimiento de un crédito de horas, de cuantía igual a la que supone el derecho a disminuir la jornada en media hora diaria durante el pe-

río que transcurre desde la incorporación tras la suspensión por maternidad hasta que el niño tuviera la edad de nueve meses, de titularidad reconocida a ambos padres y sin posibilidad de transferencia de uno al otro, ha sido una propuesta sindical²¹.

Es más, consideramos que para que el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa, S. A. vulnerase el derecho al permiso por lactancia del artículo 37.4 del ET y, poder ser declarado, por ello, ilegal, debe quedar claro que con el sistema convencional se perjudica el interés protegido: el cuidado y la atención al menor de corta edad, lo que, según hemos expuesto, no se da en este supuesto. Y ello sería así, a pesar de tratarse de una opción libre de la trabajadora, puesto que en tal caso se iría en contra del artículo 3.5 del ET, en virtud del cual los trabajadores no pueden disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario.

Para entender que la reducción del período de nueve meses durante el cual se puede disfrutar del permiso de lactancia —aunque se trate de una opción libre que se añade a las otras posibilidades reconocidas por el legislador y aunque suponga el reconocimiento de un mayor número de horas a favor del trabajador— es contraria al artículo 37.4 del ET, el permiso de lactancia se debería haber configurado no sólo como un derecho del trabajador sino también como un deber, al estilo de la causa de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, en base a la trascendencia del interés protegido: cuidado y atención del menor que, en todo caso, debe contar, desde este punto de vista, no sólo con las horas de lactancia reconocidas en el ET, sino también con el período de nueve meses dentro del cual disfrutar de dichas horas.

No podemos perder de vista que nos encontramos ante un derecho de naturaleza potestativa, que se podrá o no ejercitar²², de manera que la opción por no ejercerlo puede tener una repercusión negativa aún mayor que la opción por acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido. Si el cuidado y atención del menor, en cuanto finalidad perseguida por el artículo 37.4 del ET, fueran absolutamente necesarios para el menor y sólo se pudieran conseguir mediante una hora de ausencia del trabajo o mediante la reducción de la jornada laboral en media hora a lo largo de los primeros nueve meses de vida del menor, tal y como reconoce el artículo 37.4 del ET, sí sería ilegal el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa. Ahora bien, si ello es así, no se entienden los numerosos vacíos de

²¹ PÉREZ DEL RÍO, T.: «Los derechos de conciliación establecidos en la Ley...», *op. cit.*, pág. 10.

²² VALLE MUÑOZ, F. A.: *La protección laboral de la maternidad...*, *op. cit.*, pág. 25 y GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I.: *Familia y trabajo...*, *op. cit.*, pág. 57.



regulación existentes como, por ejemplo, ¿qué ocurre en el caso de fallecimiento de la madre, puede disfrutar el padre del permiso de lactancia?; ¿y en el caso de que fallezcan los padres, no debería de haberse regulado el derecho de un familiar a disfrutar del permiso por lactancia?; ¿y en los casos de parto múltiple, no debería de haberse regulado el derecho a disfrutar de tantos permisos como hijos menores de nueve meses? El legislador tendría que haber dado una respuesta clara y expresa a todos estos supuestos planteados, sin perjuicio de que, mientras tanto, apostemos por la conveniencia de atender a la finalidad perseguida por el artículo 37.4 del ET en cuanto criterio interpretativo clave que evite la aparición de inaceptables situaciones de desprotección para el menor de nueve meses.

Por lo demás, nos mantendremos a la espera del pronunciamiento del TS puesto que la SAN de 29 de marzo de 2004 ha sido recurrida.





PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

**LA PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA
EN ENFERMEDADES TERMINALES**
**(Un pequeño pero significativo avance: la concesión
de prestaciones por gran invalidez a enfermos terminales)**

STS de 11 de octubre de 2004

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS *

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de un trabajador que padece una serie de enfermedades y lesiones, en especial un adenocarcinoma, que conllevó una metástasis ósea, con especial incidencia en la columna dorsal, los que supuso una paresia de extremidades inferiores, teniendo limitado el trabajador su actividad al alternar cama con silla de ruedas, y precisando la ayuda de familiares para realizar los actos esenciales de la vida, incluidos los cambios de posición, presentando una valoración de las actividades básicas diarias con índice Barthel de 10 lo que indica dependencia total. El beneficiario falleció, habiendo interpuesto demanda en condición de heredera su esposa.

RESUMEN: El Instituto Nacional de la Seguridad Social deniega la revisión de grado a gran invalidez de un beneficiario en situación de incapacidad permanente absoluta por estimar que no se había producido variación en el estado de las lesiones que determinara la modificación del grado de incapacidad. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en recurso de suplicación, dictó sentencia de 25 de septiembre de 2003, por la que estimó que no era posible reconocer una gran invalidez a una persona cuando, concurriendo las causas determinantes del tal estado, es previsible su próximo fallecimiento. El Tribunal Supremo (Recurso 5800/2003. Ponente D. Juan Francisco García Sánchez), siguiendo su propia doctrina establecida en la

* Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

STS de 12 de mayo de 2003, estima que sí es procedente tal calificación, aunque sea previsible el fallecimiento, ya que para que tal situación pueda reconocerse no es preciso que el estado del incapacitado tenga un cierto carácter de permanencia que pueda prolongarse en el tiempo

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EN GENERAL: SOBRE LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y SU CALIFICACIÓN
3. SOBRE LA «PERMANENCIA» EN LAS SITUACIONES DE LOS ENFERMOS TERMINALES
4. EN PARTICULAR, SOBRE LAS PRESTACIONES DE GRAN INVALIDEZ
5. A PROPÓSITO DE LA GRAN INVALIDEZ COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia que ahora se comenta crea jurisprudencia y, al mismo tiempo, consolida una buena doctrina del Tribunal Supremo respecto del derecho de los incapacitados de forma permanente al acceso al grado de gran invalidez.

En definitiva, lo que se plantea a la Sala de lo social del Tribunal Supremo en este asunto es el problema relativo a si procede reconocer una gran invalidez a una persona cuando concurriendo las causas determinantes de tal estado, es previsible su próximo fallecimiento, esto es, si para que tal situación pueda reconocerse es «preciso que el estado del incapacitado tenga un cierto carácter de permanencia que pueda prolongarse en el tiempo»¹.

Para la resolución, el Tribunal Supremo se apoya en la doctrina contenida en la STS de 12 de mayo de 2003 (Rec. 3017/2002), cuyo fundamento jurídico segundo se transcribe en el FD 2.º de la STS de 11 de octubre de 2004, objeto de este comentario: «*Tanto la Entidad Gestora, como la sentencia de contraste, deniegan la prestación de gran invalidez por entender que falta el requisito de la ‘permanencia’ en situaciones en las que el desenlace es previsible en fecha próxima. Imponen así un requisito que no figura en la Ley, ni el texto de 1974, (art. 135) ni en el de 1994 (art. 137). Por el contrario en ambas disposiciones la permanencia se exige por igual para la declaración de invalidez, que para su adjetivación como gran invalidez, resultando incongruente que se conceda la absoluta —que exige permanencia— y se deniegue su cualificación, siendo así que se admite que el beneficiario necesita de la asistencia de terceros para todas sus activida-*

¹ Como se indica en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia que se comenta.



des vitales. Este artificial requisito quedaría además impreciso, al no poderse prever la duración de un proceso degenerativo por enfermedad por graves que sean las dolencias. En el caso que hoy resolvemos la beneficiaria se halló en situación de necesitar la asistencia de un tercero, desde julio de 1999 a febrero de 2000. El ordenamiento jurídico provee en estas situaciones un incremento de la prestación de invalidez permanente para atender esa necesidad que tiene el inválido de ayuda de terceras personas para poder subsistir y es contrario a la lógica privar de tal asistencia so pretexto de que su duración va a ser previsiblemente corta. Permanencia es contrario a intermitencia y en este sentido es evidente que la situación de estos inválidos permanece mientras que se hallen con vida».

2. EN GENERAL: SOBRE LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y SU CALIFICACIÓN

En un sistema mixto de Seguridad Social, como el nuestro, que protege la incapacidad/invalidez tanto en su nivel contributivo como en el asistencial, el legislador suele definir de forma distinta ambas contingencias protegidas ya que, mientras que para la protección no contributiva o «universal» de la invalidez se protege la situación de discapacidad o minusvalía por sí misma², en el nivel contributivo o profesional se suele hacer en relación con la falta de capacidad para trabajar (o en algunos ordenamientos con la falta de ganancia).

Por lo que nos interesa en este momento, nuestro legislador entiende como invalidez en el nivel contributivo, *«la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento médico prescrito y de haber sido dado de alta médicamente³, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral».*

Y es que, como se ha dicho, en la protección de los sistemas de Seguridad Social de la incapacidad permanente, se ponen en énfasis dos cuestiones: de un lado, el estado de salud del interesado, valorado desde un punto de vista sanitario y, de otro lado, respecto de las actividades que puede ejercer el inválido en función de la capacidad residual, es decir, en cómo un

² El art. 136.2 de la LGSS indica: «En la modalidad no contributiva, podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen».

³ No será necesaria el alta médica para la valoración de la invalidez permanente en los casos en los que concurran secuelas definitivas.

determinado menoscabo afecta a la capacidad de trabajo de la persona y, en función de ello, a los ingresos que puede generar el inválido⁴. Así pues, se trata de una alteración continuada de la salud que imposibilita o limita a quien la padece para realizar una actividad profesional⁵. Como ha observado el TC a este respecto «en nuestro ordenamiento la calificación de la invalidez no depende sólo de la entidad objetiva de las lesiones permanentes y presumiblemente irreversibles que aquejan a un determinado sujeto, sino también, y sobre todo, de la capacidad para trabajar que conserva una vez fijadas las mismas...»⁶.

Como hace tiempo indicaba ÁLVAREZ DE LA ROSA, es claro el estado de necesidad contemplado por la norma que no trata de indemnizar un daño sino de restablecer el equilibrio económico roto por la situación patológica sufrida. Ello lleva a la ineludible conclusión de que el juicio sobre la invalidez es una constatación de la influencia del cuadro patológico sobre la capacidad laboral. Se trata por tanto de observar las afecciones, ya en un punto temporal dado, ya en el momento en que consolida y presumiblemente no curan y enjuiciar en qué grado inciden en la capacidad de rendimiento del beneficiario. Es, en resumen, un juicio que se hace tras el intento de la ciencia médica de restablecer la salud perdida⁷.

En cualquier caso, ya respecto de la calificación de la incapacidad permanente en nuestro ordenamiento, la misma se encuentra en una «extraña»⁸ fase transitoria. A pesar de rezar la norma que la calificación se realizará en función del porcentaje de reducción de la capacidad del trabajo de interesado conforme a una lista de enfermedades, lo cierto es que la meritada lista no se ha aprobado reglamentariamente. Por ello se sigue aplicando la legislación anterior, que deja en manos de la Administración, con la posible corrección jurisdiccional, la calificación de la incapacidad permanente en los distintos grados que establece el art. 137 de la LGSS.

Así pues, como acaba de decirse, la falta de desarrollo reglamentario supone que la definición de los grados de incapacidad permanente en el nivel contributivo (y en especial en el régimen general) se recojan en la anterior legislación. Por lo que nos interesa, la situación de gran invalidez viene

⁴ AAVV, *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1999, pág. 63.

⁵ Como indica la STS de 20 de mayo de 1991, «la incapacidad permanente supone la alteración de forma continuada de la salud del beneficiario, con una influencia impeditiva o minoratoria de la preexistente aptitud laboral».

⁶ STC 232/1991, de 10 de diciembre.

⁷ En *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 191.

⁸ Tanto por su dilación en el tiempo como por la indecisión del Gobierno de adoptar un listado de enfermedades que, según parece, ya existe y de hecho se aplica por la propia Administración.



recogida en el anterior apartado 6 del art. 137 de la LGSS en la que se definía a la misma como la situación del trabajador afecto a incapacidad permanente que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, comer, desplazarse o análogos (en el mismo sentido, el art. 12.4 de la Orden de 15 de abril de 1969).

En la calificación, o en su caso revisión, la Dirección Provincial del INSS suele tener muy en cuenta, aunque no sean vinculantes, las instrucciones o dictámenes técnicos del Equipo de Valoración de Incapacidades, tras haber valorado éstos, la situación de incapacidad del trabajador y, en su caso, haberlas calificado en el correspondiente grado⁹.

Hay un par de cuestiones al respecto que preocupan: la primera es que el Equipo de Valoración de Incapacidades, normalmente, sólo suele examinar una vez al solicitante de la prestación y tiene en cuenta las pruebas que éste le aporta. Es decir, no conoce la historia clínica real¹⁰ del trabajador como la pudieran conocer los facultativos del Servicio Público de Salud que normalmente le atienden, pero es que, además, dejar que el trabajador, sin ser un experto en medicina, elija las pruebas y material que debe llevar al vulgaramente conocido como «tribunal médico», y que a veces no tiene de forma completa ya que muchas pruebas han podido quedar adjuntas en los correspondientes historiales médicos de cada uno de los especialistas que les ha atendido, es una forma más de poner trabas a una correcta calificación de la incapacidad¹¹.

La segunda es que, quizás debido al exceso de trabajo o en el entender que han de ahorrarse costes al sistema de Seguridad Social a toda costa, el Equipo de Valoración de Incapacidades se deja llevar por inercias en la calificación. Si no, no se entendería como en un supuesto como éste, el de la sentencia que se comenta, el Equipo correspondiente propusiera, y la Di-

⁹ Sobre la calificación y su proceso puede verse BERROCAL JAIME, A: *El proceso sobre incapacidad permanente*, Bosch, Barcelona, 2001.

¹⁰ No obstante, en los supuestos de solicitud de revisión de incapacidades se tiene un expediente administrativo sobre las dolencias padecidas o alegadas en un momento anterior en el que le concedió la prestación de incapacidad permanente.

¹¹ Es cierto, que según el art. 7.2 de la Orden de 18 de enero de 1996, para la aplicación y el desarrollo del RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales en el sistema de Seguridad Social, en la instrucción del procedimiento se requerirán para la acreditación de los requisitos necesarios para la resolución, entre otros documentos, la aportación del historial clínico remitido por el Servicio Público de Salud o, en su defecto, informe de la Inspección médica de dicho Servicio. También es cierto que en las solicitudes a instancia de parte, que son la mayoría, no se solicita por el Equipo de Valoración de Incapacidades al Servicio Público de Salud tal historial y tan sólo se advierte, cuando se cita al solicitante, que aporte los documentos que crea oportunos o necesarios que justifiquen su estado de salud.

rección del INSS correspondiente resolviera, «que no se había producido variación en el estado de las lesiones que determine la modificación del grado de incapacidad». Sobre todo, cuando, como se observa en los hechos probados, se ha producido una importante variación demostrada, según se intuye, en un rosario de pruebas provenientes todas ellas de una Entidad Gestora, como es el Servicio Público de Salud de Navarra.

Más aún, se observa un cambio de postura de la Entidad Gestora al respecto ya que lo que viene a discutirse en los distintos pleitos no es la nueva situación de incapacidad permanente del trabajador, sino si esa «distinta situación», esto es, la de enfermo terminal, da derecho a prestación de gran invalidez por no ser «permanente» (¿cuestión nueva?).

3. SOBRE LA «PERMANENCIA» EN LAS SITUACIONES DE LOS ENFERMOS TERMINALES

Como anteriormente se ha dicho, para ser declarado incapaz «permanente», además de presentar reducciones anatómicas o funcionales graves que disminuyan o anulen la capacidad laboral, es necesario que éstas sean «previsiblemente definitivas». La incapacidad permanente protege las necesidades de una persona enferma, cuya capacidad de ganancia ha quedado disminuida por su discapacidad funcional para la realización de algunos o todos los trabajos, con una pensión (salvo para las situaciones de incapacidad permanente parcial y de opción por indemnización en la incapacidad permanente total). Las pensiones tienen como característica común el ser vitalicias, por ello el requisito de la permanencia es fundamental para la calificación y obtención del correspondiente grado de incapacidad.

Decir «permanencia» no es lo mismo a decir irreversibilidad. Es cierto que podemos encontrarnos lesiones o enfermedades irreversibles, pero también es cierto que entiende también como permanentes aquéllas que sean previsiblemente definitivas y también se dice que no será obstáculo a dicha calificación la posibilidad de recuperación si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. En palabras de ÁLVAREZ DE LA ROSA, es permanente, pues, el estado invalidante que ha disminuido la capacidad de trabajo y ello en el sentido que la constatación de dicho estado comporte un juicio de permanencia, no absoluta, sino relativa de la situación biológica y socioeconómica referido al sujeto protegido o, en otros términos, un juicio de probabilidad que el estado invalidante será de larga duración o por tiempo imprecisable¹².

¹² ÁLVAREZ DE LA ROSA, J.M., *Invalidez permanente y Seguridad Social*, op. cit., pág. 210.

Y es que, de todos es sabido, la evolución que caracteriza a la ciencia médica. Evolución que conlleva tanto el avance en los métodos de diagnóstico, capaces de perfilar mejor la etiología de las enfermedades y sus consecuencias, como en la incorporación de nuevos tratamientos terapéuticos capaces de reparar o sanar patologías que en un momento anterior no tenían solución médica. Por consiguiente, lo que hoy es incurable, es decir, permanente, mañana puede serlo y desaparecer el carácter de permanencia que al principio se le dio¹³.

En ello tiene su sentido y fundamento la posibilidad de revisar¹⁴ las situaciones de incapacidad permanente por mejoría, evidentemente, lo que justifica la afirmación realizada anteriormente de que permanencia no equivalía a irreversibilidad¹⁵. En definitiva, el criterio de la permanencia tropieza con una serie de inconvenientes, principalmente la extraordinaria versatilidad del ciclo de estabilización de las lesiones invalidantes y la incertidumbre consiguiente, a veces durante años¹⁶. Y es que, desde antiguo, la jurisprudencia relativiza el concepto de permanencia ante estados patológicos en que no existe una estabilización de los mismos¹⁷.

En la STS de 11 de octubre de 2004 viene a discutirse el que pueda reconocerse el grado de gran invalidez para un enfermo terminal, que solicita su revisión de la incapacidad permanente absoluta, ya que para ello sería preciso, según la Entidad Gestora y alguna doctrina judicial, que el esta-

¹³ Como indican PÉREZ PINEDA, B. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M., en *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*, Ed. Comares, Granada, 1996, pág. 38.

¹⁴ Puede ocurrir que durante la invalidez la situación de beneficiario cambie. El art. 143 LGSS señala que tanto las declaraciones de invalidez permanente, como las relativas a los distintos grados de incapacidad, serán revisables en todo tiempo, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima establecida para la pensión de jubilación. Las causas para poder revisar se fundarán en la agravación o mejoría del estado del inválido o en el error de diagnóstico (en el mismo sentido art. 36 Orden 15-4-69).

¹⁵ En este mismo sentido, RODRÍGUEZ JUVENCEL, en *La incapacidad para el trabajo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 26.

¹⁶ Así lo dice ROQUETA BUI, R., en *La incapacidad permanente*, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pág. 26.

¹⁷ Así la STS de 6 de julio de 1979 (RA 3196) dice: «En la definición de la ip en cualquiera de sus grados entra como uno de sus elementos esenciales la nota de permanencia, el de que las reducciones anatómicas o funcionales graves sean 'previsiblemente definitivas' o que la posibilidad de su curación se estime médicamente incierta o a largo plazo, nota de permanencia en la calificación de la ip sólo relativa, puesto que todas las incapacidades laborales están sujetas a revisión, pudiendo el trabajador recobrar su completa aptitud laboral o encontrar disminuidas o agravada la primera calificación de su incapacidad; se trata de una característica de tipo práctico indispensable para separar la invalidez provisional de la permanente» (o de la incapacidad temporal). Idéntica doctrina aparece en las SSTS de 29-1-1974 (RA 306); 17-5-1976 (RA 3262) y 4-7-1978 (RA 2737). Véase al respecto, ÁLVAREZ DE LA ROSA, J.M., en *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, op. cit., pág. 212 y 213.

do del incapacitado tenga un cierto carácter de permanencia que pueda prolongarse en el tiempo.

Acierta de pleno, a mi juicio, el Alto Tribunal en la fundamentación jurídica que, podríamos decir, se basa en tres argumentos principales:

- a) La permanencia se exige por igual para cada declaración de invalidez o incapacidad.

Si se considerara que la situación de invalidez del beneficiario que solicita su revisión no es permanente, en pura lógica, lo que tendría que haberse hecho no es sólo no conceder el grado de gran invalidez, sino también extinguir la pensión que ya tenía ya que ello es un requisito para la obtención de la misma. O como se expresa el TS, «resultando incongruente que se conceda la absoluta —que exige permanencia— y se deniegue su cualificación [de gran invalidez en base a la falta de este requisito]». Sobre todo, cuando se viene observando, de los hechos probados, y conocidos por la Entidad Gestora, que el beneficiario viene necesitando de la asistencia de terceros para realizar los actos esenciales de la vida.

- b) No afecta a la permanencia el hecho de que sea un enfermo terminal.

No se deja de tener una incapacidad permanente por el hecho de que, según lo que entiende la ciencia médica, se prevea el hecho de que alguien está a punto de morir. Ya que no puede preverse «la duración de un proceso degenerativo por enfermedad por graves que sean las dolencias». Y es que, como indican PÉREZ PINEDA y GARCÍA BLÁZQUEZ, incluso en aquéllos casos donde la regla es la irreversibilidad, «circunstancias exógenas no identificadas, reacciones inmunodefensivas del sujeto, etc, pueden hacer regresar la enfermedad»¹⁸. Puestos a utilizar argumentos restrictivos, basados en criterios economicistas antes que en la aplicación justa de la norma, y tan peregrinos como el utilizado en el asunto judicial objeto de este trabajo, la Entidad Gestora podría denegar una prestación de incapacidad permanente a trabajadores de edad avanzada¹⁹ argumentando que, según la edad, se ha superado la esperanza de vida prevista por el Instituto Nacional de Estadística y por lo tanto no es «permanente» ya que su muerte es muy probable que esté cercana.

- c) Permanencia es lo contrario a intermitencia.

Ello supone lo que veníamos diciendo más arriba, la permanencia es un concepto que conlleva una cierta duración en el tiempo, aunque indeter-

¹⁸ En *Fundamentos médicos legales de la incapacidad laboral permanente*, op. cit., pág. 38.

¹⁹ Que podría serlo por contingencias profesionales en cualquier caso o por contingencias comunes en caso de que no alcanzara el período de carencia para la obtención de una prestación de jubilación (en cualquier caso, menores de 80 años ya que a partir de esa edad el período de carencia para incapacidad permanente coincide con el mínimo de 15 años exigidos para la jubilación).



minada o indefinida. La situación de permanencia se acaba con la recuperación o con la muerte, por tanto, mientras haya vida hay permanencia y la existencia del derecho a que se proteja la situación del inválido que necesita del concurso de una tercera persona para llevar a cabo sus necesidades de subsistencia y «es contrario a la lógica, privar de tal asistencia so pretexto de que su duración va a ser previsiblemente corta».

4. EN PARTICULAR, SOBRE LAS PRESTACIONES DE GRAN INVALIDEZ

Se decía anteriormente que la gran invalidez es definida como la situación del trabajador afecto a incapacidad permanente que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, comer, desplazarse o análogos^{20 21}. Ello conlleva, sin duda, unos gastos adicionales por el beneficiario de prestaciones de incapacidad permanente ya que tendrá que abonar los gastos adicionales de esa tercera persona que le ayude en las tareas más elementales de su vida cotidiana, por ello la prestación de gran invalidez supone el reconocimiento de un «complemento de protección» específico para tal situación de pérdida de autonomía vital²². Incremento del 50% que no tiene naturaleza salarial pese a la contraprestación de servicios de atención al gran inválido por la tercera persona sino de «prestación asistencial»²³ y respecto del que no existe ninguna actividad de la Administración de la Seguridad Social para comprobar si el beneficiario ha dado a la prestación el destino legalmente previsto²⁴.

²⁰ La jurisprudencia desde muy antiguo viene indicado que las secuelas invalidantes han de ser de tal naturaleza que impidan la satisfacción de las necesidades primarias e ineludibles para poder psicológicamente subsistir o para ejecutar aquéllos actos indispensables para la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponden a la convivencia humana (por todas, STS de 3 de octubre de 1968, RA 5088).

²¹ El art. 141.2 LGSS señala, sin embargo, que las pensiones vitalicias en caso de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

²² Como se recuerda, a petición del gran inválido, o su representante legal, puede autorizarse la sustitución del incremento por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del sistema de Seguridad Social, siempre y cuando se considere beneficioso para el mismo.

²³ *Vid.*, al respecto STS de 3 de marzo de 1989, RA 1787.

²⁴ En este sentido, AZNAR LÓPEZ, M., en «Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos», *Foro de Seguridad Social* n.º 5, 2001, pág. 56.

Es una enumeración meramente orientativa, abierta, «que deja en manos de los jueces ir definiendo caso a caso y día a día lo que se considera como actos más esenciales para la vida, lo cual no deja de suponer un alto grado de relativización»²⁵. Y es que ha de recordarse que el art. 136 LGSS formula un concepto general de incapacidad permanente por medio de una serie de conceptos jurídicos indeterminados que el operador jurídico debe aplicar directamente y que habrían de ser llenados de contenido por la ciencia médica²⁶. Se dijo que el carácter abierto de los conceptos que definen la incapacidad permanente servían para flexibilizarla y dotarla de mayor capacidad para adaptarse a la realidad²⁷. Más aún, en numerosas sentencias, el Tribunal Supremo ha venido a afirmar que el concepto de gran invalidez lo perfila la norma legislativa haciendo una enumeración de determinados actos por vía enunciativa, remitiendo después a la analogía, lo que permite definir como acto esencial para la vida el que se encamina a la satisfacción de una necesidad primaria y ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquéllos actos indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponden a la humana convivencia²⁸.

La gran invalidez tiene su fundamento o base en la situación de dependencia del inválido con relación a otra persona para la realización de alguno de los actos, no son necesarios todos según la doctrina de los tribunales, que la propia Ley delimita como «más esenciales» de la vida²⁹. Así pues, para la calificación en este grado tendrá que observarse «la relación existente entre las secuelas invalidantes y la posibilidad de bastarse a sí mismos para las tareas primarias de subsistencia del ser humano»³⁰. No es pre-

²⁵ Así lo dice GARCÍA NINET en «Algunas consideraciones en torno a la gran invalidez», *TS* núm. 114, 2000, págs. 5 y 6.

²⁶ Situación que parecía no agrada al legislador ya que, como en un momento anterior, trató de evitarla con el diseño de una nonata lista de enfermedades, evitando con ello los conceptos jurídicos indeterminados.

²⁷ Como indica ROQUETA BUI, R., en *La incapacidad permanente*, *op. cit.*, pág. 19. Y continuaba diciendo, en efecto, la norma prevé todas las situaciones posibles con independencia de las dolencias, del sujeto y del trabajo, permitiendo, de este modo, el tratamiento individualizado de cada supuesto en atención a las específicas circunstancias subjetivas y objetivas del beneficiario.

²⁸ *Vid.*, SSTS de 3 de octubre de 1968, de 12 de diciembre de 1972, de 4 de diciembre de 1976, de 16 de marzo de 1977, de 12 de diciembre de 1977, de 19 de enero de 1982, de 25 de abril de 1982, de 2 de julio de 1985 y de 7 de octubre de 1987, todas ellas recogidas en la magnífica síntesis de la cuestión que hace la STSJ de la Rioja de 5 de febrero de 1998.

²⁹ En este sentido, AAVV, *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente*, *op. cit.*, págs. 71-72.

³⁰ Nuevamente ÁLVAREZ DE LA ROSA, J.M., en *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, *op. cit.*, pág. 245.

ciso para comprender dentro del concepto de gran invalidez que la ayuda que necesita el inválido sea de carácter continuado o permanente, ni tampoco que la ayuda de tercera persona se requiera para todos los actos de la vida cotidiana, bastando para ser merecedor de la gran invalidez con que algún tipo de acto esencial de la vida cotidiana se necesite la ayuda o colaboración de otra persona³¹.

Llevamos refiriéndonos a la gran invalidez como un grado de incapacidad permanente, de conformidad con el art. 137.1 de la LGSS y alguna doctrina judicial³² y científica³³, pero lo cierto y verdad es que en el momento actual una parte de la doctrina no lo tiene tan claro. También es cierto que parte de esta polémica viene, quizás, referida a otra de sobre si es posible o no obtener la gran invalidez sin ser inválido absoluto, cuestión producida por la DF 5.ª de la Ley de Integración Social del Minusválido³⁴. Así, STS de 15-12-1993 (y otras posteriores) en las que se indica que «es inexacto afirmar...que a partir de la modificación introducida en el número 6 del art. 135 LGSS por la disposición final quinta de la Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre integración social de minusválidos, ya no puede considerarse a la gran invalidez como un grado invalidante, puesto que los único que dispone esta norma es que la gran invalidez no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo...»³⁵.

Respecto de los que no creen que la misma sea un grado autónomo, se argumenta que si la incapacidad permanente se define por la incidencia del estado psicofísico del trabajador en su capacidad de trabajo, «resulta obvio que la tipificación de la gran invalidez no constituye en puridad un grado de incapacidad permanente»³⁶. Y es que la definición de la gran invalidez nunca ha tenido relación con el trabajo sino con consideracio-

³¹ Véanse las SSTs de 23 de marzo de 1988 y 30 de enero de 1989.

³² En este sentido la STS de 22 de julio de 1996 indica que la gran invalidez es un grado autónomo de la incapacidad permanente, de tal modo que su reconocimiento o bien es inicial o directo en una primera calificación de las secuelas, o bien se reconoce por agravación del grado de invalidez antes reconocido.

³³ Cfr. PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. en «Conceptos, requisitos de acceso y prestaciones previstas», en AAVV, Coord. Blanco Martín, *Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 212. También ROQUETA BUI, *La incapacidad permanente*, *op. cit.*, pág. 47.

³⁴ Que indicaba que la «gran invalidez no implica necesariamente la invalidez permanente absoluta para toda clase de trabajos».

³⁵ En la práctica todos los grandes inválidos reciben una prestación del 150% de su base reguladora, lo que viene a significar que la Entidad Gestora ha enlazado o derivado esta contingencia de una incapacidad permanente absoluta.

³⁶ Como indica MARTÍN PUEBLA, E., en *La protección social de la incapacidad permanente para el trabajo*, Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 55.

nes exclusivamente psicofísicas³⁷, que la configuran «al margen de lo laboral»³⁸.

Aunque a mi parecer, la naturaleza de la gran invalidez está vinculada a cuestiones funcionales del individuo más que a su capacidad de trabajar, y por lo tanto no sería un grado autónomo sino una condición especial del incapacitado permanentemente para trabajar, opino que en los términos que se ha planteado tal discusión es en cierto modo estéril. Lo importante en puridad es si el complemento o incremento para sufragar los gastos adicionales del concurso de una tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida es suficiente para el fin que pretende y si de «lege ferenda» habría de generalizarse a toda la población independientemente de la edad. En ello nos centramos a continuación.

5. A PROPÓSITO DE LA GRAN INVALIDEZ COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA

La gran invalidez tiene como objeto, como acaba de verse, la protección del desvalimiento de las personas que sufriendo una incapacidad permanente necesitan el concurso de una persona para atenderles y ayudarles en la realización de los actos esenciales de la vida.

En los últimos tiempos ha venido observándose cómo la mejora de la calidad de vida de las personas en los países desarrollados ha llevado consigo el aumento de la esperanza de vida. El envejecimiento de la población, y la necesidad de que en la mayoría de las familias, para llevar un nivel de vida adecuado, aporten sus ingresos todos o casi todos sus miembros, ha supuesto que un número importante de ancianos, en muchos casos enfermos o incapacitados, hayan podido quedar desvalidos ya que su atención familiar (normalmente familiares de género femenino, de la que se conoce su importante inclusión en el mercado de trabajo) ha desaparecido. Podría decirse que es un efecto «colateral» de ese aumento de la longevidad de la población.

Nos encontramos pues con dos problemas el de la invalidez y el de la vejez que pueden dar lugar a una necesidad común: la necesidad del concurso de una tercera persona para la realización de los actos esenciales de la vida³⁹.

De hecho, la Recomendación (98) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 18 de septiembre de 1998 entiende como dependencia

³⁷ Así lo dijo con acierto hace algún tiempo OJEDA AVILÉS, A., en «El concepto legal de invalidez en el régimen general de la Seguridad Social», *RPS* núm. 109, 1976, pág. 47.

³⁸ Cfr. DESDENTADO BONETE, A., «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social», *RMTAS* núm. 4, 1997, pág. 69.

³⁹ Ello podría demostrar que realmente la gran invalidez no es simplemente una grado más de la incapacidad permanente para el trabajo sino que es una «connotación de la imposi-



«el estado en que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o pérdida de anatomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayuda importante a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria». Como puede verse hay un cierto paralelismo con la definición de gran invalidez, pero sin ligarla a la incapacidad para el trabajo.

Como se ha dicho, la situación de la dependencia no es nueva, no nace un nuevo riesgo social, «lo novedoso es la dimensión del riesgo»⁴⁰. En este sentido, puede verse que es necesario ampliar la cobertura del sistema de protección a dichas conocidas necesidades ya que las mismas sólo han sido cubiertas de forma parcial en nuestro ordenamiento a través de prestaciones como la gran invalidez o la concesión de complementos para personas con necesidad de concurso de tercera persona para realizar en las prestaciones no contributivas de invalidez o por hijos a cargo minusválidos. La generalización de estas situaciones de necesidad es un hecho que incide de forma negativa en los ciudadanos y deja de forma evidente a la luz una carencia del sistema de protección económica o prestacional ya que el sistema no ofrece a quienes sufren estas situaciones los bienes, servicios o rentas que se requieren para poder superarla.

Son varios los problemas, respecto de la cobertura de las situaciones de dependencia, que plantea la protección de la gran invalidez.

El primero de ellos se refiere a la edad ya que no puede calificarse, como regla general⁴¹, como gran inválido (y concederle consecuentemente el complemento de pensión para remunerar a quien le atienda) a los mayores de 65 años, que por cierto es donde en la actualidad se encuentran el mayor número de dependientes ya que lo son por la edad. Sólo así podría identificarse la gran invalidez con la protección absoluta de la dependencia, pero es una cuestión que depende del legislador⁴². De no ser así, la protección de la gran invalidez quedaría como una medida que vendría a cubrir

bilidad personal que se añade a otra incapacidad profesional que es la que justifica la prestación básica», como dice GONZÁLEZ ORTEGA, S, en «La protección social de las situaciones de dependencia», *RL* núm. 17-18, 2004, pág. 22.

⁴⁰ Así, MALDONADO MOLINA, J.A. en *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 15.

⁴¹ Sería posible para mayores de 65 años que, habiendo seguido en activo, hubieran tenido un accidente de trabajo o bien para los mayores de 65 años que, sin período de carencia para una pensión de jubilación hubieran solicitado una incapacidad permanente por tener unas lesiones o enfermedades que le hubiesen hecho de necesitar a una tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida (y se le hubiera concedido, claro está).

⁴² Ha de recordarse que el TC en STC 197/2003, de 30 de octubre, al negar la inconstitucionalidad del artículo 143.2 LGSS, y afirmando la imposibilidad de obtener pensiones de gran invalidez tras haber cumplido los 65 años de edad, diferenciado el objeto de protección de la gran invalidez y de las situaciones de dependencia.

una parte de protección de las situaciones de dependencia: la de los trabajadores menores de 65 años (o mayores que hayan sido declarados como tales antes del cumplimiento de dicha edad). O sea, en la misma situación que actualmente nos encontramos. Queda mucho por hacer respecto de la protección de la dependencia y con la regulación actual no se cumplen, ni mucho menos, las expectativas que a nivel europeo se tienen sobre la cobertura de esta situación.

El segundo se referiría a las condiciones para declarar a alguien como gran inválido por necesitar del concurso de una tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida. Ello sería algo bueno para evitar la discrecionalidad por parte de la Administración y que sean los jueces los que determinen el concepto jurídico indeterminado que supone la gran invalidez. Se necesitan criterios objetivos para ello. En el campo de la medicina ya se han adoptado distintos criterios como el de Barthel (al que hace referencia la sentencia que se comenta) que tiene diversas versiones modificadas por otros especialistas (Granger, Shah, etc) o el test Delta que suelen atender a diversas cuestiones y que, según la puntuación obtenida, se entiende si la persona es o no dependiente. De hecho, en el nivel no contributivo, el Anexo 2 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, para el procedimiento de reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía en nivel no contributivo recoge el baremo para determinar la necesidad de asistencia de otra persona valorando ponderadamente la imposibilidad de realizar diversas actividades de la vida diaria, a los que se asigna una puntuación que oscila entre los 1 y 5 puntos, de cuya suma resulta una cifra que sólo si es superior a 15 puntos se entiende que hay necesidad de tercera persona, cifra perfectamente asequible para las personas que reúnen el 75% de minusvalía⁴³.

⁴³ Sobre el tema, nuevamente, véase MALDONADO MOLINA, J.A., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones futuro*, op. cit., pág. 20 y sigs.

Las actividades a evaluar, según el Anexo II, son seis, que a su vez se concretan en diversos aspectos:

- Desplazamiento.
- Cuidado de sí mismo en ámbitos elementales: en la cama, vestirse, higiene personal, y alimentación.
- Comunicación con el exterior de su vivienda; otras actividades dentro de la casa: seguridad y acceso (pestaños, llaves, abrir y cerrar puertas y ventanas), manejar dispositivos domésticos (grifos, enchufes, interruptores); manejar objetos tales como radio, libros, periódicos, etc.
- Cuidados especiales que pueden ser de tres tipos: dependencia de aparatos especiales que exijan la ayuda de otra persona para su uso; necesidad de precauciones especiales; y dependencia de otra persona para la colocación de prótesis, óstesis, etc.
- Adaptación personal y social en cuatro aspectos: convivencia, autoprotección, conducta social y autosuficiencia psíquica.



Finalmente, respecto de la cuantía de la prestación: la gran invalidez, como se dijo anteriormente, supone un incremento del 50% de la incapacidad permanente absoluta. Vincular la cuantía de una prestación a una base reguladora que depende de los salarios que se reciben, supone vincularla a los ingresos previos pero no «con las necesidades generadas por la dependencia»⁴⁴ y es que ello es una situación que habría de cuantificarse de forma objetiva en el valor de la compensación de la asistencia de una tercera persona⁴⁵. Ya que lo importante aquí es que la prestación sea suficiente para cubrir los gastos ocasionados por el cuidador, por lo que deberá verse si el cuidador es informal (normalmente son los familiares) o formales o externos. Y justificarse por parte del beneficiario los gastos realizados. Sólo así la gran invalidez cumpliría el objeto para el que se creó, que no era otro que atender las situaciones del dependiente.

⁴⁴ Como indica GONZÁLEZ ORTEGA, S, en «La protección social de las situaciones de dependencia», *op. cit.*, pág. 22.

⁴⁵ Así lo dice MALDONADO MOLINA, J.A, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones futuro*, *op. cit.*, pág. 34.





**REAFIRMACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL
EFECTIVA DESDE EL ERROR PATENTE
POR LA INADMISIÓN DE UNA PRUEBA
Y CONSIDERACIONES A LA PRUEBA ELECTRÓNICA
DE REPRODUCCIÓN DE VOZ EN LOS PROCEDIMIENTOS
DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

STC, de 15 de noviembre de 2004

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ *

SUPUESTO DE HECHO: Formulada demanda en materia de derechos fundamentales contra la Mutua Asepeyo, por la que se solicitaba se declarara la vulneración de los derechos a la integridad física y moral y a su dignidad en el trabajo, y que se ordenara el cese en el comportamiento que mantenía contra la actora de hostigamiento y acoso moral en el trabajo, abonándole una indemnización de 36.060'73 euros en concepto de daños y perjuicios causados. La instancia en manos del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense desestimó la inadmisión de la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones de la actora.

Resultó determinante el hecho de la inadmisión de la prueba propuesta por la actora consistente en la reproducción de una grabación magnética de la conversación mantenida entre la actora y el Director Regional de Asepeyo, a cuyo efecto el letrado de la parte actora presentó la correspondiente transcripción escrita de la conversación. La inadmisión de la prueba se determinó en atención a que el Sr. Roque no sabía que estaba siendo grabado, y contó con la oportuna protesta por el letrado de la actora. Dicha protesta, si bien no constó en el acta, se reflejó con posterioridad por diligencia del Sr. Secretario, quien salvó así el error u omisión contenida en el acta del juicio.

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado en ejercicio. Universidad de Jaén.

La sentencia desestimatoria de la pretensión de la actora originó el recurso de suplicación, basado en infracción de normas del procedimiento por la inadmisión de la práctica de la prueba de reproducción de una grabación magnetofónica junto a su correspondiente transcripción literal, habiendo causado indefensión. La Sala de lo Social de Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 29 de marzo de 2003, desestimó el recurso, considerando que no era posible entrar a valorar lo oportuno o no de la inadmisión si previamente no se había hecho valer la protesta. Sorprendentemente, la Sala, en evidente menosprecio del conjunto de las actuaciones, llegó a tales conclusiones ante la ausencia de protesta en el acta del juicio, sin apreciar la existencia de la diligencia de Secretario que completa el acta y que subsana el error o la omisión del acta de contener el protesto formulado por el letrado en el acto de juicio y ante la inadmisión de la prueba por parte del juzgador de instancia.

Tal rechazo del recurso, llevó a la actora, a formular demanda de amparo invocando lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión según la doctrina del artículo 24.1 CE y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa en virtud del artículo 24.2 de la CE.

La formulación del recurso, obtuvo el amparo solicitado por la actora, mandado anular la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, con el fin de se dicte nueva sentencia respetuosa con el derecho fundamental de la actora a la tutela judicial efectiva. Una nueva sentencia habrá de valorar la oportunidad o no de la inadmisión de una prueba propuesta en el acto de juicio, rechazada por el Juzgado de lo Social, sin que se acreditara que dicha prueba fue obtenida vulnerando los derechos fundamentales o las libertades públicas del demandado.

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Constitucional, sobre la que tratamos de dar noticia, estimó el recurso considerando necesario que el tribunal competente para conocer del recurso de suplicación valorara la existencia de la diligencia que recogía la rectificación al acta, en la que consta el protesto a la inadmisión de la prueba, que se convierte en el principal motivo de suplicación. El TC eleva a la categoría de error vulneratorio del derecho a la tutela judicial efectiva, el hecho de no valorar el motivo alegado en suplicación, debiéndose estimar el amparo y retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior a que se dicte sentencia por la sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Se efectúa en la sentencia una glosa de la doctrina del TC relativa a qué error sobre los presupuestos fácticos de una sentencia cometida por el juzgador puede elevarse a la categoría de violación constitucional:



- a) un error notorio, cuya existencia resulte verificable de forma clara por las propias actuaciones judiciales.
- b) el error, ha de ser igualmente determinante de la decisión adoptada, su *ratio decidendi*.
- c) La equivocación habrá de ser imputable solo al órgano judicial y no atribuible a la mala fe de la parte.
- d) El error necesita producir efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca.

La estimación del primer motivo esgrimido por la demandante en amparo, y la consiguiente remisión al Tribunal Superior de Justicia de Galicia en donde subsanado el error relativo a la apreciación del protesto por la inadmisión de la prueba, habrá de resolverse el recurso de suplicación formulado sobre la denegación de la prueba, hizo que quedara sin valorar el segundo de los motivos alegados en amparo, siendo así que habrá de ser la referida Sala de lo Social, quien valore los reales efectos que en el caso concreto tiene la decisión adoptada por el Juzgado de lo Social de rechazar la prueba sobre reproducción del sonido mediante medios mecánicos.

ÍNDICE

1. LA RELEVANCIA DE LA SENTENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
2. A PROPÓSITO DEL MOTIVO NO VALORADO SOBRE LA INADMISIÓN DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA DE REPRODUCCIÓN DE VOZ
3. VALORACIÓN FINAL

1. LA RELEVANCIA DE LA SENTENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El artículo 87.2 es muy claro en su redacción, y no ha generado ningún tipo de dificultad interpretativa, como viene demostrando la sistemática y pacífica aplicación por parte de los tribunales del citado precepto. La pertinencia de las pruebas y de las preguntas que puedan formular las partes se resolverá por le Juez o Tribunal, y si el interesado protestase en el acto contra la inadmisión, se consignará en el acta la pregunta o la prueba solicitada, la resolución denegatoria, la fundamentación razonada de la denegación y la protesta, todo a efectos del correspondiente recurso contra la sentencia.

Puesto que tales requisitos habían sido cumplidos por la proponente de la prueba cuya inadmisión se originó, no cabe duda que el amparo del TC, no es sino la consecuencia lógica de la aplicación de la doctrina del error vulnerable del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que ya ha quedado expuesta en el resumen.



Nos han parecido reseñables los argumentos esgrimidos por la representación procesal de la demandada (Asepeyo), al indicar que no agotó la recurrente en amparo la vía judicial al despreciar el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 240.3 de la LOPJ, como mecanismo de subsanar los defectos que son susceptibles de causar indefensión y que no hubieran podido ser denunciados antes de recaer Sentencia definitiva. Por otro lado considera la demandada que en el marco del artículo 89 de la LPL, sólo el momento de la firma es el hábil para formular alguna queja u observación sobre su contenido real. El carácter preclusivo de este momento, entiende la demandada en amparo, que imposibilita para hacer ninguna rectificación o protesta al acta, por cuanto la no inclusión en el acta del protesto solo es imputable a la recurrente en amparo. Efectivamente ninguno de estos argumentos han sido estimados en la sentencia del TC, por cuanto ambos carecen de sentido en el motivo del amparo. Como acertadamente indica la Sala Segundo del TC, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, desestimó el recurso, exclusivamente por entender que no se había formulado protesto, en el acto de juicio, sin apreciar la constancia del mismo, mediante la afirmación del Secretario en la Diligencia complementaria al acta. Por lo tanto ninguna objeción puso el tribunal, ni a la necesidad de aplicar la vía del incidente de nulidad, ni tampoco, al hecho de que estuviese recogido el protesto mediante diligencia de Secretario. Por ello ciertamente lo importante y trascendente a los efectos del recurso posterior, lo encontramos en el hecho de la protesta, y no en la forma en que esta se refleja en las actuaciones. En el fundamento jurídico segundo, descarta la Sala Segunda, la aplicación de este precepto, por cuanto cuando una resolución incurre en las irregularidades del artículo 240.0 de la LOPJ, y no cabe contra ella ningún otro recurso en vía ordinaria, queda abierta la vía del recurso de amparo sin que sea necesario interponer previamente el incidente de nulidad.

2. A PROPÓSITO DEL MOTIVO NO VALORADO SOBRE LA INADMISIÓN DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA DE REPRODUCCIÓN DE VOZ

Si por algo nos ha llamado la atención la sentencia que comentamos, no es por otra cosa que por la negativa valoración que nos merece el desprecio a los intentos probatorios que efectúa la actora y que son rechazados con justificaciones inconsistentes por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense.

Ciertamente la desestimación de la prueba se realiza desde la consideración de que la misma se había obtenido sin que el grabado supiera que la grabación se estaba realizando. La presunta vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la grabación, no sólo no es cierta sino que no



puede sustentarse sobre la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional emitida acerca de la obtención de pruebas. Como acertadamente señala la representación procesal de la recurrente en la sentencia, la grabación se realiza en el lugar de trabajo, dentro del despacho del director, durante el horario de trabajo y en el transcurso de una reunión solicitada por la trabajadora, para tratar temas relativos a su situación en la empresa y al trato que viene recibiendo. En este entorno, nunca puede ser la grabación vulneratoria de los derechos del grabado, si los mismos son un exponente clarificador de la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.

La mayor relevancia de la prueba inadmitida está en directa relación con el tipo de procedimiento, en cuyo transcurso se desprecia la práctica de la prueba. Los procedimientos que tratan de solicitar el amparo de los tribunales cuando de la vulneración de un derecho fundamental se trata como consecuencia de las medidas y actitudes de hostigamiento y acoso moral en el trabajo, tiene precisamente su piedra angular en el desarrollo de la prueba, y del alcance que esta puede tener, cuando todo en el ámbito de trabajo puede resultar hostil al demandante.

Compartimos los criterios puestos de manifiesto por la sentencia del Tribunal Constitucional 49/2003 en la que se dice *«que en no pocas ocasiones, la intención de dañar, característica del acoso moral, se concreta en actos lícitos socialmente aceptados, justamente la intención de dañar los hace ilícitos, aunque dicha intención no suele aparecer externamente, ocultándose en una apariencia de normalidad, como, sin ir más lejos, la interposición de denuncias ante organismos públicos, o el ejercicio de las facultades empresariales de control del trabajador, como la del art. 20 apartado 4 del E.T. Si el acoso moral se limitase a esas actuaciones, su demostración sería harto dificultosa»*

Si bien no podemos olvidar la reglas de la inversión de la carga que afecta a los procedimientos especiales por vulneración de derechos fundamentales, también es una realidad el hecho de la enorme dificultad que encierra la prueba para el trabajador cuando trata de acreditar la situación fáctica de acoso moral, que suele manifestarse a través de conductas hostiles reiteradas contra la dignidad e integridad personal de la víctima —injurias, burlas, mofas— o contra su profesionalidad —encargos monótonos ... o impropios de su categoría profesional—. Esto va a exigir un gran esfuerzo, que permita poner en relación las piezas del rompecabezas, para llegar a la conclusión de la existencia de acoso moral, debiendo traducir a la Sala, la realidad de unas conductas que quedan dentro de la sutileza y el cuidado que pone el hostigador, para tratar de proteger la evidencia.

No podemos, por tanto, compartir los criterios limitadores de la prueba de grabación que llevó al Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense a despreciar la grabación de la conversación entre la trabajadora y el demandado. Ni el artículo 90.1 de la LPL, ni el artículo 382.1 de la vigente ley de Enjui-

ciamiento Civil, establecen alguna contradicción que nos permitan encontrar justificación a la inadmisión de la prueba de grabación de voz denegada por el Juzgado de lo social núm. 2 de Ourense. De esta forma, más incomprensible aún nos resulta la ligereza con la que la prueba es denegada, sin valorar de forma adecuada el fondo de la desestimación, y sin sopesar las dificultades probatorias de estos procedimientos, y sin sopesar la trascendencia de los derechos que se puedan haber lesionado y sin atender a la posición que cada una de las partes ha de jugar en el procedimiento por vulneración de derechos.

Sentencias como la de la 4 de junio de 2001 emitida, además, por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que ha de resolver sobre la pertinencia de la prueba en el caso del conflicto que une a las partes presentes en el recurso de amparo que comentamos, y sobre el alcance de la vulneración de derechos, nos recuerdan la que viene siendo posición mayoritaria en la interpretación del contenido del artículo 90.1 de la LPL. *«No ha de tener éxito la pretensión auspiciada por la parte actora, habida cuenta de que por más que el contenido de las cintas de vídeo a que se contrae el motivo de recurso no conculca o vulnera en modo alguno la intimidad personal y familiar y mucho menos el honor del demandante, habiendo sido obtenidas en lugares públicos y las imágenes captadas en el garaje, a que se refiere el recurrente, no constituyen intromisión en el espacio íntimo y privativo del mismo en forma tal que se erigiese en óbice para la consideración de la grabación como válida y eficaz apoyatura de la tesis sustentada por la empresa demandada, sin que pueda olvidarse que, amén de los referidos vídeos, obra en autos informe elaborado por la agencia de detectives privados convenientemente ratificado en autos por el autor material del seguimiento así como por el titular de la agencia, no se ha constatado la concurrencia de irregularidades y defectos, a que alude el recurrente, en relación con la meritada prueba de vídeo, que la convirtiesen en ineficaz o inidónea a efectos probatorios, estando incardinada en el ámbito del artículo 90 de la Ley de Procedimiento Laboral, donde se establece que «Las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas», siendo así que, como determina la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 mar. 2000, haciéndose eco de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 17 jun. 1996 y de la resolución de la Sala 1.ª de 12 jun. 1999, aun cuando el material obtenido por medio de reproducción de la imagen y del sonido no es propiamente un documento, accede al proceso por medio de la actividad que constituye el medio de prueba documental, dada su condición de soporte material representativo de hechos y procede asignarle va-*



lor de prueba documental a los efectos previstos en el art. 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral; debe rechazarse, pues, el motivo de recurso auspiciado por la parte demandante»

3. VALORACIÓN FINAL

En la tarea de dar noticias sobre las sentencias que pueden tener una relevancia mayor en el mundo del derecho procesal laboral, en esta ocasión hemos aprovechado la oportunidad que nos ofrece Temas Laborales, para trasladar el conocimiento de esta sentencia sobre la que no mantenemos ningún tipo de discrepancia, precisamente por venir a restablecer el orden constitucional, y volcar en la misma la más que sólida línea jurisprudencial que establece la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Sin embargo subyace en la misma una problemática que ha sido motivo de referencia y de nuestra valoración, pudiendo afirmar, en estricto juego dialéctico, que la sentencia es mas valiosa por lo que apunta y trasciende de su propia literalidad. La cada vez mas frecuente formulación de demandas por las diferentes vías legales que ofrece nuestro ordenamiento, en virtud de las cuales se denuncia el daño sufrido por los trabajadores en los entornos o ambientes de trabajo, mediante un proceso de estigmatización y privación de derechos civiles a que es sometida una persona, se topa de forma brusca con la necesidad de articular los correspondientes resortes probatorios, que permitan al Juzgador valorar los medios y formas en las que se produce el proceso de estigmatización. Cualquiera de las diferentes soluciones procesales precisan contener el soporte probatorio necesario que se exige desde la mecánica del proceso, cualquiera que sea el orden jurisdiccional ante el que se ejerza.) Superados los criterios legales de, objeto, proposición, practica etc, que ha de reunir la prueba para ser admitida, será la valoración, función estrictamente judicial (117.3 CE) la que nos ofrezca el alcance de dicha actividad probatoria.

Si tenemos en cuenta que ni la LPL, ni la LECivil, establecen más limitaciones a la prueba que la no obtención por medios o formas que sean lesivas a derechos, comprenderemos que es, por tanto en el ámbito de la validez, donde pueden ser sometidas a crítica las pruebas. La grabación de una conversación obtenida por uno de los intervinientes, y no por tercero ajeno, no puede afectar a reservas de intimidad de los otros, si dicha grabación además es realizada para ser utilizada como prueba del que graba, siendo por tanto una prueba válida ya que no vulnera ningún derecho fundamental de los intervinientes, y al mismo tiempo es, para el que graba, una eficaz expresión en el ejercicio del derecho fundamental de tutela judicial, desde el derecho a la prueba que reconoce el artículo 24, 2 de la Constitución.



Por lo tanto si la prueba además viene acompañada del elemento objetivo de la trascipción, y ha sido ofrecida en contradicción en la vista del juicio, esta se reviste de todas las formalidades para tener plena validez y quedar sometida a la libre valoración de la prueba.

Por ello desestimaciones como las planteadas por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense, apunta a una desatención de los deberes más básicos y preocupantes de la actuación judicial, quien lejos de permitir con generosidad el ejercicio probatorio, y reservarse al momento de dictar sentencia para opinar sobre la trascendencia o no de la prueba practicada, actúa de forma enérgica rechazando la práctica de la prueba, bajo los argumentos carentes de base constitucional. Esta situación es mucho mas grave si atendemos a la problemática que encierran las situaciones de acoso en el ámbito del trabajo, donde la intimidad del otro no ha de ser un obstáculo, sino se sopesa con los beneficios que reporta la prueba y con las dificultades probatorias de la materia a debate.

Esta conclusión, habría de ser un necesario elemento de reflexión, a fin de aumentar el compromiso de todos los operadores jurídicos, frente a los derechos fundamentales, no siendo esta la única ocasión en la que hemos tenido la oportunidad de evidenciar esta carencia y al mismo tiempo desear se vea potenciada la lectura constitucional de todo el proceso aplicativo de los derechos laborales.



4

Informes y Documentos







LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA DURANTE 2004

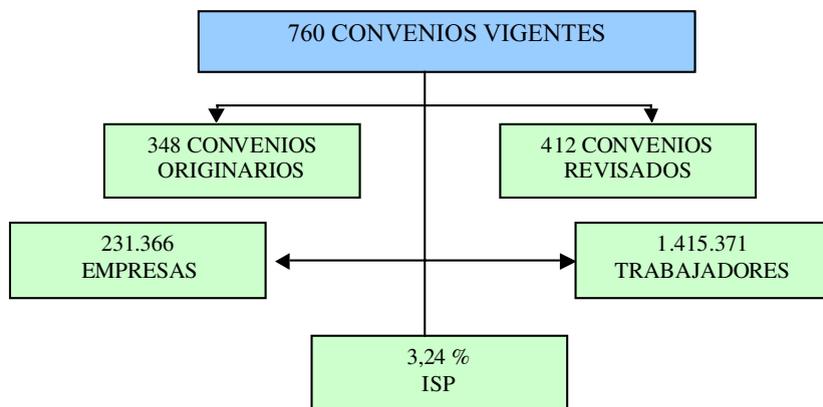
ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. TIPOLOGÍA
3. ÁMBITO FUNCIONAL
 - 3.1. Convenios Sectoriales
 - 3.2. Convenios Empresariales
4. ÁMBITO TEMPORAL
5. ÁMBITO TERRITORIAL
6. TIEMPO DE TRABAJO
7. ORDENACIÓN DEL SALARIO
8. SALUD LABORAL

1. INTRODUCCIÓN

En el análisis de la evolución de la negociación colectiva en Andalucía se ha partido como premisa de un examen global del número de convenios, de su tipología, de su estructura y organización.

En primer término resulta idóneo conocer tanto su importancia cuantitativa o numérica, como su trascendencia cualitativa en función del grado de afectación del número de trabajadores y empresarios que se ven cubiertos por los mismos. Todo ello sin olvidar las posibles interconexiones, los distintos niveles y la ordenación de los distintos productos generados por este proceso de negociación colectiva, así como las posibles peculiaridades de sus cláusulas de configuración.



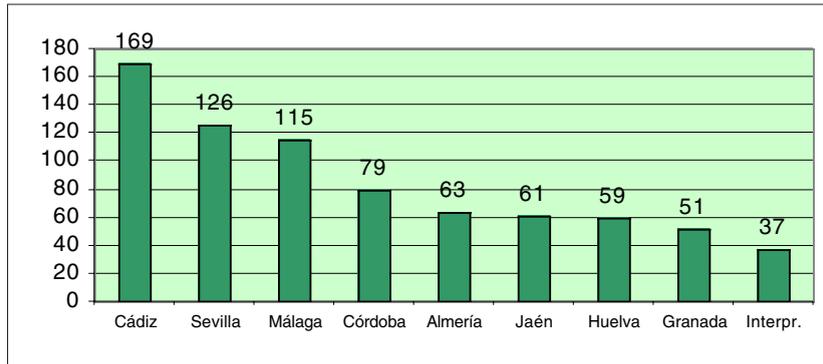
En el periodo de tiempo al que se refiere el presente informe se constata la vigencia en Andalucía de 760 convenios colectivos, los cuales extienden su afectación a algo más de 231.000 empresas y a algo más de 1.415.000 trabajadores.

Un total de 348 de tales textos negociales son convenios originarios, los cuales tienen un ámbito personal que abarca a 119.066 empresas, lo que significa un 51,46% del total de las incluidas en la afectación de los convenios de ámbito andaluz. Estos convenios afectan a 708.909 trabajadores (50,09% del total de los incluidos en la negociación colectiva andaluza).

Los 412 convenios vigentes restantes son convenios revisados, los cuales afectan a 112.300 empresas (48,54% del total de las inmersas en convenios de ámbito andaluz) y a 706.462 trabajadores (49,91% de todos los afectados por convenios colectivos andaluces).

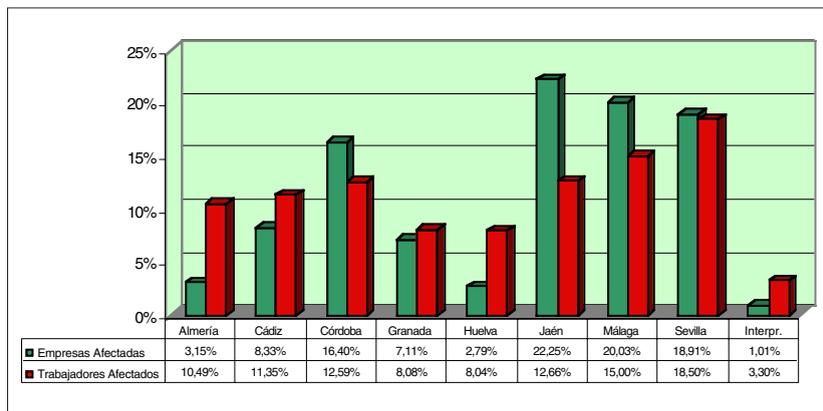
Como se aprecia en el siguiente gráfico, la distribución provincial de estos convenios pone de manifiesto que el mayor índice de actividad negociadora corresponde a Cádiz. A considerable distancia le siguen Sevilla y Málaga. Las restantes provincias presentan índices de menor entidad, y se ordenan de mayor a menor de la siguiente forma: Córdoba, Almería, Jaén, Huelva y Granada. Los convenios de ámbito interprovincial son los que alcanzan una cifra menor.

GRÁFICO 1
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES: DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL



Base de datos: 760 convenios vigentes (165 de sector, 595 de empresa)

GRÁFICO 2
DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL DE EMPRESAS
Y TRABAJADORES AFECTADOS



Del global de los trabajadores afectados por los convenios andaluces vigentes, son los convenios de las provincias de Sevilla y Málaga los que destacan en cuanto a mayor porcentaje de afectación, influyendo en la primera los 120.000 trabajadores acogidos al convenio provincial del Campo. Con porcentajes inferiores se sitúan tanto los convenios del resto de las provincias andaluzas como los interprovinciales.

En cuanto al número de empresas afectadas por tales convenios, en primer lugar se sitúan los de Jaén, seguidos a poca distancia por los de Málaga. También aquí conviene tener presente el elevado número de empresas

(36.000) que se acogen al convenio de actividades agropecuarias de la provincia jiennense.

GRÁFICO 3
COMPARATIVA NÚMERO DE CONVENIOS VIGENTES
(PERMANENTE ANTERIOR-ACTUAL)

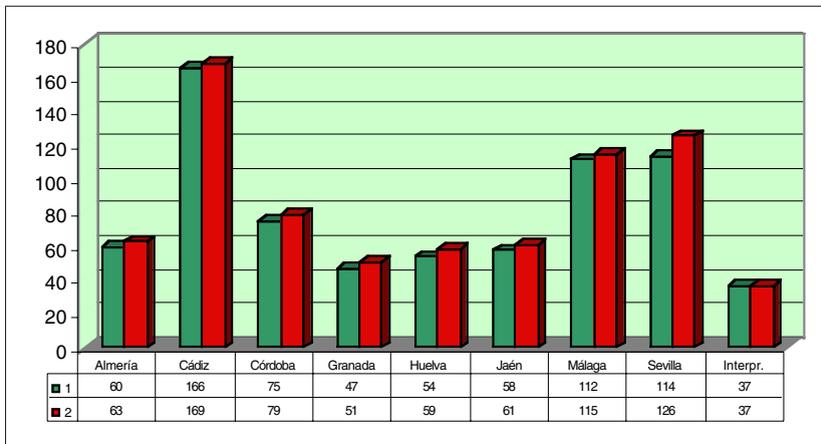
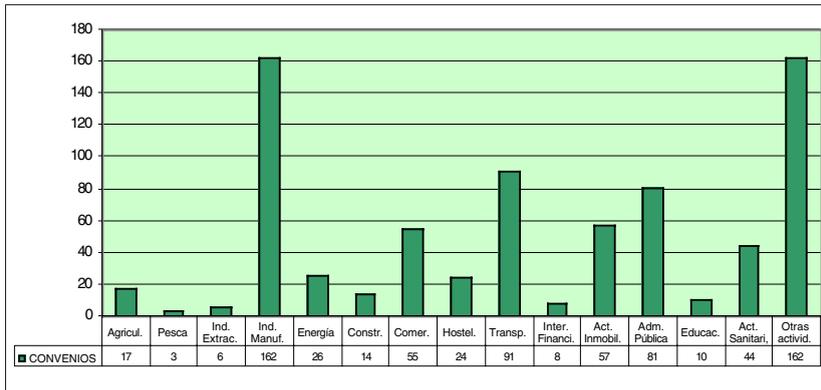
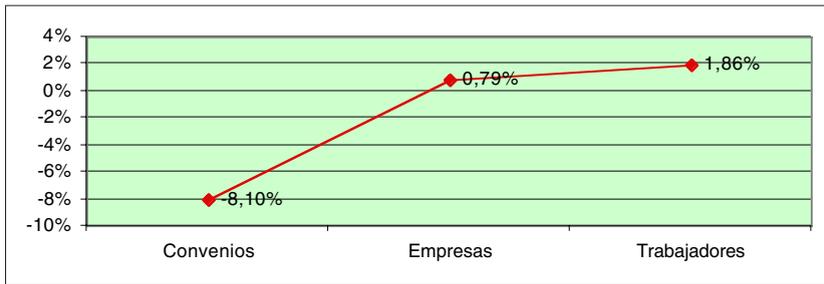


GRÁFICO 4
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES. CLASIFICADOS POR CNAE



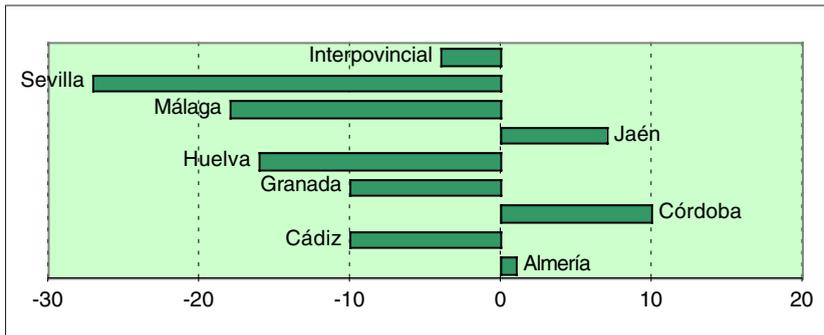
El análisis de la distribución del conjunto de convenios colectivos vigentes por actividades económicas (CNAE a 2 dígitos) da como resultado que el mayor número de ellos corresponde a «Industrias. Manufactureras» y a «Otras Actividades», lo cual se deriva de ser sectores que engloban importantes subsectores de actividad económica. En el extremo opuesto se sitúan los de «Industrias Extractivas» y «Pesca».

GRÁFICO 5
**VARIACIÓN PORCENTUAL RESPECTO A AÑO ANTERIOR.
 CONVENIOS, EMPRESAS Y TRABAJADORES**



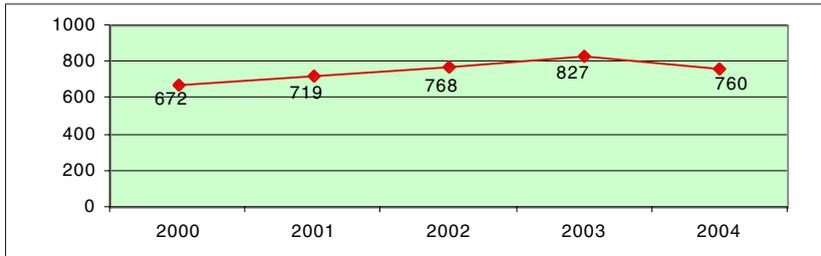
Examinando las cifras derivadas de la negociación colectiva vigente en el mismo periodo de tiempo del año anterior, se observa que los datos de 2004 suponen una alteración en todas las magnitudes: Número de convenios vigentes, número de empresas afectadas y número de trabajadores incluidos. En el año 2004 se encuentran vigentes un 8,10% menos de convenios, encontrándose inmersos en el ámbito de afectación un 0,79% más de empresas y un 1,86% más de trabajadores.

GRÁFICO 6
**COMPARATIVA INTERANUAL NÚMERO DE CONVENIOS COLECTIVOS
 VIGENTES POR PROVINCIAS**



Respecto a similares fechas del año anterior, se observa un decremento en el número de convenios vigentes en la inmensa mayoría de las provincias andaluzas. El mayor recorte se aprecia en Sevilla. En el extremo opuesto, se detecta un significativo aumento del número de convenios vigentes en Córdoba.

GRÁFICO 7A
NÚMERO DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES: EVOLUCIÓN



Si se establece un análisis comparativo de la evolución de la negociación colectiva desde 2000 hasta la fecha, se aprecia la tendencia en cuanto al número de convenios vigentes.

En los siguientes gráficos se observa la evolución en cuanto a la afectación de los convenios colectivos vigentes en lo que concierne tanto al número de trabajadores acogidos como al número de empresas afectadas por los mismos.

GRÁFICO 7B
EMPRESAS ACOGIDAS A CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES: EVOLUCIÓN

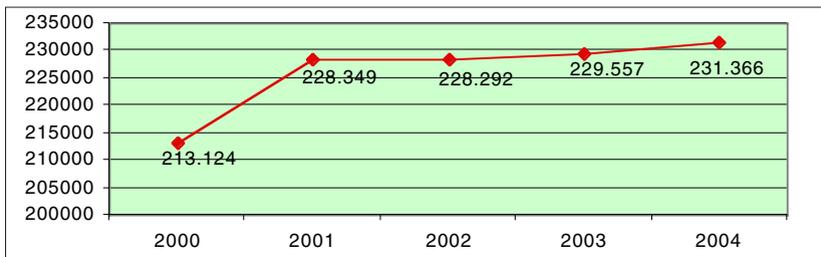
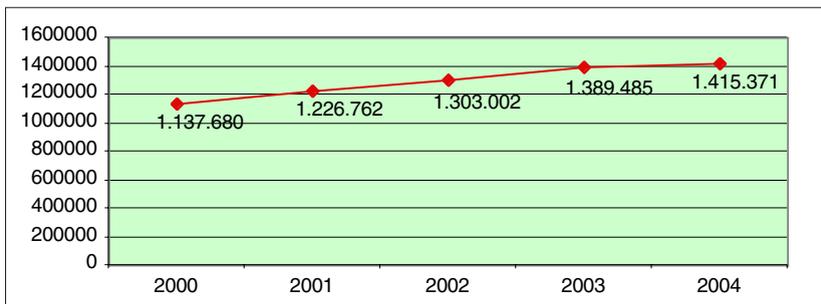


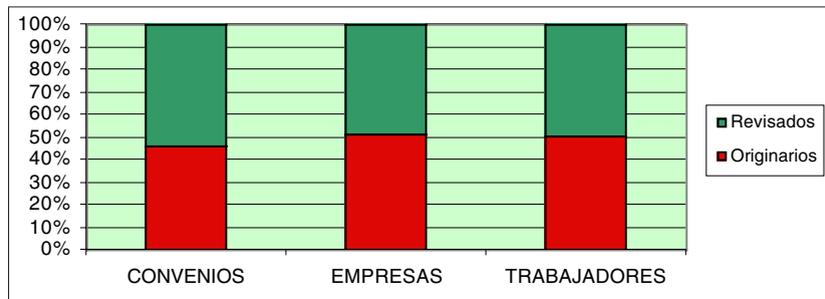
GRÁFICO 7C
TRABAJADORES ACOGIDOS A CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES:
EVOLUCIÓN



2. TIPOLOGÍA

Bajo este epígrafe se va a proceder al encuadramiento de los convenios colectivos vigentes en Andalucía según sean éstos originarios o revisados. Como se ha informado anteriormente, como convenios colectivos originarios en la anualidad 2004 se receptionan un total de 348, en tanto que los 412 textos negociales restantes tienen naturaleza de convenios revisados.

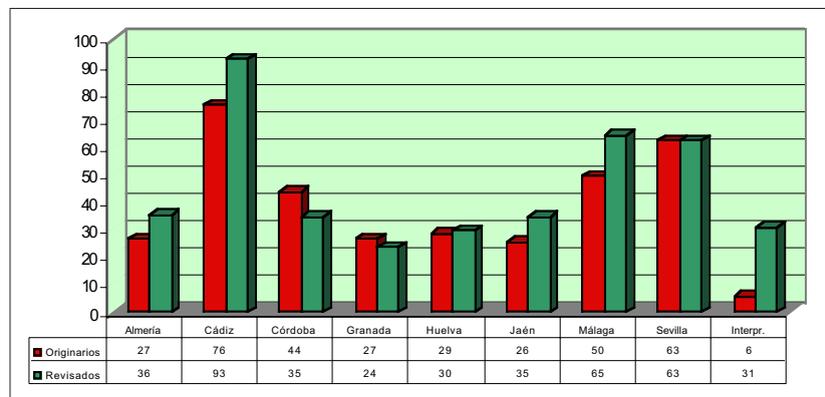
GRÁFICO 8
CONVENIOS ORIGINARIOS-CONVENIOS REVISADOS.
PORCENTAJES DE AFECTACIÓN



Base de datos: 760 convenios vigentes (165 de sector, 595 de empresa)

Este esquema, salvo en Córdoba y Granada, se reitera en todas las provincias, primando numéricamente los convenios revisados. Todo ello es clara muestra de la tendencia a la negociación en procesos supraanuales en nuestra Comunidad Autónoma.

GRÁFICO 9
CONVENIOS ORIGINARIOS-CONVENIOS REVISADOS.
DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL

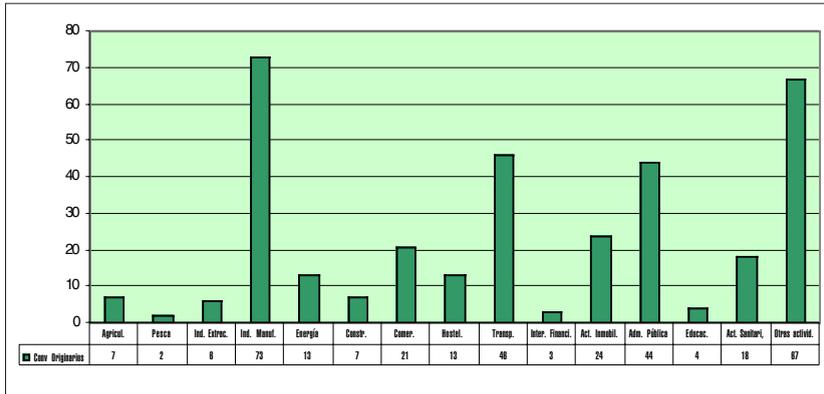


Base de datos: 760 convenios vigentes (348 originarios, 412 revisados)

2.1. Convenios originarios

Los 348 convenios originarios suponen el 45,79% del total de los vigentes, afectando al 50,09% de los trabajadores afectados por la negociación colectiva andaluza, y al 51,46% de empresas incluidas en convenios andaluces vigentes. Territorialmente, el mayor número de los recepcionados se registra en la provincia de Cádiz, siendo el menor el del ámbito interprovincial.

GRÁFICO 10
CONVENIOS ORIGINARIOS CLASIFICADOS POR CNAE



Base de datos: 348 convenios originarios año 2004

GRÁFICO 11
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE CONVENIOS ORIGINARIOS

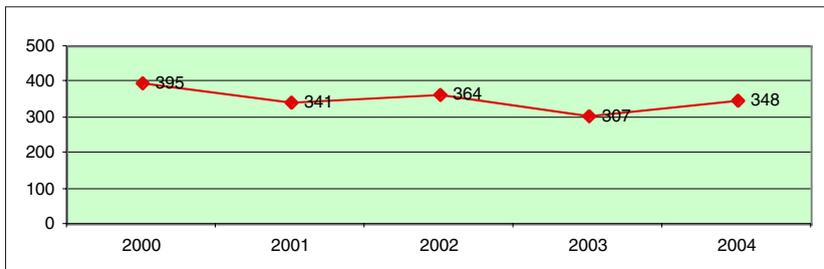


GRÁFICO 12
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE PRIMEROS CONVENIOS

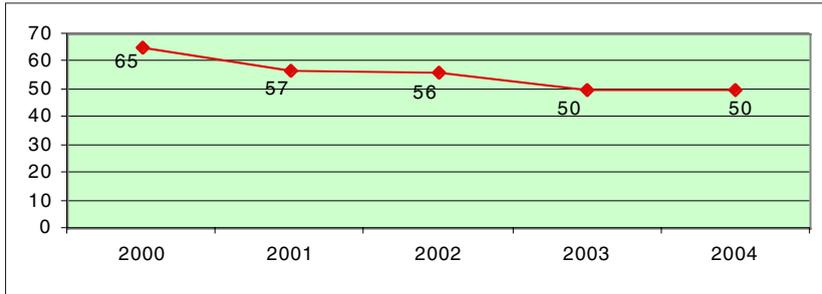
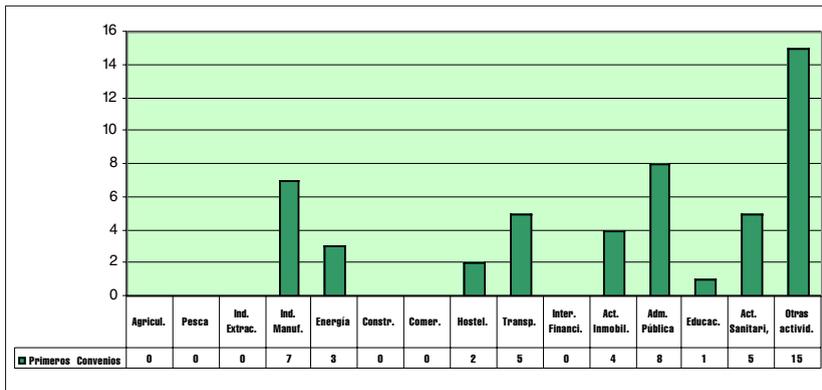
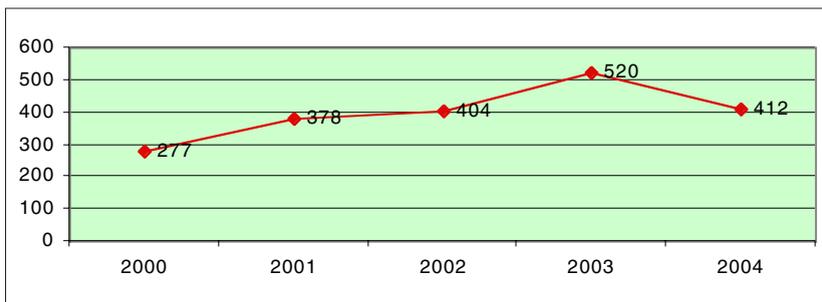


GRÁFICO 13
PRIMEROS CONVENIOS CLASIFICADOS POR CNAE



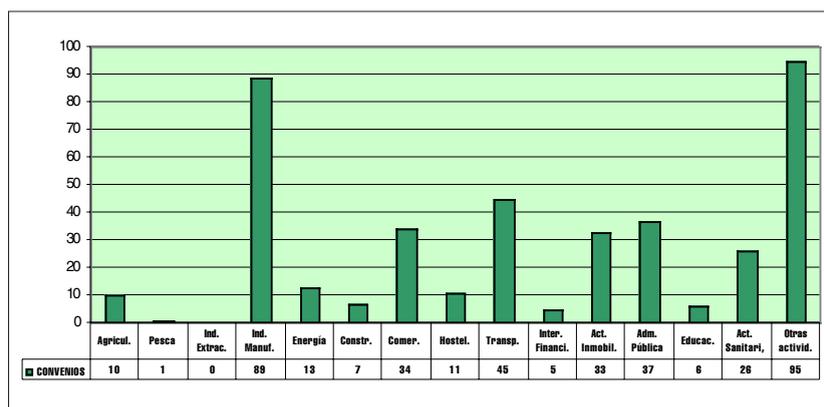
2.2. Convenios revisados

GRÁFICO 14
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE CONVENIOS REVISADOS



Como se observa en el siguiente gráfico, si se contemplan los convenios revisados desde una perspectiva cuantitativa, la clasificación de los mismos atendiendo a actividades económicas (CNAE) arroja como resultado que el mayor número está encuadrado en «Otras Actividades» y en «Industrias Manufactureras», sectores ambos en los que prima la negociación colectiva descentralizada a nivel de empresa, siendo prácticamente inexistentes los convenios sectoriales provinciales. Es de destacar que especialmente en la primera de las actividades mencionadas, se produce una numerosa subdivisión en sus sectores económicos. La actividad económica con menor presencia de este tipo de convenios resulta ser la de «Pesca».

GRÁFICO 15
CONVENIOS REVISADOS CLASIFICADOS POR CNAE



Base de datos: 412 convenios revisados (86 de sector, 326 de empresa)

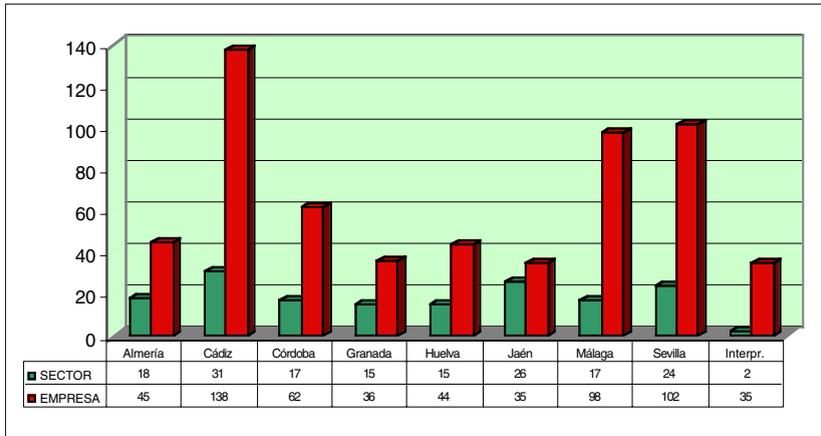
3. ÁMBITO FUNCIONAL

Al examinar la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. De esta forma, de los 760 convenios vigentes, 595 son convenios de empresa o de ámbito inferior, lo que significa un 78,29% del total. Sólo 165 de los vigentes son convenios de sector, lo que supone el 21,71% del total.

Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación personal, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. La situación descrita es una pauta que se reitera en todas las provincias

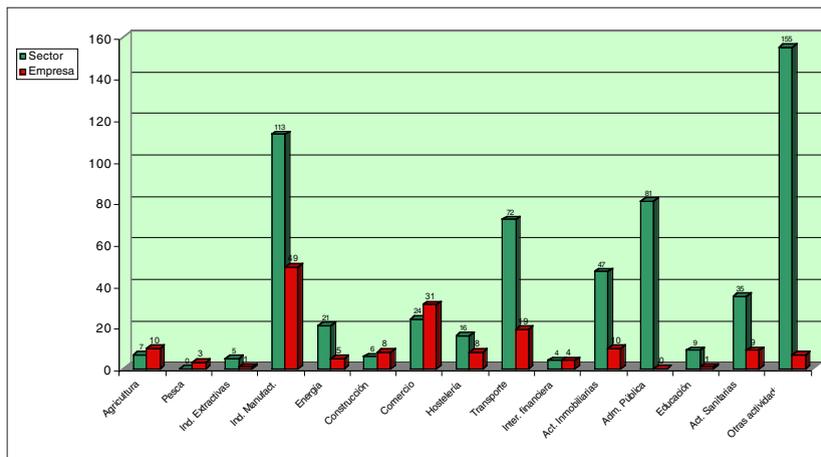
andaluzas, si bien el desequilibrio a favor de los convenios de empresa es mayor en la provincia de Málaga y, sobre todo, en el ámbito interprovincial.

GRÁFICO 16
ÁMBITO FUNCIONAL POR PROVINCIAS. CONVENIOS VIGENTES



Base de datos: 760 convenios vigentes (165 de sector, 595 de empresa)

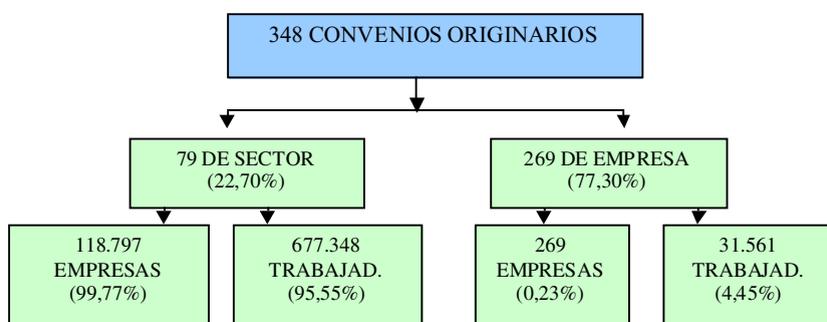
GRÁFICO 17
ÁMBITO FUNCIONAL POR ACTIVIDADES ECONÓMICAS. CONVENIOS VIGENTES



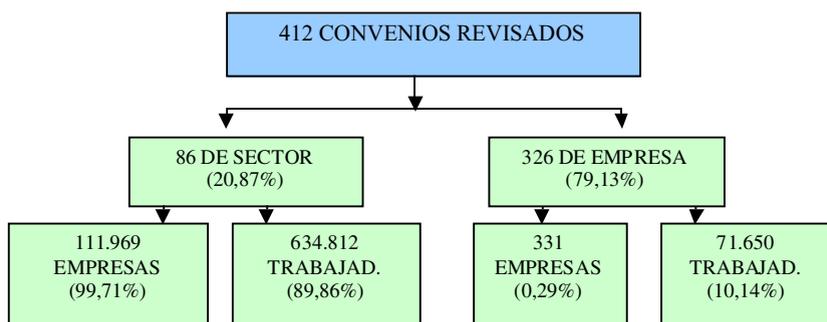
Examinando separadamente los convenios originarios y los convenios revisados, desde una perspectiva funcional, los resultados que se obtienen son similares. Con respecto a los convenios originarios, los 269 de natura-

leza empresarial suponen el 77,30% del total, mientras los 79 de sector significan el restante 22,70 %. No obstante, estos últimos, a pesar de su inferioridad numérica, extienden su campo de aplicación personal al 95,55% de los trabajadores y al 99,77% de las empresas incluidas en el campo de aplicación de los convenios originarios de este año.

Si, dentro de los originarios, el análisis se circunscribe a los 50 primeros convenios, se aprecia que tan solo 1 es de sector («Especialidades del Yeso y Escayola» de Almería), siendo empresariales los 49 restantes.



La distribución funcional de los convenios revisados es la siguiente: 326 son de empresa (79,13%) y 86 de sector (20,87%), afectando estos últimos al 89,86% de los trabajadores y al 99,71% de las empresas.



3.1. Convenios Sectoriales

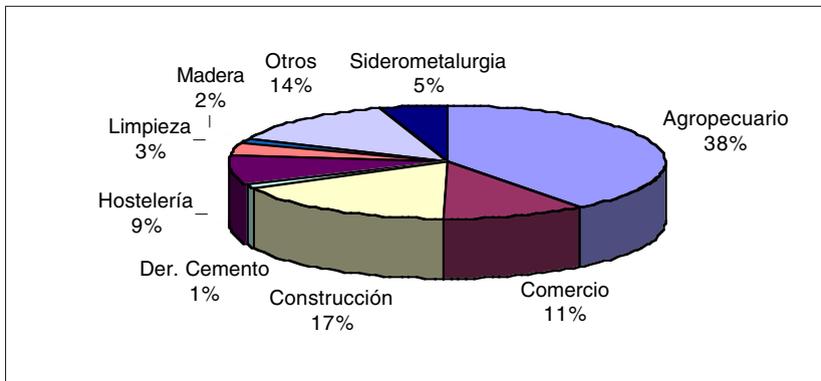
Los convenios de sector, no obstante su inferioridad numérica, encuadran a la mayoría de los trabajadores y empresas incluidos en la negociación colectiva andaluza vigente. Así, 1.312.160 trabajadores se incluyen en este ámbito funcional, lo que supone el 92,71% del global. Esta incidencia

es aún más acusada respecto a las empresas, ya que el 99,74% de las mismas –230.766—se acogen a convenios de sector.

Los textos negociales más significativos de la Comunidad Autónoma andaluza, por el número de trabajadores que acogen y las empresas a las que afectan, han sido tradicionalmente, y continúan siéndolo, los convenios sectoriales de «Agricultura», «Comercio», «Construcción y obras públicas», «Hostelería» y «Siderometalurgia». El orden en que se han enunciado los sectores refleja la diversa incidencia cuantitativa, soliendo ser el mismo prácticamente en relación con las magnitudes tanto de empresas como de trabajadores afectados, salvo cuando se consideran los sectores de Construcción (supone el 15% del total de los trabajadores afectados por convenios de sector y el 5% del total de las empresas inmersas en convenios sectoriales), Hostelería (acoge al 12% del total de los trabajadores y al 18% del total de las empresas) y Comercio (comprende el 12% de los trabajadores y el 29% de las empresas).

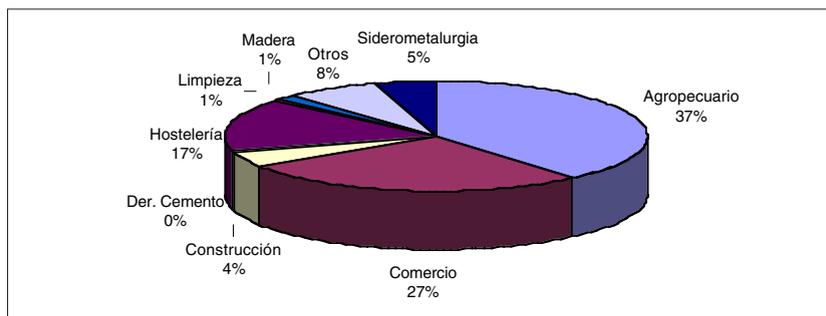
Las dimensiones medias de las empresas dominantes en cada uno de dichos sectores explican, probablemente, la inversión de resultados apuntada. Se ha de matizar que los datos que se ofrecen se obtienen a partir de los que figuran en las correspondientes hojas estadísticas, pudiendo no corresponder exactamente con las cifras reales. Particularmente hay que matizar también, en relación con el sector «Agropecuario», que, al corresponderse en la inmensa mayoría de los casos con trabajos de campaña, los trabajadores van rotando entre las diversas provincias, de ahí que el reflejo del número de los afectados se encuentre incrementado en relación con las cifras reales de trabajadores agropecuarios en cada provincia.

GRÁFICO 19
CONVENIOS DE SECTORES MÁS SIGNIFICATIVOS
(N.º DE TRABAJADORES)



Base de datos: 1.312.160 trabajadores afectados por los 165 convenios de sector vigentes

GRÁFICO 20
CONVENIOS DE SECTORES MÁS SIGNIFICATIVOS (N.º DE EMPRESAS)



Base de datos: 230.766 empresas afectadas por los 165 convenios de sector vigentes

3.2. Convenios Empresariales

Los convenios vigentes de empresa ascienden a 595, siendo 103.211 los trabajadores que regulan sus relaciones laborales a través de este tipo de convenios (7,29% del total de los incluidos en convenios andaluces), cifra muy inferior a los acogidos a convenios sectoriales. La incidencia del número de empresas incluidas en convenios de empresa con respecto al global de esta magnitud es aún menor, no superando el 0,26 % del total.

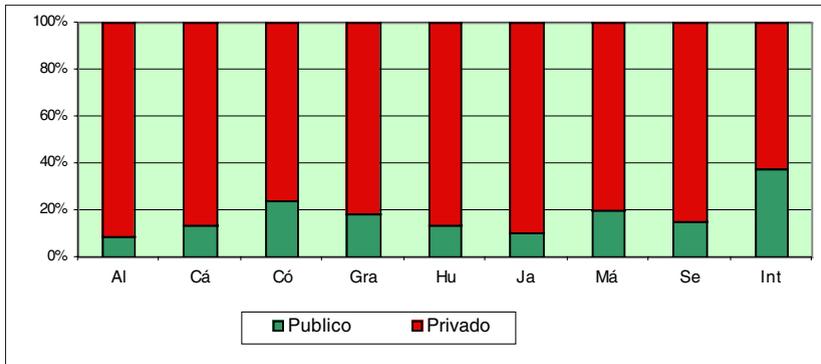
Por provincias, Cádiz es aquella en que rige mayor número de estos convenios: 138, lo que supone el 81,66% del total de los vigentes en tal demarcación. A continuación se coloca Sevilla con 102 (80,95% del total provincial) y Málaga con 98 (85,22% de los vigentes en tal provincia). En el ámbito interprovincial es donde la desproporción a favor de los convenios de empresa frente a los de sector es más acusada: Todos los convenios interprovinciales vigentes salvo 2 son de empresa. El porcentaje más reducido lo alcanzan los convenios de empresa en Jaén (57,38% del total de vigentes en la provincia).

Como se observa en el gráfico siguiente, en el global de los 595 convenios empresariales vigentes, son numéricamente superiores los de índole privada (416, es decir, el 69,92% del total), superioridad que se reitera en cada una de las provincias, especialmente en Cádiz (80,43%). Donde esta desproporción es menos acusada es en Sevilla y Almería, provincias en que los convenios de empresa privada suponen el 61,76% y 66,67% de todos los vigentes de empresa, respectivamente.

Los convenios vigentes de empresa pública en Andalucía ascienden a 179 (30,08% del total de convenios de empresa vigentes). Los 60.776 trabajadores encuadrados en los mismos suponen el 58,89% del total de los afectados por convenios vigentes de empresa. Este hecho es debido a que

las empresas públicas son aquellas que tienen un mayor ámbito de encuadramiento personal.

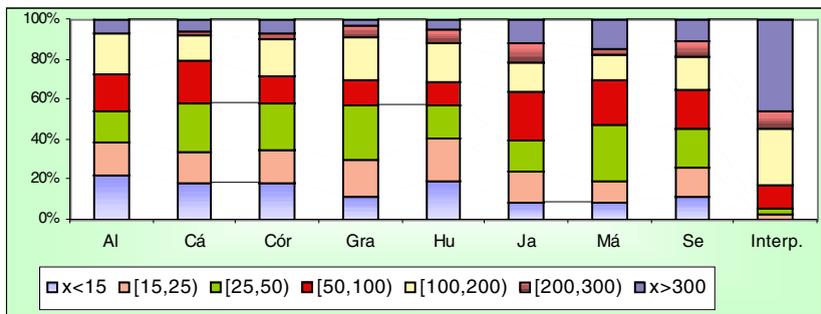
GRÁFICO 21
**CONVENIOS VIGENTES DE EMPRESA.
 PORCENTAJES PROVINCIALES SEGÚN ÁMBITO PÚBLICO/PRIVADO**



Base de datos: 595 convenios vigentes de empresa (179 pública, 416 privada)

Examinando la dimensión media de la unidad productiva con convenio colectivo propio, y como se aprecia en el gráfico que a continuación se transcribe, los más frecuentes son los convenios con unidades productivas entre 25 y 50 trabajadores (21,18%), seguidos de los de aquéllas entre 50 y 100 trabajadores (18,99%), y los convenios con unidades productivas entre 100 y 200 trabajadores (15,97%). En cualquier caso, es relativamente escaso el número de convenios de empresas con dimensión comprendida entre 200 y 300 trabajadores (5,04%).

GRÁFICO 22
**PORCENTAJES POR PROVINCIAS DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES
 SEGÚN EL TAMAÑO DE LAS EMPRESAS**



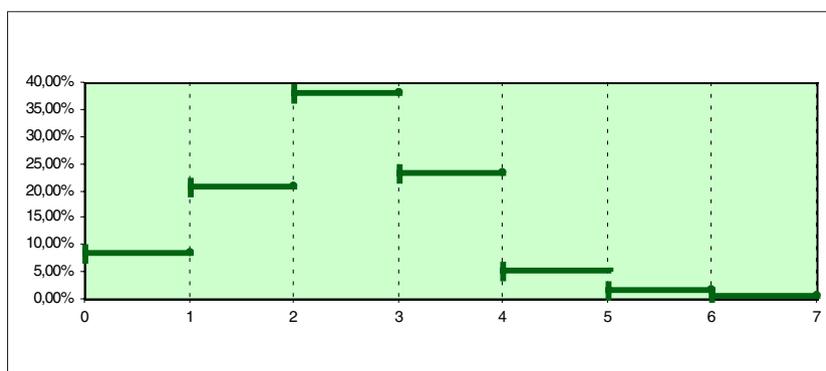
Base de datos: 595 convenios vigentes de empresa

4. ÁMBITO TEMPORAL

Por lo que se refiere al periodo de vigencia determinado en los convenios en el momento de su suscripción, sigue constatándose un fuerte predominio de aquellos que se han pactado por un periodo de duración superior al año, frente a los que se han ultimado con una vigencia de carácter anual. Esta tendencia hacia la supraanualidad en los convenios colectivos andaluces se elevó al 90,33% en 2003. En 2004, el 91,72% de los convenios vigentes tienen un período de vigencia que excede de un año.

La distribución de vigencias entre los convenios supraanuales implica que son mayoritarios los convenios que fijan un periodo de hasta 3 años de vigencia, suponiendo el 38,02% del total de los convenios vigentes en Andalucía. Les siguen los convenios por periodo de hasta 4 años (23,28%) y aquellos que llegan a los 2 años (21,05%). El resto de los convenios supraanuales son muy minoritarios.

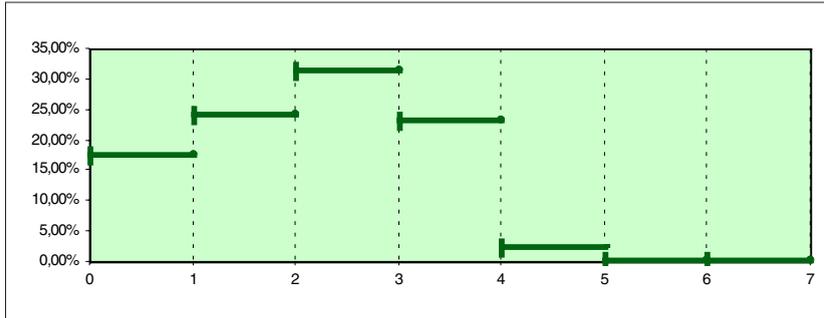
GRÁFICO 23
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES. ÁMBITO TEMPORAL



Base de datos: 760 convenios vigentes

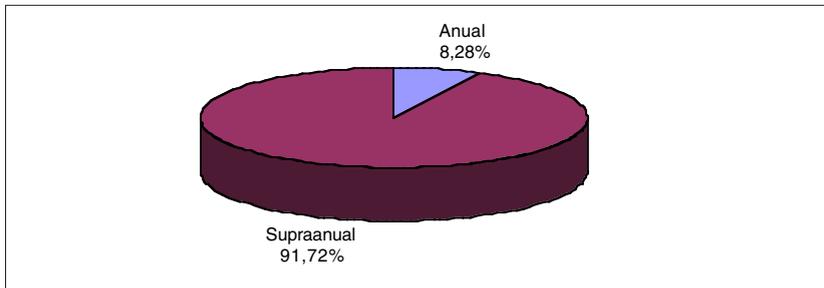
El análisis de las vigencias de los convenios originarios del año 2004 da como resultado una mayor presencia de los pactados por 1 año (17,52%), siendo mayoritarios los convenios que fijan un periodo de hasta 3 años de vigencia (31,60%). Les siguen los convenios por periodo de hasta 2 años (24,13%) y aquellos que llegan a los 4 años (23,27%).

GRÁFICO 24
CONVENIOS COLECTIVOS ORIGINARIOS AÑO 2004. ÁMBITO TEMPORAL



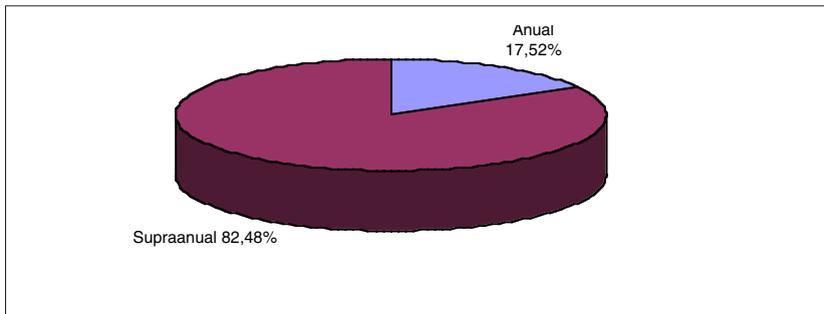
Base de datos: 348 convenios originarios año 2004

GRÁFICO 25
CONVENIOS VIGENTES ANUALES/SUPRAANUALES



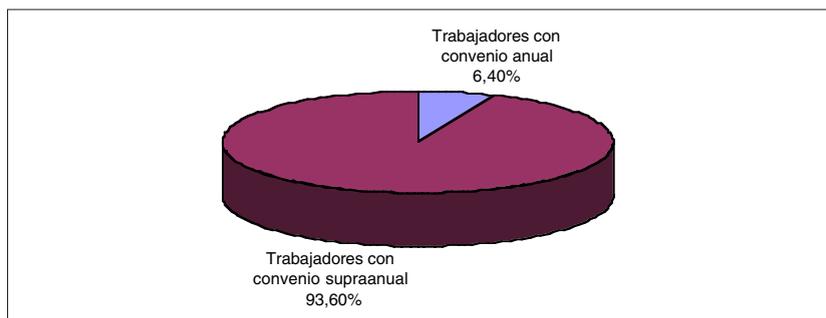
Base de datos: 760 convenios vigentes (165 de sector, 595 de empresa)

GRÁFICO 26
CONVENIOS ORIGINARIOS ANUALES/SUPRAANUALES



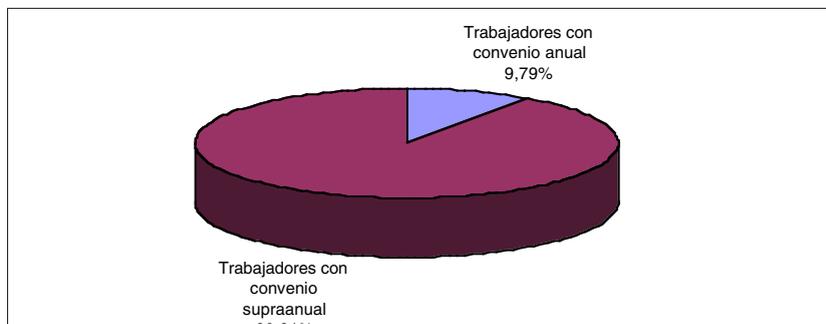
Base de datos: 348 convenios originarios año 2004 (79 de sector, 269 de empresa)

GRÁFICO 27
AFECTACIÓN PERSONAL
DE CONVENIOS VIGENTES ANUALES/SUPRAANUALES



Base de datos: 1.415.371 trabajadores afectados por los 760 convenios vigentes

GRÁFICO 28
AFECTACIÓN PERSONAL
DE CONVENIOS ORIGINARIOS ANUALES/SUPRAANUALES



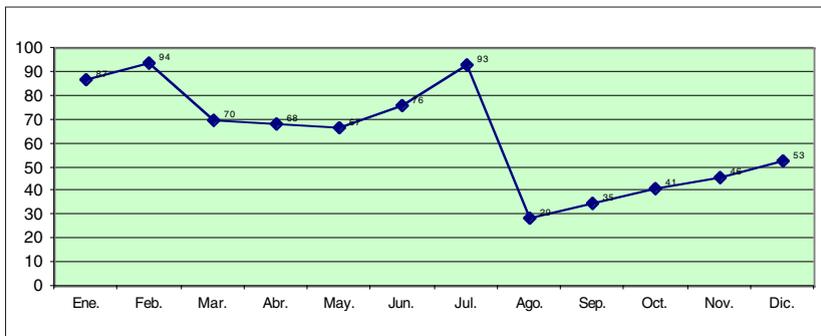
Base de datos: 708.909 trabajadores afectados por los 348 convenios originarios año 2004

Si se examina la duración de los convenios colectivos de los principales sectores de actividad en Andalucía se detectan disparidades entre ellos así como entre las provincias:

- Actividades Agropecuarias: 2 años en Huelva; 3 años en Almería, Cádiz, Córdoba, Granada y Jaén; 4 años en Sevilla.
- Derivados del Cemento: 1 año en Granada y Huelva; 2 años en Jaén y Sevilla; 3 años en Cádiz y Córdoba; 5 años en Almería y Málaga.
- Construcción: 1 año en Granada, Huelva y Sevilla; 3 años en Cádiz, Córdoba, Jaén y Málaga; 5 años en Almería.
- Hostelería: 1 año en Jaén; 2 años en Huelva y Sevilla; 3 años en Almería, Cádiz y Córdoba; 45 meses en Málaga; 46 meses en Granada.

- Limpieza de Edificios y Locales: 2 años en Sevilla; 3 años en Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva y Jaén; 4 años en Almería y Málaga.
- Industria de la Madera: 1 año en Huelva y Jaén; 3 años en Córdoba; 5 años en Cádiz; 6 años en Almería y Granada.
- Industria Siderometalúrgica: 2 años en Jaén; 3 años en Huelva y Sevilla; 4 años en Almería, Cádiz, Córdoba y Granada.

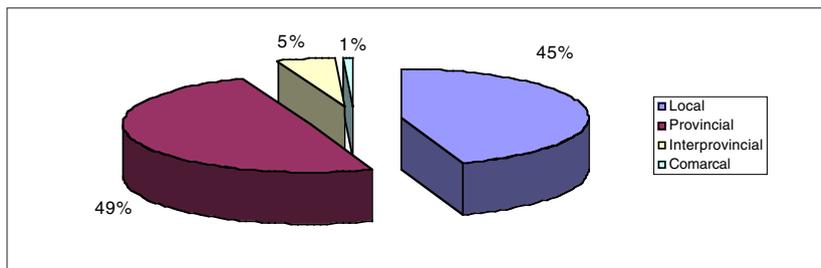
GRÁFICO 29
FECHA FIRMA CONVENIOS VIGENTES



5. AMBITO TERRITORIAL

Manteniendo el esquema consolidado en el ámbito andaluz, por otra parte similar al estatal, territorialmente es el ámbito provincial el de mayor incidencia, inscribiéndose en el mismo el 49% de los convenios vigentes. Por su parte, el ámbito local supone el 45%, prácticamente superpuesto sobre el nivel empresarial, ya que generalmente corresponden a organizaciones productivas con un único centro de trabajo. Los convenios interprovinciales mantienen su carácter residual, suponiendo el 5% del total de vigentes.

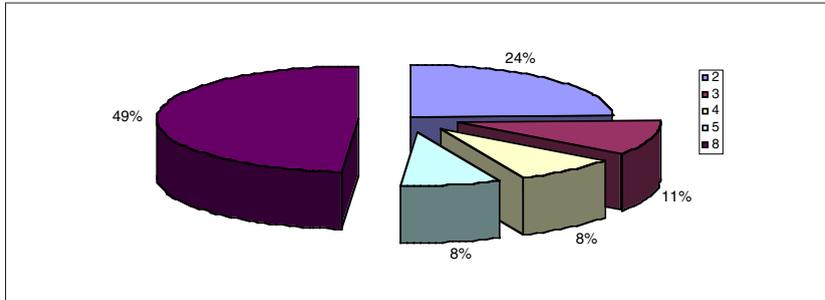
GRÁFICO 30
ÁMBITO TERRITORIAL DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES



Base de datos: 760 convenios vigentes

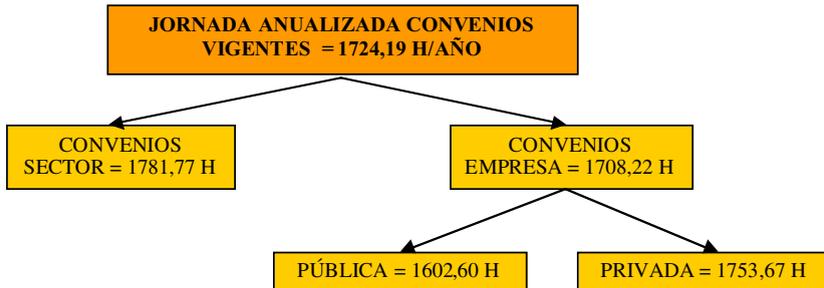
Por su parte, el ámbito territorial de los convenios interprovinciales no es coextenso con el de la Comunidad Autónoma. Al contrario, como se observa en el gráfico que sigue, únicamente el 49% de tales convenios abarca las 8 provincias andaluzas.

GRÁFICO 30
CONVENIOS INTERPROVINCIALES:
PORCENTAJE POR PROVINCIAS AFECTADAS



Base de datos: 37 convenios vigentes de ámbito interprovincial

6. TIEMPO DE TRABAJO



El estudio de la jornada laboral, su duración y distribución en el tiempo exige primariamente conocer la jornada plasmada en los convenios colectivos, haciendo coincidir el módulo de cómputo de la misma sobre una base uniforme que, en este caso será el cómputo anual, realizando para ello la correspondiente transformación en los textos que fijan dicha jornada en cómputo semanal. Pues bien, si tomamos como base de datos el total de convenios vigentes en Andalucía, la jornada convencional unificada en cómputo anual, resultante de los cálculos indicados, se cifra en el año 2004 en 1724,19 horas de promedio.

Si el análisis se circunscribe a los convenios originarios del año 2004, los datos son levemente inferiores, tal y como constan en la siguiente tabla.

Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
1.715,75	37,92	1.712,53

Base de datos: 348 convenios originarios año 2004

GRÁFICO 31
EVOLUCIÓN PROMEDIO JORNADA ANUALIZADA
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES

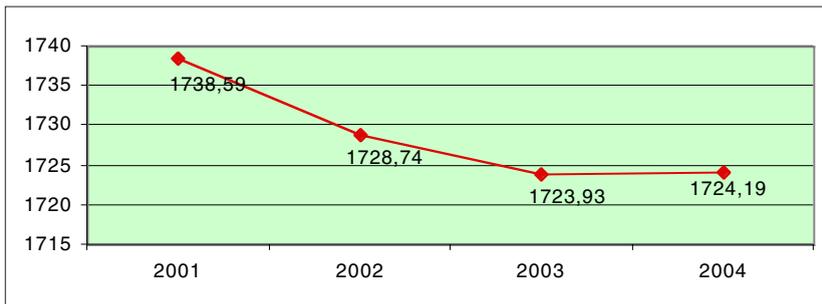


GRÁFICO 32
EVOLUCIÓN PROMEDIO JORNADA ANUALIZADA
CONVENIOS DE EMPRESA PRIVADA

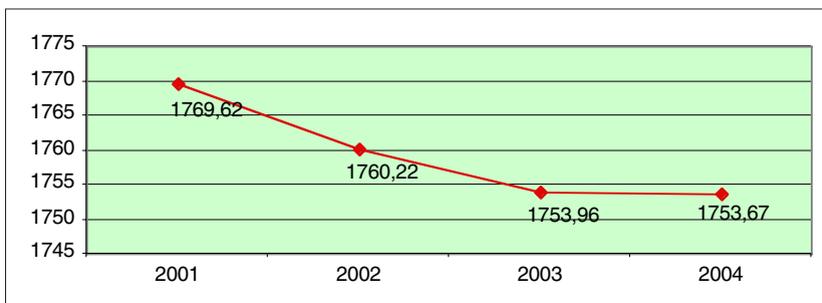


GRÁFICO 33
EVOLUCIÓN PROMEDIO JORNADA ANUALIZADA
CONVENIOS DE EMPRESA PÚBLICA

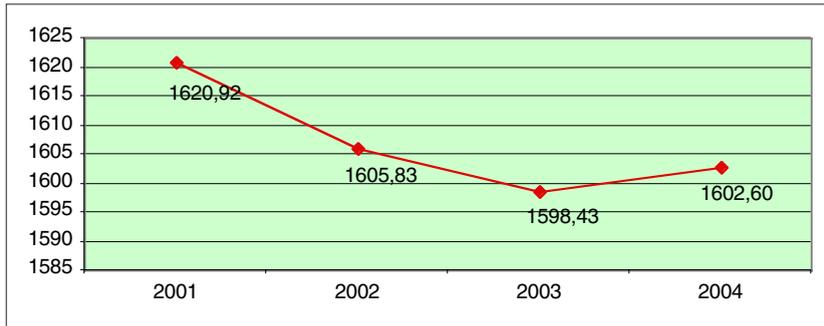
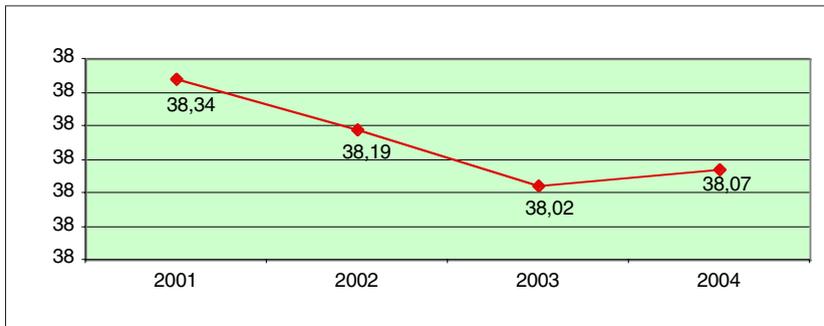


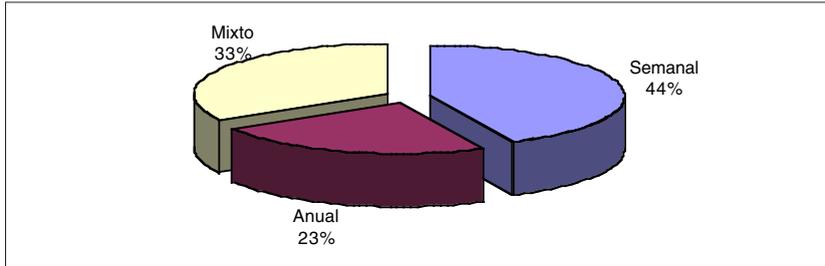
GRÁFICO 34
EVOLUCIÓN PROMEDIO JORNADA SEMANAL
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES



Uno de los aspectos a considerar dentro de la regulación que los distintos convenios colectivos vigentes durante el año 2004 efectúan respecto a la jornada de trabajo es el referido a la determinación de la jornada máxima, optando éstos bien por el cómputo semanal, estableciendo una jornada máxima anual o utilizando conjuntamente ambas fórmulas de determinación.

Tomando en consideración la totalidad de los convenios colectivos vigentes, se observa que la mayoría de ellos opta por determinar la jornada máxima de trabajo en cómputo semanal. En segundo lugar se sitúan aquellos acuerdos que determinan su jornada de trabajo en cómputo mixto. Por último, un porcentaje menor de los convenios vigentes opta por determinar su jornada en cómputo anual.

GRÁFICO 35
MÓDULO DETERMINACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO
DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES

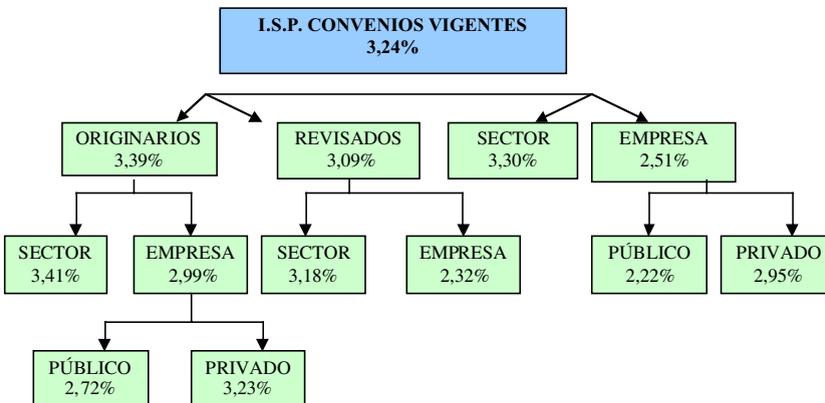


Base de datos: 760 convenios vigentes

7. ORDENACIÓN DEL SALARIO

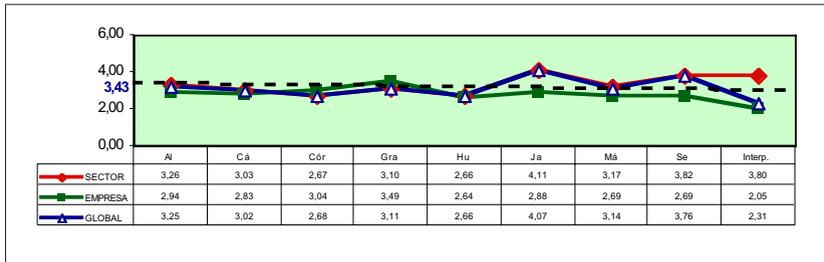
Si tomamos como base de datos la globalidad de los convenios colectivos vigentes, se observa que el incremento salarial ponderado global medio (I.S.P.) resultante en Andalucía, incluyendo convenios originarios y revisados, se sitúa en el 3,24%, correspondiendo el 3,30% a los convenios de sector y el 2,51% a los de empresa. A su vez, estos últimos se subdividen en un 2,22% para el ámbito público y un 2,95% para el privado. La incidencia del sector Agropecuario resulta elevada dado su amplio ámbito de aplicación personal, ya que, sin tomar en consideración los convenios pertenecientes a este sector, el I.S.P. general descendería al 2,96%.

En los convenios originarios recepcionados en el presente año, el incremento salarial medio alcanza el 3,39%, situándose en el 3,41% en los convenios sectoriales y en el 2,99% en los empresariales.



En los convenios revisados, el promedio de incremento salarial se eleva al 3,09%, adscribiéndose una vez más el promedio superior al ámbito sectorial (3,18%) frente al empresarial (2,32%).

GRÁFICO 36
ISP EN CONVENIOS VIGENTES (SEGÚN SECTOR-EMPRESA)
A NIVEL PROVINCIAL



Base de datos: 760 convenios vigentes (165 de sector, 595 de empresa)

GRÁFICO 37
I.S.P. CONVENIOS VIGENTES. EVOLUCIÓN

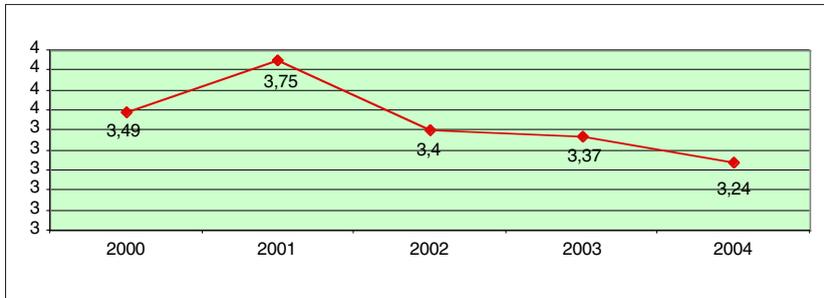
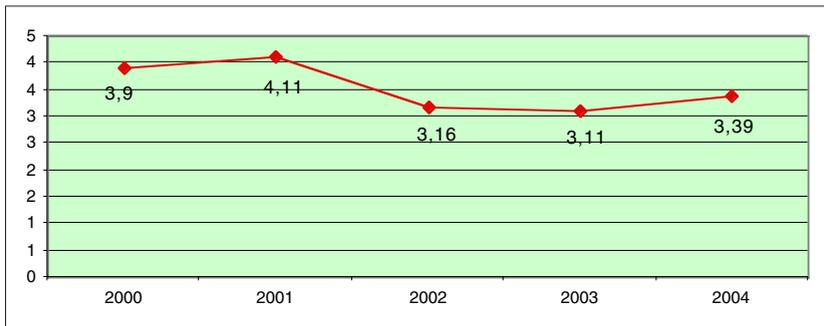


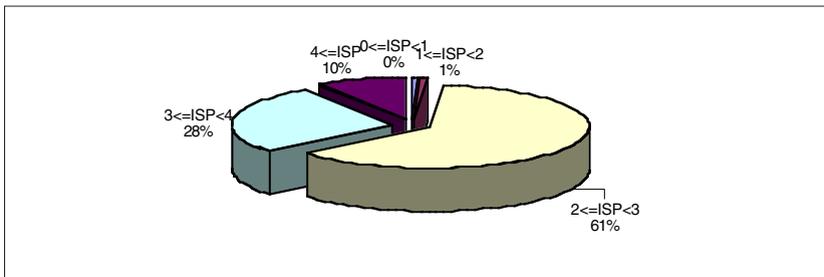
GRÁFICO 39
I.S.P. CONVENIOS ORIGINARIOS. EVOLUCIÓN





Del estudio del conjunto de convenios colectivos vigentes en relación con la distribución por tramos de los incrementos salariales, se desprende que el que más repercusión tiene es el comprendido entre el 2% y el 3%. A continuación se sitúa el grupo de convenios que contemplan un incremento retributivo comprendido entre el 3% y 4%, seguido de los convenios vigentes que fijan un incremento igual o superior al 4%. Los restantes tramos tienen una incidencia notablemente inferior.

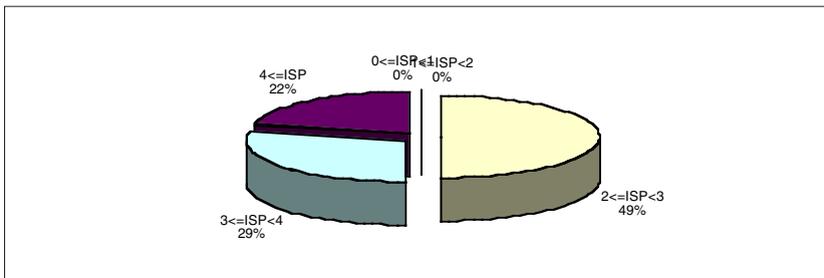
GRÁFICO 40
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES AGRUPADOS POR TRAMOS DE I.S.P.



Base de datos: 760 convenios vigentes (165 de sector, 595 de empresa)

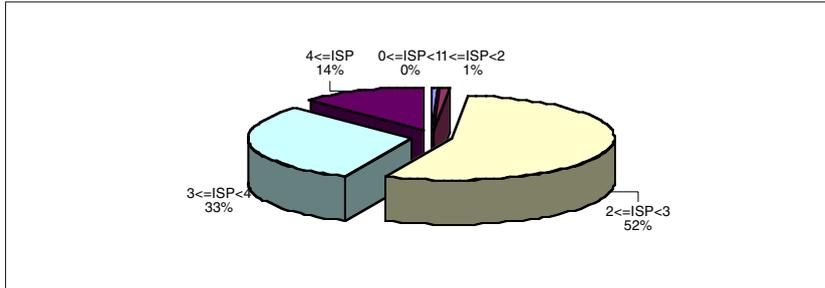
Si lo que se analiza es el número de trabajadores incluidos en cada uno de estos tramos, se aprecia que la afectación personal de los mismos da como resultado proporciones diferentes a las obtenidas al considerar el número de convenios, si bien también aparece el grupo de convenios que contempla un incremento retributivo comprendido entre el 2% y el 3% como aquel en el que están incluidos más trabajadores, situándose a continuación los incluidos en el tramo con incremento de retribuciones comprendido entre el 3% y el 4%.

GRÁFICO 41
AFECCIÓN PERSONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES POR TRAMOS DE I.S.P.



Base de datos: 1.415.371 trabajadores afectados por los 760 convenios vigentes

GRÁFICO 38
**CONVENIOS COLECTIVOS ORIGINARIOS
 AGRUPADOS POR TRAMOS DE I.S.P.**

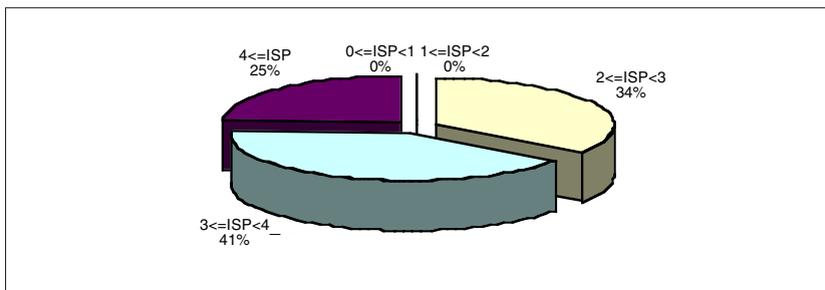


Base de datos: 348 convenios originarios año 2004

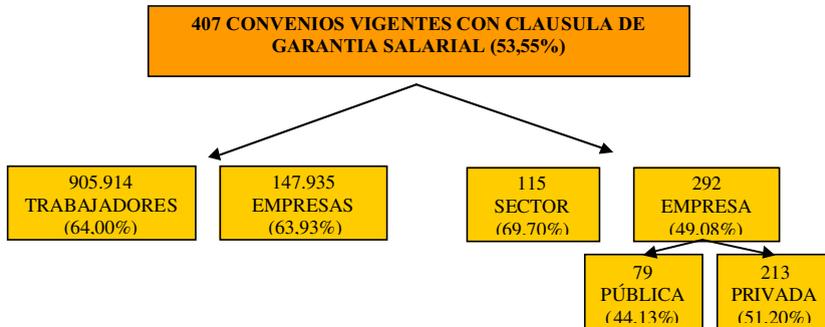
Al analizar los convenios colectivos originarios de 2004 en relación con la distribución por tramos de los incrementos salariales, se observa que el que más repercusión tiene es el comprendido entre el 2% y el 3%. A continuación se sitúa el grupo de convenios que contemplan un incremento retributivo comprendido entre el 3% y 4%, seguido de los convenios originarios que fijan un incremento igual o superior al 4%.

Si lo que se analiza es el número de trabajadores incluidos en cada uno de estos tramos, se aprecia que la afectación personal de los mismos da como resultado proporciones diferentes a las obtenidas al considerar el número de convenios. En este caso aparece el grupo de convenios originarios que contempla un incremento retributivo comprendido entre el 3% y el 4% como aquel en el que están incluidos más trabajadores, situándose a continuación los incluidos en el tramo de convenios con incremento comprendido entre el 2% y el 3%.

GRÁFICO 39
**AFECTACIÓN PERSONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS
 ORIGINARIOS POR TRAMOS DE I.S.P.**

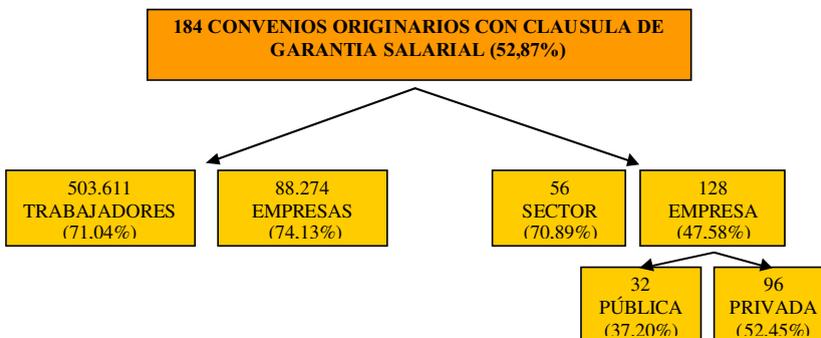


Base de datos: 708.909 trabajadores afectados por los 348 convenios originarios año 2004



El 53,55% de los convenios colectivos vigentes en 2004 contempla cláusulas de garantía salarial. Estas cláusulas son aplicables al 64,00% de los trabajadores y al 63,93% de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de los 760 convenios vigentes en Andalucía. Desde un punto de vista funcional, se aprecia mayor incidencia en los convenios de ámbito sectorial (69,70%) que en los de empresa (49,08%). No obstante, si solo consideramos los convenios vigentes de empresa privada, vemos como el porcentaje de los que establecen esta garantía se eleva al 51,20%.

Si el análisis lo circunscribimos a los convenios originarios correspondientes a 2004, vemos como el 52,87% de los mismos contiene este tipo de cláusula, siendo menos común en los convenios de empresa (47,58%) que en los de sector (70,89%). Estas cláusulas son aplicables al 71,04% de los trabajadores y al 74,13% de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de los 348 convenios originarios año 2004.

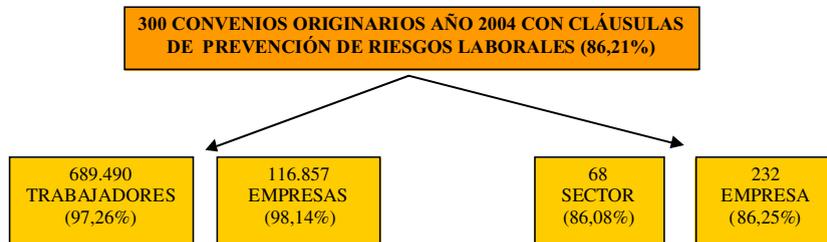


8. SALUD LABORAL

La amplia recepción de las cláusulas de salud laboral pone de manifiesto la importancia de esta materia. El desarrollo de medidas preventivas que garanticen las condiciones de seguridad y salud laboral de los trabajadores está presente en el 86,32% del conjunto de los convenios colectivos vigentes de ámbito andaluz. Estas cláusulas afectan al 94,87% de las empresas incluidas en el campo de aplicación de tales textos negociales, alcanzando al 94,76% de los trabajadores afectados por la negociación colectiva andaluza.



La presencia de cláusulas relativas a la salud laboral se aprecia en el 86,21% de los convenios originarios del año 2004. Desde un punto de vista funcional, los convenios originarios de sector que abordan esta materia se sitúan en el 86,08%, representando en los convenios originarios de empresa el 86,25%.



Menciones relativas a planes de prevención se observan en el 11,07% de los convenios originarios del año 2004. Si se analizan conjuntamente, además de los originarios, los revisados, el porcentaje de convenios vigentes que contiene referencias a dichos planes se sitúa en el 13,54%.



5

Reseña de Legislación







Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (octubre-diciembre 2004)*

DECRETO 528/2004, de 16 de noviembre por el que se modifica el Reglamento General de Ingreso, Promoción Interna, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 2/2002, de 9 de enero

En la misma línea de cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación, de 24 de octubre de 2003, el Decreto 528/2004 modifica el vigente Decreto 2/2002 en cumplimiento de lo pactado en materias relativas al ingreso, la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía. La norma reglamentaria introduce también aspectos relacionados con el uso de los medios electrónicos y telemáticos en los procesos de selección y provisión de personal funcionario (Título V).

En concreto, el nuevo artículo 19.1 incrementa hasta una cuantía no inferior al 5%, anteriormente fijado en un 4%, del conjunto de plazas vacantes de la Oferta de Empleo Público la reserva de plazas para personas con minusvalías iguales o superiores al 33%. Por su parte, el nuevo artículo 23 introduce dos nuevos apartados (1 y 5) y procede a reenumerar los anteriores apartados 1 a 4; el nuevo apartado 1 obliga a la Consejería de Justicia y Administración Pública a realizar y publicar en el BOJA la oferta de vacantes a los aspirantes que hubieren superado el proceso de selección, oferta que cuantitativamente deberá satisfacer el mismo número de plazas que aspirantes hayan sido seleccionados; el nuevo apartado 5, reúne en un solo acto la oferta de vacantes y la presentación de la documentación requerida, cuando las circunstancias del proceso selectivo lo permitan, procedimiento abreviado que excepciona la obligación de publicación en el BOJA. El nuevo artículo 24 encomienda al titular de la Consejería anteriormente mencionada la competencia de nombrar funcionarios a los aspirantes, nombramiento que deberá demorarse hasta la finalización del plazo de presentación de documentos y petición de destinos, y que marca el momento de inicio del cómputo del plazo de toma de posesión en los respectivos destinos. El

* Selección y comentario a cargo de Rafael Gómez Gordillo. Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide.

artículo 25 adiciona un nuevo apartado, el 5.º, que permite quedar excluido del sistema de adjudicación de destinos por orden de puntuación a los funcionarios que ocupen con carácter definitivo un puesto de doble adscripción. El nuevo apartado 2.º del artículo 27.4 hace coincidir el momento del cese de los interinos con el día inmediatamente anterior al de inicio del plazo de toma de posesión establecido en las distintas Órdenes de nombramiento. Para la selección de personal interino, el nuevo artículo 28.3 encomienda a la mesa sectorial de negociación correspondiente la fijación de criterios objetivos de selección que, en todo caso, deberán respetar el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. El artículo 29 exime de aplicación del baremo previsto en el artículo 8.2 en los procesos de promoción interna; en concordancia con lo anterior, el artículo 31 establece la obligación de establecer el baremo de méritos valorables en la fase de concurso, que previamente deberá negociarse en la mesa sectorial de negociación, sin perjuicio de lo cual la Orden relaciona y fija determinados méritos y su valoración máxima y mínima como el trabajo desempeñado, la antigüedad, el grado personal, la superación de pruebas selectivas, la titulación académica y los cursos de formación y perfeccionamiento. En un esfuerzo descentralizador, el artículo 43 faculta a los titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Justicia y Administración Pública para efectuar las convocatorias y resolución de los concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo adscritos a personal funcionario en el ámbito de la respectiva provincia. El artículo 46 reordena los requisitos generales que deberán cumplir los funcionarios de la Junta de Andalucía para tomar parte en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo por concurso. El artículo 48 reconoce el derecho a presenciar las reuniones de las Comisiones de Valoración, con voz pero sin voto, de las Organizaciones Sindicales que formen parte de la Mesa Sectorial de Negociación de la Administración General de la Junta de Andalucía, presencia que será fijada mediante libre designación de un representante sindical por cada una de las centrales mencionadas. El artículo 50, permite al funcionario renunciar al destino adjudicado hasta el momento en que se produzca el cese efectivo o, en todo caso, cuando antes de que finalice el plazo de cese se hubiese obtenido otro destino mediante convocatoria pública. El artículo 51 coordina los momentos de cese y toma de posesión en el nuevo destino. Los artículos 52 a 56 reordenan los aspectos relacionados con la fijación de baremos y la acreditación de méritos. Por último, el artículo 74, de nueva elaboración, prevé la introducción de medios electrónicos en la gestión de los procedimientos regulados en el reglamento y la participación de los interesados en los mismos.

DECRETO 567/2004, de 21 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas de viudedad

El Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a las instituciones autonómicas la competencia normativa exclusiva en materia de Asistencia Social y Servicios Sociales, en concordancia con lo establecido en el artículo 148.1.20.ª CE. Con dicha base jurídica, la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía puso en funcionamiento una serie de ayudas de carácter económico

como complemento a las prestaciones por jubilación e invalidez, de carácter no contributivo, previamente reconocidas por el Estado español. La aprobación del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, norma que contenía dichas ayudas, provocó la interposición de un conflicto positivo de competencia por el Gobierno de la Nación, cuyas pretensiones fueron finalmente desestimadas por la STC 239/2002, de 11 de diciembre de 2002. Desde entonces, con periodicidad anual, la Junta de Andalucía ha venido aprobando sucesivas normas de actualización de la cuantía de las ayudas.

La exposición de motivos del Decreto 567/2004, recuerda como el artículo 14 de la Ley de Servicios Sociales de Andalucía permite establecer prestaciones económicas de carácter periódico y no periódico a favor de aquellas personas que no puedan atender a sus necesidades básicas debido a la situación económica y social en que se hallan. Por su parte, el Plan Nacional para la Inclusión Social considera que los beneficiarios de las pensiones de viudedad en su cuantía mínima constituyen un colectivo en riesgo de exclusión, circunstancia que permitiría incluir en el ámbito personal de aplicación del artículo 14 de la norma antes citada a las personas residentes en Andalucía beneficiarias de pensiones de viudedad de la Seguridad Social que, percibiendo éstas en su cuantía mínima, no disfrutaran de otros ingresos o, si los perciben, lo sean en cuantía insuficiente (artículo 2). En este sentido, el artículo 3 declara que dichas ayudas forman parte de la asistencia social y poseen carácter extraordinario y personal, lo que impide su consolidación o transmisión.

El importe de la ayuda se fija en 118,72 euros, que serán abonados mediante la modalidad de pago único a quienes, siendo titulares de pensiones de viudedad de la Seguridad Social, tuviesen, a su vez, derecho a complemento por mínimos a 31 de diciembre del pasado año y residencia habitual en un municipio perteneciente a la Comunidad Autónoma de Andalucía (artículo 6).

DECRETO 568/2004, de 21 de noviembre, por el que se establecen ayudas económicas de carácter extraordinario a favor de ancianos y enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo, beneficiarios de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos

Con el objetivo de contribuir a paliar la insuficiencia de las cuantías de dichas ayudas y subsidios, la Junta de Andalucía dicta el Decreto 568/2004, de 21 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas extraordinarias a favor de los perceptores de ayudas del Fondo Nacional de Asistencia Social para ancianos y enfermos incapacitados para el trabajo, concedidas según lo previsto en el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos, previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. Como reconoce la propia exposición de motivos del Decreto 568/2004, a pesar de las reiteradas campañas informativas puestas en marcha por las instituciones autonómicas y estatales, algunos ciudadanos no han ejercitado hasta la fecha su derecho de opción, por más que en principio pudiera afirmarse que el régimen jurídico de las prestaciones no contributivas resulta más favorable para el beneficiario que el previsto para las ayudas FAS y el subsidio LISMI.

La norma autonómica establece unas ayudas de carácter extraordinario para el año 2005, quedando expresamente limitado el derecho de los beneficiarios a continuar percibiéndolas en años sucesivos por el artículo 2 del Decreto. El mismo precepto declara la naturaleza de prestaciones de asistencia social de las ayudas y su carácter personal e intransferible. Si bien la cuantía de la ayuda se fija en 655.2 euros anuales, su percepción se fracciona en cuatro pagos, en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre. La percepción de las ayudas se vincula al cumplimiento de dos requisitos: la residencia habitual en territorio andaluz y la titularidad de una ayuda FAS o de un subsidio LISMI. El solicitante debe acreditar el mantenimiento de dicho derecho durante el trimestre anterior al cobro, lo que en esta ocasión permite con más claridad la aplicación de las previsiones sobre suspensión o pérdida del derecho, previstas en el artículo 6 del Decreto.

DECRETO 569/2004, de 21 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas

El artículo 13.22 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a las instituciones autonómicas la competencia normativa exclusiva en materia de Asistencia Social y Servicios Sociales, en concordancia con lo establecido en el artículo 148.1.20.^a CE. Por su parte, el artículo 14 de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales, permite establecer prestaciones económicas, de carácter periódico y no periódico, a favor de aquellas personas que no puedan atender sus necesidades básicas debido a la situación económica y social en que se hallan. En el mismo sentido, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía y la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, se pronuncian en igual sentido, disponiendo que la Comunidad Autónoma de Andalucía pueda establecer prestaciones económicas para las personas de estos colectivos que carezcan de los recursos necesarios para atender sus necesidades básicas, distintas y compatibles con las del Sistema de la Seguridad Social y con las que pueda otorgar la Administración del Estado.

El ejecutivo andaluz considera que los beneficiarios de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social se encuentran incursas en este supuesto, en consideración a su nivel de rentas, opinión que comparte el Plan Nacional del Reino de España para la Inclusión Social que considera que tales personas forman parte de los colectivos en riesgo de exclusión.

Las ayudas aprobadas tienen carácter extraordinario, lo que impide a sus perceptores la consolidación de un derecho a su percepción durante los próximos años (artículo 2). En buena lógica, dicho carácter está directamente relacionado con el espíritu de la norma autonómica pues, en esta ocasión, la actividad normativa del Gobierno andaluz ejerce un papel complementario ante la insuficiencia de las cuantías fijadas por la norma estatal. El artículo 3 del Decreto fija la cuantía individual de las ayudas en 79,78 euros, que serán abonados mediante la modalidad de pago único.

La percepción de estas ayudas queda condicionada al cumplimiento por los solicitantes de dos requisitos acumulativos. En primer lugar, los beneficiarios de-

berán acreditar haber sido perceptores de pensiones no contributivas de jubilación e invalidez, a fecha de 31 de diciembre de 2004. El cumplimiento de dicho requisito debe actualizarse a dicha fecha, de manera que quienes habiéndolo sido con anterioridad hubieren dejado de serlo en dicha fecha y quienes hubieren comenzado a gozar de la titularidad del derecho a la percepción de las mismas con posterioridad a dicha fecha no podrán acceder a las ayudas reguladas en el Decreto 569/2004. El artículo 5 de la citada norma realiza una foto fija a dicha fecha, únicamente quienes puedan acreditar ser titulares de tales percepciones quedarán a su vez incluidos en el ámbito de aplicación del Decreto, las variaciones en la situación económica de los beneficiarios que pudieran sobrevenir no serán tenidas en cuenta. En segundo lugar, la percepción de las ayudas se vincula a la acreditación de residencia habitual en territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Por su parte, y aunque según establece el artículo 6 del Decreto, el derecho a percibir dichas ayudas extraordinarias puede perderse o suspenderse en los mismos supuestos previstos para las pensiones no contributivas, de la que estas ayudas traen causa; en la práctica, no puede afirmarse la existencia de un principio de automaticidad entre ambas situaciones, de manera que la pérdida o suspensión del derecho a percibir la prestación estatal produzca efectos inmediatos sobre el derecho a la percepción de la ayuda autonómica. El propio artículo 6 del Decreto habilita a la Consejería de Asuntos Sociales para la fijación de las situaciones que pudieran dar lugar a la pérdida o suspensión del derecho a las ayudas autonómicas extraordinarias. Por otra parte, la forma de pago de las ayudas dificulta considerablemente la posibilidad de suspender la percepción del derecho, mientras que la pequeña cuantía de las ayudas y el hecho de que el artículo 5 vincule la percepción de éstas a la acreditación de la condición de titular de una pensión no contributiva a fecha fija, dificulta la fijación de supuestos de pérdida de la condición de titular de las ayudas extraordinarias reguladas.

ORDEN de 15 de octubre de 2004, por la que se modifica la de 29 de julio de 1996, sobre jornadas y horarios en la Administración General de la Junta de Andalucía

La firma del Acuerdo sobre mejora en las condiciones de trabajo y en la prestación de los servicios públicos en la Administración General de la Junta de Andalucía, firmado el 24 de octubre de 2003 en el seno de la Mesa Sectorial de Administración y aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de noviembre de 2003, continúa produciendo cambios normativos, en orden a adaptar la legislación precedente a los nuevos contenidos negociados entre la administración andaluza y los sindicatos firmantes. En esta ocasión, mediante Orden de 15 de octubre se modifica la regulación sobre jornadas y horarios prevista en la Orden de 29 de julio de 1996, que ya fue modificada previamente por Orden de 16 de julio de 1999.

La reforma, manteniendo de forma general el tradicional y rígido horario funcional de 8 a 15 horas, introduce la posibilidad de flexibilizar el horario de entrada y salida, pudiendo únicamente retrasar la entrada o adelantar la salida

en periodos de hasta una hora, es decir, siempre que las necesidades de organización y funcionamiento lo permitan, la jornada laboral podrá iniciarse entre las 8 y las 9 horas, y podrá igualmente darse por finalizada entre las 14 y las 15 horas. La disminución de jornada debida a la aplicación esta flexibilidad horaria deberá ser compensada dentro del horario expresamente establecido al efecto, entre las 16 y las 20 horas, de acuerdo con las necesidades del servicio y en función de los requerimientos de los órganos competentes. Aunque nada dice la norma, se entiende que la disposición de los elementos de flexibilidad horaria es facultad del trabajador, sin perjuicio de los límites derivados de la atención a las necesidades del servicio. Por otra parte, y aunque como el resto de modificaciones que comentaremos con posterioridad, la flexibilidad horaria puede resultar una medida de gran utilidad en la consecución de los objetivos fijados por las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral, la posibilidad de disponer de horarios flexibles no queda condicionada por causa familiar alguna, los trabajadores podrán disponer de dicha posibilidad a voluntad, independientemente de su situación personal o familiar.

Frente a lo anterior, las reducciones de jornadas previstas en los nuevos artículos 8 y 9 quedan sujetas a la concurrencia efectiva de las causas que justifican dicha regulación, todas ellas relacionadas con situaciones producidas en el estricto ámbito familiar. En concreto, el artículo 8 tiene por objetivo atender las necesidades derivadas del nacimiento de un hijo prematuro o de la hospitalización del recién nacido. En tales supuestos, se prevé la posibilidad de reducir la jornada de trabajo renunciado a la retribución correspondiente. En particular, ante supuestos de nacimiento prematuro o frente a la hospitalización del bebé posterior al parto, independientemente de la causa que la produzca, madre y padre tendrán derecho reducir en dos horas diarias su jornada de trabajo. Dicho derecho se reconoce incondicionadamente a ambos progenitores, sin que sea preciso atender a la ocupación de éstos. Junto a lo anterior, el precepto introduce un supuesto diverso, pues se trata de la sustitución del derecho de ausencia retribuida por cuidado de hijo menor de dieciséis semanas por una reducción de jornada de la misma cuantía, lo que no es más que situar aquella ausencia al principio o al final de la jornada de trabajo. En este caso, el disfrute del derecho queda incomprensiblemente restringido cuando ambos cónyuges trabajan, situación en que dicha reducción resulta especialmente necesaria, pues en tales casos sólo uno podrá disfrutar de dicha reducción, debiendo el cónyuge solicitante acreditar documentalmente la renuncia de su pareja.

En el conjunto de los supuestos previstos en el artículo 8 de la Orden, corresponderá al trabajador la concreción y la determinación del período de disfrute de las reducciones de jornada.

Por su parte, el artículo 9 ordena la posibilidad de reducir la jornada del trabajador sujeto a obligaciones de guarda legal de menor de nueve años o a un disminuido físico, psíquico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida, o con especiales necesidades de atención personal de su pareja o de familiares hasta el segundo grado de parentesco por consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que tampoco desarrolle actividad retribuida alguna. La cuantía de la reducción de jornada será, a elección del trabajador, de un tercio o de la mitad; mientras que la reducción salarial será del veinte por ciento, en el primer caso, y del cuarenta por ciento en el segundo.

ORDEN de 22 de noviembre de 2004, por la que se modifican determinados artículos de la Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, y empresas calificadas como I+E dirigidas al Fomento del Desarrollo Local

Las experiencias obtenidas en los diez meses de aplicación de la normativa reglamentaria relativa a la concesión de ayuda públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y Empresas Calificadas como I+E dirigidas al fomento del desarrollo local, aprobada al inicio del pasado año, han puesto de manifiesto la necesidad de modificar algunos aspectos con el fin de adecuarla a la consecución de los objetivos para los que fue aprobada. A tales fines, se considera adecuado ampliar las ayudas para la contratación de Agentes Locales de Promoción de Empleo (ALPES) a las Diputaciones Provinciales, así como a aquellos organismos autónomos locales, entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles de capital íntegramente local dependientes o vinculados a un Ayuntamiento de Capital de Provincia o a una Diputación Provincial de Andalucía. Por otro lado, las empresas que hayan sido calificadas I+E por el INEM o por el SAE, que a la entrada en vigor de la Orden objeto de comentario se encuentran dentro del período de un año desde el inicio de la actividad de la empresa y hubieren realizado contrataciones indefinidas subvencionables o han incorporado socios trabajadores con anterioridad a la entrada en vigor de la norma reformadora, no podrán acogerse al nuevo plazo de presentación de solicitudes de ayudas, a tal efecto establecido en el artículo 23.6.c). Con el objetivo de no causar a tales empresas perjuicios graves, se permite a éstas solicitar las subvenciones al amparo de lo dispuesto en la Orden de 15 de julio de 1999, por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera.

Las ayudas destinadas a Empresas calificadas como I+E quedan expresamente sometidas a la norma de *mínimis* contenida en el Reglamento (CE) núm. 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001.

Se modifica la competencia para resolver las solicitudes de calificación como I+E en los supuestos en que el proyecto empresarial cunete con el apoyo de un Consorcio Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Tecnológico y se establece la posibilidad de requerir un informe de valoración para la resolución de estos expedientes (artículos 18 y 19). En el mismo sentido, se modifica la delegación de competencias para resolver las solicitudes de ayudas para la contratación de ALPES por los Ayuntamientos de Capitales de Provincia (artículo 23), y la delegación de competencias para resolver las solicitudes de ayudas de estudios de mercado y campañas de promoción local cuando la solicitud provenga de un Consorcio de UTEDLT, así como para resolver las solicitudes relativas a la ayuda financiera destinada a empresas calificadas como I+E (artículo 28).

Por último, se autoriza a la Dirección General de Intermediación e Inserción Laboral para que mediante Resolución, y siempre y cuando lo permitan las disponibilidades presupuestarias, actualice las ayudas para los costes de personal de los Consorcios, así como el importe máximo de las ayudas establecidas para la contratación de ALPES.

ORDEN de 18 de noviembre de 2004, por la que se modifica la de 17 de febrero de 2004, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas consistentes en el abono de las cuotas a la Seguridad Social a los/as trabajadores/as que hayan percibido la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por la cuantía total a que tuvieran derecho en el momento de la capitalización

También en esta ocasión, la limitada experiencia práctica recogida en diez meses de vigencia, ha demostrado a juicio del ejecutivo andaluz la necesidad de modificar algunos aspectos de la regulación contenida en la norma de referencia. El artículo 1.1 elimina las referencias a la percepción efectiva de la prestación por desempleo, tomando ahora como referencia el simple reconocimiento de dicha prestación. Las letras a) y b) del artículo 2 son también modificadas en el mismo sentido. El nuevo artículo 3 amplía a 2 meses desde el reconocimiento de la prestación por desempleo los plazos para constituirse como socios trabajadores o como trabajadores autónomos, en caso de tratarse de trabajadores con discapacidad igual o superior al 33 por 100, y para iniciar la actividad. De la misma manera, la documentación exigible prevista en el artículo 4 se ajusta a los nuevos requerimientos. Por último, el plazo de presentación de la solicitud (artículo 4.4) ahora se computa desde la fecha de la resolución aprobatoria de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único.

DECRETO 528/2004, de 16 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Ingreso, Promoción Interna, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 2/2002, de 9 de enero
BOJA núm. 232, de 26 de noviembre de 2004

La disposición final del Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de Administración General de 24 de octubre de 2003, sobre mejoras en las condiciones de trabajo y en la prestación de los servicios públicos en la Administración General de la Junta de Andalucía, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de noviembre de 2003, establece que los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía adoptarán cuantas medidas normativas y de ejecución resulten necesarias para la vigencia y cumplimiento de los compromisos y previsiones contenidos en dicho Acuerdo.

El citado Acuerdo afecta, entre otras materias, a las relativas al ingre-

so, la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, que se encuentran reguladas en el Reglamento aprobado por el Decreto 2/2002, de 9 de enero. Por ello, se hace necesaria una modificación de esta norma reglamentaria que recoja los compromisos y previsiones que sobre estas materias se contienen en dicho Acuerdo, para que los mismos adquieran vigencia.

Además, la presente norma sirve también, en sintonía con los objetivos de la segunda modernización, para seguir avanzando en el desarrollo de la «administración electrónica», y, en este sentido, se incorpora un nuevo Título

(el V, denominado «Tramitación por medios electrónicos») que amplía y consolida el uso de los medios electrónicos y telemáticos en los procesos de selección y provisión de personal funcionario que y a se venían implementando. Las medidas normativas desarrolladas en ese nuevo Título vienen a permitir un grado de operabilidad y accesibilidad en el ámbito de los procedimientos regulados que puede situarlos en el nivel tres de los cuatro que enunciaba, en el marco del Plan Acción e-Europe 2005, 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.

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, la presente modificación ha sido negociada en el seno de la Mesa Sectorial de Administración General de la Junta de Andalucía.

Así, en uso de las facultades atribuidas por el artículo 4 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, a propuesta de la Consejera de Justicia y Administración Pública, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 16 de noviembre de 2004,

DISPONGO

Artículo único. Se modifican los artículos 19.1, 23, 24, 25, 27.4, 28.3, 29, 31, 34.3, 43, 46, 47, 48, 50.1, 51, 52, 53, 54, 55, 56.a) y d), 66, 71 y 72.3 del Reglamento General de Ingreso, Promoción Interna, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesio-

nal de los Funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 2/2002, de 9 de enero, y se añade un nuevo Título V, en los términos que a continuación se indican:

1. El apartado 1 del artículo 19 queda redactado como sigue:

«1. A fin de dar cumplimiento a los objetivos establecidos en el artículo 23 de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las personas con discapacidad en Andalucía, relativos a las garantías necesarias para facilitar el acceso a la función pública de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con el resto de los aspirantes, se reservará un cupo no inferior al 5% del conjunto de las plazas vacantes de la Oferta de Empleo Público, para el acceso a la función pública de las personas cuya minusvalía sea de grado igual o superior al 33%, de modo que progresivamente se alcance el 2% de los efectivos reales de la Administración de la Junta de Andalucía».

2. El artículo 23 queda redactado como sigue:

«Artículo 23. Oferta de vacantes y presentación de documentación.

1. La Consejería de Justicia y Administración Pública, a través de la Secretaría General para la Administración Pública y de acuerdo con las necesidades de ordenación de efectivos, realizará la oferta de vacantes a los aspirantes que hubieran superado el proceso selectivo. En ésta figurará al menos, el mismo número de plazas que aspirantes hayan sido seleccionados. La oferta de vacantes se publicará en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, salvo en los supuestos regulados en el apartado 5 del presente artículo.

2. Los aspirantes propuestos aportarán ante la Administración, dentro del plazo de veinte días hábiles des-

de que se publique la oferta de vacantes a que se refiere el párrafo anterior, la petición de destino y los documentos acreditativos de las condiciones de capacidad y de los requisitos exigidos en la convocatoria.

3. Quienes dentro del plazo indicado, y salvo los casos de fuerza mayor, no presentasen la documentación o de la misma se dedujese que carecen de alguno de los requisitos exigidos, no podrán ser nombrados, quedando anuladas todas las actuaciones, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por falsedad en sus solicitudes de participación.

4. Los que tuvieran la condición de funcionarios y aquellos otros que presten sus servicios en la Junta de Andalucía estarán exentos de justificar las condiciones y los requisitos y a acreditados para obtener su anterior nombramiento, siempre que hubiesen sido inscritos en el Registro General de Personal de la Junta de Andalucía. Los funcionarios de otras Administraciones deberán presentar únicamente certificación del organismo de procedencia, acreditando su condición y demás circunstancias que consten en su expediente personal.

5. Cuando las circunstancias del proceso selectivo lo permitan, y a fin de favorecer la celeridad en su gestión, los trámites de oferta de vacantes, presentación de la documentación preceptiva y petición de destinos, regulados en los anteriores apartados 1 y 2, podrán sustituirse por un acto único mediante comparecencias personales de los seleccionados en el lugar y fecha que se determine por la Administración. En caso de incomparecencia o falta de aportación de la documentación requerida, salvo causa de fuerza mayor debidamente acreditada, así como en los supuestos de incumplimiento de las condiciones de capacidad o de los requisitos exigidos en la convocatoria, se

producirán los efectos establecidos en el apartado 3 del presente artículo».

3. El artículo 24 queda redactado como sigue:

«Artículo 24. Nombramientos y tomas de posesión.

1. Transcurrido el plazo de presentación de documentos y petición de destinos, el titular de la Consejería de Justicia y Administración Pública, nombrará funcionarios a los aspirantes que, habiendo superado el proceso selectivo, cumplan los requisitos exigidos en la convocatoria, cuyo número no podrá exceder en ningún caso al de plazas convocadas.

2. Los nombramientos deberán publicarse en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

3. Las Ordenes de nombramiento determinarán la fecha de inicio del plazo de toma de posesión en los respectivos destinos».

4. Se añade un apartado 5 al artículo 25, con la siguiente redacción:

«5. Los funcionarios que accedan por el sistema regulado en el presente Título a otro Cuerpo o Especialidad y ocupen con carácter definitivo un puesto de doble adscripción, podrán solicitar la adjudicación del mismo, con el mismo carácter de ocupación. En tal caso, quedarán excluidos del sistema de adjudicación de destinos por el orden de puntuación obtenido en el proceso selectivo».

5. El segundo párrafo del apartado 4 del artículo 27 queda redactado como sigue:

«En todo caso, cesará en los supuestos de reorganización administrativa, modificación de la relación de puestos de trabajo, desdotación presupuestaria del puesto de trabajo y cuando se publiquen las distintas Ordenes de nombramiento de funcionarios de los Cuerpos, Especialidades u opciones de acceso incluidos en la correspondiente Oferta de Empleo Público.



En este último caso, el cese se producirá el día inmediatamente anterior al de inicio del plazo de toma de posesión establecido en las distintas Ordenes de nombramiento».

6. El apartado 3 del artículo 28 queda redactado como sigue:

«3. Con carácter subsidiario, si no existieran aspirantes que reúnan las condiciones a que se refiere el apartado 2 de este artículo, se procederá a remitir oferta genérica al Servicio Andaluz de Empleo, en solicitud de demandantes de empleo que reúnan las mencionadas condiciones. Los candidatos serán seleccionados de acuerdo con los criterios objetivos negociados en la mesa sectorial de negociación correspondiente. En dichos criterios habrá de tenerse en cuenta el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres».

7. El artículo 29 queda redactado como sigue:

«Artículo 29. Régimen aplicable. La promoción interna consiste en el ascenso desde Cuerpos o Especialidades de un Grupo de titulación a otro del inmediato superior o en el acceso a Cuerpos o Especialidades del mismo Grupo de titulación. Se regirá por las normas establecidas en el presente Título y supletoriamente por las del Título I de este Reglamento, a excepción del baremo establecido en el artículo 8.2».

8. El artículo 31 queda redactado como sigue:

«Artículo 31. Convocatorias de promoción interna. Las pruebas de promoción interna, en las que deberán respetarse los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, se llevarán acabo en convocatorias independientes de las de ingreso, en las que se establecerá necesariamente el baremo de méritos valorables en la fase de concurso, previa negociación en la mesa sectorial de negociación. En el

baremo se incluirán los siguientes méritos, siempre que guarden relación con las funciones propias del Cuerpo y, en su caso, Especialidad a que se opta:

a) Valoración del trabajo desarrollado: la puntuación por este mérito podrá oscilar entre el 20 y el 30% de la puntuación total del baremo.

b) Antigüedad: la puntuación por este mérito podrá oscilar entre el 20 y el 30% de la puntuación total del baremo.

c) Grado personal: la puntuación por este mérito podrá oscilar entre el 20 y el 30% de la puntuación total del baremo.

d) Superación de ejercicios y pruebas selectivas de promoción interna en el Cuerpo o Especialidad a que se accede: la puntuación por este mérito podrá oscilar entre el 5 y el 15% de la puntuación total del baremo.

e) Titulación académica: la puntuación por este mérito no podrá ser superior al 10% de la puntuación total del baremo.

f) Cursos de formación y perfeccionamiento: la puntuación por este mérito no podrá ser superior al 10% de la puntuación total del baremo.

Asimismo, en el baremo podrán incluirse otros méritos, con una puntuación que no podrá ser superior al 10% de la puntuación total del baremo».

9. El apartado 3 del artículo 34 queda redactado como sigue:

«3. Los funcionarios de promoción interna conservarán el grado personal que hubieran consolidado en el Cuerpo de procedencia, siempre que se encuentre incluido en el intervalo de niveles correspondiente al nuevo Cuerpo al que acceden. Asimismo, el tiempo de servicios prestado en los puestos de origen y no agotado para la consolidación, le será computado, a su solicitud, para la consolidación de grado personal en el nuevo Cuerpo, siempre que los puestos de trabajo referidos tu-

vieran asignado un nivel de complemento de destino comprendido en el intervalo de niveles del nuevo Cuerpo».

10. El artículo 43 queda redactado como sigue:

«Artículo 43. Organos competentes.

1. La competencia para efectuar las convocatorias y resolución de los concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo adscritos a personal funcionario se atribuye a los titulares de las Consejerías en relación con los puestos de trabajo adscritos a los Servicios Centrales de su Consejería y a la Delegación Provincial de Sevilla, así como en relación con los puestos de trabajo correspondientes a los Organismos Autónomos adscritos a cada una en dicha provincia.

2. Los titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Justicia y Administración Pública, salvo lo dispuesto en el apartado anterior para la provincia de Sevilla, serán los competentes para efectuar las convocatorias y resolución de los concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo adscritos a personal funcionario en el ámbito de la respectiva provincia.

3. El titular de la Consejería de Justicia y Administración Pública procederá a la convocatoria y resolución de los concursos unitarios a que se refiere el apartado 3 del artículo 38 de este Reglamento».

11. El artículo 46 queda redactado como sigue:

«Artículo 46. Participantes.

1. Los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su situación administrativa, excepto los declarados en situación de suspensión firme de funciones, que no podrán participar mientras dure la suspensión, podrán tomar parte en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo por

concurso, siempre que reúnan los requisitos mínimos exigidos en la relación de puestos de trabajo y recogidos en la convocatoria a la fecha de terminación del plazo de presentación de solicitudes.

2. Los funcionarios deberán contar con dos años de servicio activo en la Junta de Andalucía, con independencia de que los servicios hayan sido prestados en uno o más Cuerpos, para poder participar por primera vez en concursos de provisión de puestos de trabajo, salvo en los concursos que se convoquen en la Consejería u Organismo Autónomo de destino, o en los supuestos de remoción por desempeño ineficaz, supresión del puesto de trabajo o en cualquier otro caso de adscripción provisional sin reserva de puesto.

Para poder participar en sucesivos concursos deberán permanecer un mínimo de dos años en los puestos obtenidos por concurso, con las mismas excepciones señala las en el párrafo anterior.

A los funcionarios que accedan a otro Cuerpo o Especialidad por promoción interna o por integración y permanezcan en el puesto de trabajo que desempeñaban se les computará el tiempo de servicios prestado en dicho puesto en el Cuerpo o Especialidad de procedencia a efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior.

Igualmente, cuando a un funcionario, con ocasión de haber obtenido puesto en un concurso, se le hubiera diferido el cese en el puesto de origen, se computará el tiempo desde la resolución por la que se difiere el cese hasta el cese efectivo como desempeñado en el nuevo puesto.

3. Los funcionarios o el personal estatutario de los sectores docente y sanitario de la Junta de Andalucía sólo podrán participar en los procedimientos de provisión de aquellos puestos

que en la relación de puestos de trabajo contemplen como tipo de Administración el de “Administración educativa” o “Administración sanitaria”, respectivamente. En todo caso, habrán de reunir el resto de requisitos mínimos exigidos en dicha relación y recogidos en la convocatoria.

4. Los funcionarios de carrera procedentes de la Administración no sectorial del Estado, salvo aquellos que simultáneamente sean funcionarios de los Cuerpos y Especialidades de la Administración General de la Junta de Andalucía, sólo podrán participar en los procedimientos de provisión de aquellos puestos que en la relación de puestos de trabajo contemplen como tipo de Administración el de “Administración del Estado”. En todo caso, habrán de reunir el resto de requisitos mínimos exigidos en dicha relación y recogidos en la convocatoria.

5. Los funcionarios de carrera procedentes de los Cuerpos de Administración Local con habilitación de carácter nacional y los de las Administraciones locales del ámbito territorial de Andalucía, salvo aquellos que simultáneamente sean funcionarios de los Cuerpos y Especialidades de la Administración General de la Junta de Andalucía, sólo podrán participar en los procedimientos de cobertura de aquellos puestos que en la relación de puestos de trabajo contemplen como tipo de Administración el de “Administración local”. En todo caso, habrán de reunir el resto de requisitos mínimos exigidos en dicha relación y recogidos en la convocatoria.

6. En el supuesto de estar interesados en los puestos ofertados en un determinado concurso para un mismo municipio dos funcionarios que reúnan los requisitos exigidos, podrán condicionar sus peticiones por razones de convivencia familiar, al hecho de que ambos obtengan destino en ese con-

curso en el mismo municipio, entendiéndose, en caso contrario, sin efecto la petición efectuada por ambos. Los funcionarios que se acojan a esta petición condicional deberán concretarlo en su solicitud con indicación del número del Documento Nacional de Identidad, apellidos y nombre del otro funcionario».

12. El artículo 47 queda redactado como sigue:

«Artículo 47. Discapacidades.

Los funcionarios con alguna discapacidad podrán instar en la propia solicitud de vacantes la adaptación del puesto o puestos de trabajo solicitados. La Comisión de Valoración podrá recabar del interesado, incluso en entrevista personal, la información que estime necesaria en orden a la adaptación solicitada así como el dictamen de los órganos técnicos de la Administración laboral, sanitaria o asistencial correspondiente respecto de la procedencia de la adaptación y de su compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones del puesto».

13. El artículo 48 queda redactado como sigue:

«Artículo 48. Comisiones de Valoración.

1. Las Comisiones de Valoración estarán constituidas como mínimo por siete miembros, de entre los cuales uno actuará en calidad de Presidente y otro en calidad de Secretario, designados todos ellos, titulares y suplentes, por el órgano competente en la Orden o Resolución de convocatoria.

En la autorización de las convocatorias el titular de la Secretaría General para la Administración Pública podrá establecer que formen parte de la Comisión de Valoración miembros pertenecientes a dicha Secretaría.

2. Los miembros de las Comisiones deberán ser funcionarios y pertenecer a Grupo igual o superior al exigido para los puestos convocados. En

los concursos específicos, deberán, además, poseer grado personal o desempeñar puestos de nivel igual o superior al de los convocados.

3. Estarán presentes en las Comisiones de Valoración, con voz pero sin voto, las Organizaciones Sindicales que formen parte de la Mesa Sectorial de Negociación de la Administración General de la Junta de Andalucía, mediante la libre designación de un representante por cada una de ellas».

14. El apartado 1 del artículo 50 queda redactado como sigue:

«1. Los destinos adjudicados serán irrenunciables, salvo que, antes de que se produzca el cese efectivo o, en todo caso, antes de que finalice el plazo de cese se hubiese obtenido otro destino mediante convocatoria pública, en cuyo caso serán los interesados los que, en el momento de solicitar el cese en el destino que tuvieran, determinen en cuál de ellos tomarán posesión, viniendo obligados a comunicar por escrito la opción ejercida a los órganos convocantes y a la Dirección General de la Función Pública, en el plazo de tres días hábiles desde la publicación de la última adjudicación.

Quienes habiendo participado en un concurso de méritos y, antes de su resolución, hubieren superado un proceso de promoción interna, podrán tomar posesión en el destino que le fuere adjudicado en el concurso en su condición de funcionarios del nuevo Cuerpo siempre que las características y requisitos del puesto obtenido lo permitan y la participación en el concurso hubiere sido anterior a la toma de posesión derivada del proceso de promoción».

15. El artículo 51 queda redactado como sigue:

«Artículo 51. Plazos de cese y toma de posesión.

1. El cese del funcionario en el anterior destino deberá efectuarse dentro de los tres días hábiles siguientes

a la publicación de la resolución del concurso en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, salvo que en dicha resolución se establezca otra cosa.

La toma de posesión deberá formalizarse con efectos administrativos del día siguiente al del cese en el destino anterior, salvo que comporte el reingreso al servicio activo, en cuyo caso se formalizará en el plazo de un mes desde la publicación de la resolución del concurso.

2. El plazo de incorporación efectiva al nuevo puesto de trabajo se efectuará en los tres días hábiles siguientes al del cese si no implica cambio de residencia del funcionario, o en el plazo de un mes si comporta cambio de residencia, con la obligación, en este último caso, de acreditar de forma fehaciente dicho cambio. Si la resolución comporta el reingreso al servicio activo, la incorporación efectiva al nuevo puesto de trabajo se producirá en la misma fecha en la que se toma posesión en el mismo.

3. El titular de la Viceconsejería de la Consejería donde preste servicios el funcionario podrá diferir el cese por necesidades del servicio y motivadamente hasta veinte días hábiles, comunicándose a la unidad a la que haya sido destinado el funcionario.

4. El cómputo de los plazos posesorios se iniciará cuando finalicen los permisos o licencias que hayan sido concedidos a los interesados, salvo que por causas justificadas el órgano convocante acuerde motivadamente suspender el disfrute de los mismos.

5. Efectuada la toma de posesión, el plazo posesorio se considerará como de servicio activo a todos los efectos, excepto en los supuestos de reingreso desde la situación de excedencia voluntaria o excedencia por cuidado de hijos una vez transcurrido el período de reserva del puesto de trabajo».

16. El artículo 52 queda redactado como sigue: «Artículo 52. Baremo de méritos.

1. Las convocatorias que se realicen para la provisión de puestos de trabajo por el procedimiento de concurso de méritos se llevarán acabo con sujeción al baremo general que se recoge en el artículo 54 de este Reglamento.

2. La puntuación máxima a obtener por la aplicación de este baremo general será de 35 puntos.

3. La puntuación obtenida por la aplicación de este baremo general se incrementará en un 10%, con un máximo de 2 puntos, para los funcionarios que pertenezcan al Cuerpo preferente que, en su caso, esté establecido en la relación de puestos de trabajo para el puesto de que se trate, sin que en ningún caso la puntuación total pueda exceder del máximo establecido de 35 puntos.

4. La adjudicación de los puestos vendrá dada por la puntuación total obtenida según el baremo y el orden de prioridad expresado en la solicitud.

5. En caso de empate en la puntuación, aquél se resolverá en favor del funcionario que pertenezca al Cuerpo preferente establecido en la relación de puestos de trabajo. Si el empate continuase, se resolverá en favor del funcionario que haya obtenido mayor puntuación en los distintos apartados de méritos del baremo, contemplados éstos por el orden del mismo. De persistir éste, el desempate se resolverá en favor del funcionario cuya letra inicial del primer apellido esté primera en el orden determinado por el sorteo de actuación en las pruebas selectivas correspondientes a la última Oferta de Empleo Público aprobada».

17. El artículo 53 queda redactado como sigue: «Artículo 53. Baremo para los concursos de puestos de trabajo de nivel básico.

1. Las convocatorias que se realicen para la provisión de puestos de trabajo del nivel básico correspondientes a cada Grupo o Cuerpo se llevarán acabo con sujeción al baremo que se recoge en el artículo 54 con las modificaciones recogidas en el artículo 55 de este Reglamento.

2. La puntuación máxima a obtener por la aplicación de este baremo será de 30 puntos.

3. La puntuación obtenida por la aplicación de este baremo se incrementará en un 10%, con un máximo de 1, 5 puntos, para los funcionarios que pertenezcan al Cuerpo preferente que, en su caso, esté establecido en la relación de puestos de trabajo para el puesto de que se trate, sin que en ningún caso la puntuación total pueda exceder del máximo establecido de 30 puntos.

4. La forma de adjudicación de los puestos y los criterios de desempate para estos concursos serán los establecidos en los apartados 4 y 5 del artículo anterior».

18. El artículo 54 queda redactado como sigue:

«Artículo 54. Baremo general para los concursos de méritos.

1. Valoración del trabajo desarrollado. La valoración del trabajo desarrollado se llevará acabo teniendo en cuenta la experiencia profesional obtenida en los diez últimos años en el desempeño de puestos pertenecientes al área funcional, relacional o agrupación de áreas del convocado, valorándose en relación con el nivel de los puestos solicitados hasta un máximo de 9 puntos y en función de la forma de provisión del puesto de trabajo, conforme a la siguiente distribución:

1.1. Puestos desempeñados con carácter definitivo o con carácter provisional no seña la dos en el número siguiente:

a) Experiencia profesional adquirida por permanencia en puestos de

nivel superior al solicitado: 1,8 puntos por año, hasta un máximo de 9 puntos.

b) Experiencia profesional adquirida por permanencia en puestos de igual nivel que el solicitado: 1,7 puntos por año, hasta un máximo de 8,5 puntos.

c) Experiencia profesional adquirida por permanencia en puestos de nivel inferior en un nivel al solicitado: 1,6 puntos por año, hasta un máximo de 8 puntos.

d) Experiencia profesional adquirida por permanencia en puestos de nivel inferior en dos niveles al solicitado: 1,5 puntos por año, hasta un máximo de 7,5 puntos.

e) Experiencia profesional adquirida por permanencia en puestos de nivel inferior en tres niveles al solicitado: 1,4 puntos por año, hasta un máximo de 7 puntos.

f) Experiencia profesional adquirida por permanencia en puestos de nivel inferior en cuatro niveles al solicitado: 1,3 puntos por año, hasta un máximo de 6,5 puntos.

g) Experiencia profesional adquirida por permanencia en puestos de nivel inferior en cinco niveles al solicitado: 1,2 puntos por año, hasta un máximo de 6 puntos.

h) Experiencia profesional adquirida por permanencia en puestos de nivel inferior en seis niveles al solicitado: 1,1 puntos por año, hasta un máximo de 5,5 puntos.

i) Experiencia profesional adquirida por permanencia en puestos de nivel inferior en siete niveles al solicitado: 1 punto por año, hasta un máximo de 5 puntos.

Se podrán valorar fracciones de desempeño inferiores al año que, sumadas, computen al menos un año de servicio, o fracción superior a seis meses siempre que dichos períodos se hayan prestado en puestos de trabajo de idéntico nivel, área funcional, y con el mismo carácter de ocupación.

1.2. Puestos desempeñados con carácter provisional:

La experiencia profesional adquirida al amparo de los artículos 29 y 30 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, se valorará de acuerdo con lo establecido en el apartado 1.1 de este artículo. A la puntuación obtenida se le aplicará un coeficiente corrector del 0,50 que afectará, igualmente, a los máximos establecidos en el citado apartado.

1.3. En el caso de que el nivel de los puestos desempeñados se hubiese modificado, la valoración del trabajo desarrollado se llevará a cabo atendiendo al nivel que en cada momento tuviesen asignados los puestos de trabajo.

1.4. A los efectos del presente apartado, serán valoradas como un año las fracciones de tiempo inferiores siempre que superen los 6 meses.

2. Antigüedad.

La antigüedad se valorará por años completos de servicio o fracción superior a seis meses, computándose a estos efectos los servicios reconocidos que se hubieran prestado con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario. Se valorará hasta un máximo de 6,5 puntos, a razón de 0,25 por año.

3. Grado personal.

El grado personal reconocido, en relación con el nivel de los puestos convocados, se valorará hasta un máximo de 6 puntos, en la forma siguiente:

a) Por poseer un grado superior al nivel del puesto solicitado: 6 puntos.

b) Por poseer un grado igual al nivel del puesto solicitado: 5 puntos.

c) Por poseer un grado inferior en un nivel al nivel del puesto solicitado: 4,5 puntos.

d) Por poseer un grado inferior en dos niveles al nivel del puesto solicitado: 4 puntos.

e) Por poseer un grado inferior en tres niveles al nivel del puesto solicitado: 3, 5 puntos.

f) Por poseer un grado inferior en cuatro niveles al nivel del puesto solicitado: 3 puntos.

g) Por poseer un grado inferior en cinco niveles al nivel del puesto solicitado: 2, 5 puntos.

h) Por poseer un grado inferior en seis niveles al nivel del puesto solicitado: 2 puntos.

i) Por poseer un grado inferior en siete niveles al nivel del puesto solicitado: 1, 5 puntos.

j) Por poseer un grado inferior en ocho niveles al nivel del puesto solicitado: 1 punto.

4. Permanencia en el puesto de trabajo.

Por la permanencia en el puesto de trabajo desde el que se participe, siempre que haya sido obtenido por cualquier procedimiento de provisión que otorgue la titularidad del mismo, así como en los supuestos de aplicación de lo dispuesto en los artículos 25.2, 27.3 y 4 y 37.2 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, y en el caso previsto en el artículo 66.2 del presente Reglamento, podrá valorarse hasta un máximo de 5 puntos, en la forma siguiente:

a) Por tres años completos de permanencia: 1 punto.

b) Por cuatro años completos de permanencia: 1, 5 puntos.

c) Por cinco años completos de permanencia: 2 puntos.

d) Por seis años completos de permanencia: 2, 5 puntos.

e) Por siete años completos de permanencia: 3 puntos.

f) Por ocho años completos de permanencia: 3, 5 puntos.

g) Por nueve años completos de permanencia: 4 puntos.

h) Por diez o más años completos de permanencia: 5 puntos.

En aquellos casos en que la permanencia en el puesto ocupado como titular coincida en el tiempo con la ocupación con carácter provisional de otros puestos en virtud de lo dispuesto en los artículos 27.2 y 30 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, a la puntuación obtenida en este apartado se le aplicará un coeficiente corrector del 0, 75 en los períodos simultaneados con dichos nombramientos provisionales.

5. Valoración de títulos académicos.

Se valorará, hasta un máximo de 4 puntos, la posesión de titulaciones académicas directamente relacionadas con el puesto al que se concursa, distintas y de igual o superior nivel a la exigida para acceder al Grupo o Grupos a que está adscrito el puesto. Dicha valoración se realizará en la forma siguiente:

a) Por el título de Doctor: 2 puntos por cada uno.

b) Por el título de Licenciado, Arquitecto, Ingeniero o equivalente: 1, 3 puntos por cada uno.

c) Por el título de Diplomado Universitario o equivalente: 1 punto por cada uno.

d) Por el resto de titulaciones: 0,6 puntos por cada una.

No tendrá la consideración de título académico a efectos de su valoración en concursos de méritos el haber superado tres cursos completos de licenciatura.

6. Cursos de formación y perfeccionamiento.

La asistencia a cursos de formación y perfeccionamiento de una duración mínima de veinte horas lectivas y relacionados con el puesto solicitado se valorará hasta un máximo de 3 puntos, en la forma siguiente:

a) Por cursos de duración entre 20 y menos de 40 horas lectivas: 0, 3 puntos por cada uno.

b) Por cursos de duración de entre 40 y menos de 100 horas lectivas: 0,5 puntos por cada uno.

c) Por cursos de duración de 100 o más horas lectivas: 1 punto por cada uno. En todos los casos únicamente se valorarán por una sola vez los cursos de idéntico contenido y denominación, aunque se repita su participación.

7. Docencia.

La impartición de cursos de formación y perfeccionamiento organizados u homologados por el Instituto Andaluz de Administración Pública y el Instituto Nacional de Administración Pública, se valorará a razón de 0,10 puntos por cada 10 horas lectivas, con un máximo de 1,5 puntos. En todos los casos de participación en docencia sólo se valorarán los cursos impartidos por una sola vez, aunque se repita su impartición».

19. El artículo 55 queda redactado como sigue:

«Artículo 55. Modificaciones del baremo general para los concursos de puestos de trabajo de nivel básico.

En los concursos de méritos en los que los puestos convocados correspondan al nivel básico de cada Grupo o Cuerpo se aplicará el baremo establecido en el artículo anterior, con las siguientes modificaciones:

1.^a En el apartado “1. Valoración del trabajo desarrollado”, dicha valoración se llevará a cabo teniendo en cuenta el desempeño de puestos de trabajo de cada nivel en el área funcional correspondiente, valorándose hasta un máximo de 6 puntos, en la forma que se expresa a continuación:

a) Por desempeñar actualmente un puesto de nivel igual o inferior al del puesto solicitado: 6 puntos.

b) Por desempeñar actualmente un puesto de nivel superior en uno o dos niveles al del puesto solicitado: 4 puntos.

c) Por desempeñar actualmente un puesto de nivel superior en tres o

cuatro niveles al del puesto solicitado: 2 puntos.

d) Por desempeñar actualmente un puesto de nivel superior en más de cuatro niveles al del puesto solicitado: 1 punto.

2.^a En el apartado “6. Cursos de formación y perfeccionamiento”, la valoración será hasta un máximo de 2,5 puntos, con la misma distribución según la duración de los cursos».

20. Los apartados 1, 4, 5, 6 y 7 de la letra a) del artículo 56 quedan redactados como sigue:

«1. Si la experiencia se poseyera en parte en puestos a que se refiere el apartado 1.1 del baremo general y en parte en puestos del apartado 1.2 del mismo, y siempre que los puestos estén dentro de la misma área funcional, relacional o agrupación de áreas, el funcionario podrá optar por que se le valore el puesto efectivamente desempeñado o el que tenga reservado como titular definitivo».

«4. Para la valoración del trabajo desarrollado previsto en los apartados 1.1 y 1.2 del baremo general, el número total máximo de años a computar será de cinco.

5. La valoración del trabajo desarrollado en puestos cuya área funcional coincida con la relacional del puesto solicitado, o cuya área relacional coincida con la funcional de dicho puesto será del 80% de la puntuación prevista en los apartados 1.1 y 1.2 del baremo general.

6. La valoración del trabajo desarrollado en puestos cuando el área relacional del puesto desempeñado coincida con la relacional del puesto solicitado será del 60% de la puntuación prevista en los apartados 1.1 y 1.2 del baremo general.

7. La valoración del trabajo desarrollado en puestos cuya área funcional se halla agrupada con la propia del puesto solicitado, será del 40% de la

puntuación prevista en los apartados 1.1 y 1.2 del baremo general, sin que en ningún caso pueda ser de aplicación de forma acumulativa con la prevista en los números 5 y 6 anteriores».

21. El apartado 2 de la letra d) del artículo 56 queda redactado como sigue:

«2. Sólo se valorarán las titulaciones reconocidas por el Ministerio competente en la materia como títulos académicos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, debiendo citarse en el caso de equivalencia de titulación la disposición en la que se establece la misma y, en su caso, el Boletín Oficial del Estado en que se publica. Asimismo, no se valorarán como méritos los títulos académicos imprescindibles para la obtención de otros de nivel superior que se aleguen».

22. Se añade un apartado 3 al artículo 66, con la siguiente redacción:

«3. Los funcionarios cesados tendrán la obligación de participar, dentro de los dos años siguientes al del cese, en los concursos que se convoquen en el mismo municipio siempre que existan puestos adecuados a sus Cuerpos de pertenencia. No obstante, dicha obligación concurrirá, necesariamente, cuando se convoque el puesto en el que haya sido adscrito, de conformidad con lo previsto en el artículo 73.2 del presente Reglamento».

23. El artículo 71 queda redactado como sigue:

«Artículo 71. Intervalos de niveles de los Grupos de clasificación.

Los intervalos correspondientes a los Grupos en que se clasifican los Cuerpos de funcionarios de la Junta de Andalucía, son los siguientes:

Grupo A.

Nivel mínimo: 22.

Nivel máximo: 30.

Grupo B.

Nivel mínimo: 18.

Nivel máximo: 26.

Grupo C.

Nivel mínimo: 15.

Nivel máximo: 22.

Grupo D.

Nivel mínimo: 14.

Nivel máximo: 18.

Grupo E.

Nivel mínimo: 12.

Nivel máximo: 14».

24. El apartado 3 del artículo 72 queda redactado como sigue:

«3. Los candidatos al curso serán seleccionados para ocupar las plazas ofertadas entre aquellos que totalicen mayor número de puntos de acuerdo con el siguiente baremo:

a) Por cada titulación académica igual o superior a la exigida para el ingreso en el Cuerpo al que se pertenezca: 0, 5 por titulación con un máximo de un 1 punto.

b) Por cada año de servicio en el mismo Cuerpo al que se pertenezca: 0, 15 por año de servicio con un máximo de 3 puntos».

25. Se añade un nuevo Título V que contendrá un único artículo con el siguiente contenido:

«Título V. Tramitación por medios electrónicos.

Artículo 74. Introducción de medios electrónicos en la gestión de los procedimientos.

1. La Administración utilizará los medios electrónicos, informáticos y telemáticos que considere más adecuados para facilitar la gestión de los procedimientos regulados en este reglamento y la participación de los interesados en los mismos.

2. La presentación de documentos en los procedimientos previstos en este Reglamento, deberá efectuarse preferentemente ante el Registro Telemático de la Junta de Andalucía de conformidad con el régimen contenido 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.

3. El acceso al Registro Telemático se realizará de acuerdo con lo establecido en el Decreto 183/2003, de 24 de junio. No obstante, las convocatorias podrán facilitar el acceso del personal a dicho Registro mediante la utilización del área privada de la página web del empleado público, a la que podrán acceder quienes dispongan de código de usuario y clave privada.

4. A fin de permitir una mayor difusión y accesibilidad, los órganos o unidades administrativas competentes velarán por que la información relativa a los procesos selectivos y de provisión regulados en el presente Decreto se haga pública a través de los sitios o páginas correspondientes de Internet o de la intranet de la Administración de la Junta de Andalucía. Dichas páginas deberán disponer de las medidas técnicas necesarias para que resulten ple-

namente accesibles a los colectivos de discapacitados.

Disposición derogatoria única.

Derogación normativa.

Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Decreto.

Disposición final única.

Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 16 de noviembre de 2004

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MARÍA JOSÉ LÓPEZ GONZÁLEZ
Consejera de Justicia
y Administración Pública

DECRETO 567/2004, de 21 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas de viudedad BOJA núm. 254, de 30 de diciembre de 2004

El artículo 13.22 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales.

Por su parte, la Ley 2/1988 de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, dispone en su artículo 14 que podrán establecerse prestaciones económicas de carácter periódico y no periódico a favor de aquellas personas que no puedan atender a sus necesidades básicas debido a la situación económica y social en que se hallan.

Asimismo, el Plan Nacional del Reino de España para la Inclusión Social, considera que los beneficiarios y beneficiarias de las pensiones de vi-

dedad en su cuantía mínima constituyen un colectivo en riesgo de exclusión, promoviendo el establecimiento de mecanismos que ayuden a eliminar las causas que motivan ese riesgo.

El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía considera que las personas beneficiarias de pensiones de viudedad de la Seguridad Social, que perciben éstas en su cuantía mínima establecida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y que no disfrutan de otros ingresos, se encuentran incluidas en el mencionado artículo 14 de la Ley de Servicios Sociales de Andalucía.

Así, y desde el ámbito de las competencias propias que la Comunidad

Autónoma de Andalucía tiene en materia de asistencia y servicios sociales, se considera necesario el establecimiento de una ayuda social de carácter extraordinario para las personas que, residiendo en Andalucía, perciban pensiones de viudedad de la Seguridad Social y no trabajen ni sean perceptores de ningún tipo de rentas o, si las perciben, lo sean en cuantía insuficiente.

En su virtud, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 26.15 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 21 de diciembre de 2004.

DISPONGO

Artículo 1. *Objeto.*—El presente Decreto tiene por objeto el establecimiento de ayudas sociales extraordinarias a favor de las personas beneficiarias de pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 6.

Artículo 2. *Finalidad.*—Estas ayudas tienen como finalidad paliar las situaciones de necesidad en que se encuentra el colectivo de pensionistas de viudedad del Sistema de la Seguridad Social que perciben estas pensiones en su cuantía mínima y carecen o tienen insuficiencia de recursos económicos para responder a sus necesidades básicas.

Artículo 3. *Naturaleza y carácter.*—Estas ayudas tendrán la naturaleza de prestación de asistencia social y el carácter de personales, intransferibles y extraordinarias, sin que se consoliden para el futuro.

Artículo 4. *Cuantía y pago.*—La cuantía individual de estas ayudas se fija en 118, 72 euros, que se abonará mediante un pago único.

Artículo 5. *Financiación.*—Para hacer frente a las obligaciones que se reconozcan como consecuencia de lo dispuesto en el presente Decreto se destinarán los créditos consignados en el Presupuesto de Gastos de la Sección Presupuestaria 34.00.

Artículo 6. *Requisitos.*—Serán beneficiarios y beneficiarias de estas ayudas extraordinarias las personas titulares de pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social, en las que concurren los siguientes requisitos:

a) Poseer dicha condición a 31 de diciembre de 2004, percibiendo en esta fecha complemento por mínimos. En caso de concurrencia de pensiones, el complemento por mínimos podrá estar afectado a pensión distinta de la viudedad.

b) Tener a la fecha de entrada en vigor del presente Decreto residencia habitual en un municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 7. *Solicitud.*—1. Las solicitudes de las ayudas establecidas en el presente Decreto, dirigidas a la persona titular de la Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, deberán ajustarse al modelo que figura en el Anexo de este Decreto.

Los modelos de solicitud se podrán obtener y cumplimentar en la página web de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social en la dirección <http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/oficinaSolicitudViudedad.jsp>.

Igualmente estarán a disposición de los interesados en los Servicios Centrales de dicha Consejería y sus

Delegaciones Provinciales, en formato papel.

2. Las solicitudes se podrán presentar:

a) En los Registros de las Delegaciones Provinciales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social y sus centros periféricos, así como en los Servicios Sociales Comunitarios, sin perjuicio de que también puedan presentarse en los registros de los demás órganos y en las oficinas que correspondan, de conformidad con lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

b) En el Registro Telemático Único de la Administración de la Junta de Andalucía, a través del acceso a la dirección <http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/oficina/SolicitudViudedad.jsp>. Para utilizar este medio de presentación los interesados deberán disponer del certificado reconocido de usuario X509 V3, expedido por la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre, de acuerdo 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).

Artículo 8. Tramitación y resolución.—1. Corresponderá a las Delegaciones Provinciales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social la tramitación de las solicitudes de estas ayudas, respondiendo personalmente las personas solicitantes de la veracidad de los datos recogidos en sus solicitudes, pudiendo la Consejería verificar los mismos a través de sus propios medios o mediante requerimiento

por escrito de la documentación que lo acredite.

2. En el plazo de seis meses, contado desde la presentación de la solicitud de ayuda, la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial para la Igualdad y Bienestar Social procederá a resolver, de forma motivada, y a notificar dicha resolución a cada solicitante.

3. Transcurrido el plazo mencionado en el apartado anterior sin que hubiera recaído y notificado resolución expresa, las solicitudes podrán entenderse desestimadas.

Artículo 9. Plazo de solicitud.— Teniendo en cuenta el carácter extraordinario de esta ayuda, el plazo para su solicitud se extenderá desde la entrada en vigor de este Decreto hasta el 30 de junio de 2005 inclusive.

Disposición Final Primera. Habilitación normativa.

Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la ejecución y el desarrollo del presente Decreto.

Disposición Final Segunda. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 21 de diciembre de 2004

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad
y Bienestar Social

DECRETO 568/2004, de 21 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas de carácter extraordinario a favor de ancianos y enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo, beneficiarios de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos
BOJA núm. 254, de 30 de diciembre de 2004

El Decreto 331/2003, de 28 de noviembre, estableció ayudas económicas complementarias de las previstas en el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del Fondo Nacional de Asistencia Social a favor de ancianos y de enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, fijándose en su artículo 2 una vigencia limitada al ejercicio de 2004, en la misma línea de protección establecida para ejercicios anteriores mediante Decretos aprobados periódicamente al efecto.

Constituye el objeto de estas ayudas la mejora de la cuantía económica de las prestaciones de los actuales beneficiarios y beneficiarias del Fondo de Asistencia Social (FAS) y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), como expresión de solidaridad social hacia personas con recursos insuficientes, sin perjuicio de que continúen adoptándose las medidas necesarias para que aquéllas que reúnan los requisitos exigidos pasen a percibir las prestaciones no contributivas, en concordancia con el proceso de generalización de dichas prestaciones.

A pesar de que durante los últimos años han sido numerosos los beneficiarios y las beneficiarias de FAS y LISMI que han optado por pensiones no contributivas, resta aún un colectivo que, tras las reiteradas campañas de información y asesoramiento efectuadas por la Consejería para la Igual-

dad y Bienestar Social y otras Entidades Públicas, por circunstancias diversas, continúa con sus antiguas prestaciones y, por tanto, en condiciones de necesidad protegible.

Por ello, se considera necesario establecer para el año 2005 esta ayuda de carácter extraordinario. En este sentido es preciso dejar constancia que la cuantía de dicha ayuda está en la línea de fomentar una acción administrativa dirigida a proporcionar a los ciudadanos y ciudadanas socialmente menos favorecidos un aumento real en sus recursos económicos disponibles.

En su virtud, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 26.15 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 21 de diciembre de 2004.

DISPONGO

Artículo 1. Objeto.—El presente Decreto tiene por objeto el establecimiento de ayudas sociales complementarias a las ayudas periódicas individualizadas concedidas, con cargo al Fondo Nacional de Asistencia Social, a favor de ancianos y enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo y a las personas beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos.

Artículo 2. Naturaleza y carácter.—Estas ayudas tendrán la naturaleza de prestación de asistencia social y el carácter de personales, intransferibles

y extraordinarias, como consecuencia de quedar limitada su vigencia al año 2005, sin que impliquen el derecho a seguir percibiéndolas en sucesivos años.

Artículo 3. Cuantía y pago.—La cuantía individual de estas ayudas se fija en 655, 20 euros anuales, que se fraccionará en cuatro pagas a lo largo del año, que se harán efectivas en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de 2005.

Artículo 4. Financiación.—Para hacer frente a las obligaciones que se reconozcan como consecuencia de lo dispuesto en el presente Decreto se destinarán los créditos consignados en el Presupuesto de Gastos de la Sección presupuestaria 34.00 «Pensiones Asistenciales».

Artículo 5. Requisitos.—Serán beneficiarios y beneficiarias de estas ayudas sociales de carácter extraordinario las personas receptoras de las ayudas periódicas individualizadas a favor de ancianos y enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo y los perceptores del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos en los que concurren los siguientes requisitos:

a) Tener esta condición al menos durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha establecida en el artículo 3 para el pago de las mismas.

b) Tener la residencia habitual en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 6. Suspensión y pérdida.—La suspensión y pérdida del derecho a la percepción de estas ayudas sociales de carácter extraordinario se producirá en los mismos supuestos previstos para las prestaciones que complementan, correspondiendo a la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social la declaración de dichas situaciones.

Disposición Final Primera. Habilitación normativa.

Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la ejecución y desarrollo de este Decreto.

Disposición Final Segunda. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 21 de diciembre de 2004

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad
y Bienestar Social

DECRETO 569/2004, de 21 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas.
BOJA núm. 254, de 30 de diciembre 2004

El artículo 13.22 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales.

La Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, dispone en su artículo 14 que podrán establecerse prestaciones económicas, de carácter periódico y no periódico, a fa-

vor de aquellas personas que no puedan atender sus necesidades básicas debido a la situación económica y social en que se hallan.

Por su parte, tanto la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, como la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, ambas en su artículo 40, se pronuncian en igual sentido, disponiendo que la Comunidad Autónoma de Andalucía pueda establecer prestaciones económicas para las personas de estos colectivos que carezcan de los recursos necesarios para atender sus necesidades básicas, distintas y compatibles con las del Sistema de la Seguridad Social y con las que pueda otorgar la Administración del Estado.

En este sentido, el Gobierno de la Comunidad Autónoma considera que las personas beneficiarias de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social se encuentran incursas en este supuesto, en consideración a la cuantía de la prestación que perciben y su bajo nivel de rentas, situación confirmada por el Plan Nacional del Reino de España para la Inclusión Social que considera a los beneficiarios y beneficiarias de estas pensiones no contributivas un colectivo en riesgo de exclusión, debiéndose promover el establecimiento de mecanismos que ayuden a eliminar las causas que motivan este riesgo.

Por ello, y desde el ámbito propio de competencias que la Comunidad Autónoma tiene atribuido en materia de asistencia y servicios sociales, se considera necesario el establecimiento de una ayuda social de carácter extraordinario para quienes perciben en Andalucía pensiones de jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas.

En su virtud, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo

26.15 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 21 de diciembre de 2004.

DISPONGO

Artículo 1. *Objeto.*—El presente Decreto tiene por objeto el establecimiento de ayudas sociales extraordinarias a favor de los beneficiarios y beneficiarias de pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas.

Artículo 2. *Carácter.*—Estas ayudas sociales, personales e intransferibles, tienen carácter extraordinario, sin que se consoliden para el futuro.

Artículo 3. *Cuantía y pago.* La cuantía individual de estas ayudas se fija en 79, 78 euros, que se abonará mediante un pago único.

Artículo 4. *Financiación.*—Para hacer frente a las obligaciones que se reconozcan como consecuencia de lo dispuesto en el presente Decreto se destinarán los créditos consignados en el Presupuesto de Gastos de la Sección presupuestaria 34.00.

Artículo 5. *Requisitos.*—Serán beneficiarios y beneficiarias de estas ayudas sociales de carácter extraordinario las personas perceptoras de pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, en las que concurren los siguientes requisitos:

- a) Tener esta condición a 31 de diciembre de 2004.
- b) Tener la residencia habitual en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 6. Suspensión y pérdida.—La suspensión y pérdida del derecho a la percepción de estas ayudas de carácter extraordinario se producirá en los mismos supuestos previstos para las pensiones a que se refiere el artículo 1, correspondiendo a la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social la declaración de dichas situaciones.

Disposición Final Primera. Habilitación normativa.

Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para dictar cuantas disposiciones sean necesaria

para la ejecución y desarrollo de este Decreto.

Disposición Final Segunda. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 21 de diciembre de 2004

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad
y Bienestar Social

ORDEN de 15 de octubre de 2004, por la que se modifica la de 29 de julio de 1996, sobre jornadas y horarios en la Administración General de la Junta de Andalucía

BOJA núm. 212, de 29 de octubre 2004

PREÁMBULO

Por Decreto 347/2003, de 9 de diciembre, se modifica el Decreto 349/1996, de 16 de julio, por el que se regulan las diversas formas de prestación del tiempo de trabajo en la Administración de la Junta de Andalucía, como consecuencia del Acuerdo sobre mejora en las condiciones de trabajo y en la prestación de los servicios públicos en la Administración General de la Junta de Andalucía, firmado el 24 de octubre de 2003, en el seno de la Mesa Sectorial de Administración y aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de noviembre de 2003. La presente Orden tiene por objeto adecuar a tales modificaciones normativas la regulación de la jornada y horarios que venía contenida en la Orden de 29 de julio de 1996, que y a fue modificada por la Orden de 16 de julio de 1999.

En su virtud, y en uso de las facultades atribuidas a esta Consejería

por el artículo 5 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía y el Decreto 347/2003, por el que se modifica el Decreto 349/1996, de 16 de julio, por el que se regulan las diversas formas de prestación del tiempo de trabajo del personal funcionario en la Administración de la Junta de Andalucía,

DISPONGO

Artículo Único. *Modificación de determinados artículos de la Orden de 29 de julio de 1996, sobre jornadas y horarios en la Administración General de la Junta de Andalucía.*—Uno. Se modifica el artículo 3 de la Orden de 29 de julio de 1996, que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 3. Horario general.

1. El horario general en que se realizará la jornada establecida en el artículo anterior será de carácter rígi-

do y se cumplirá de 8 a 15 horas, de lunes a viernes. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si las necesidades de organización y funcionamiento de las unidades administrativas lo permitieran y siempre que existan medios adecuados de control horario, podrá implantarse flexibilidad horaria, de una hora de duración como máximo, entre las 8 y las 9 horas, o bien, entre las 14 y las 15 horas, siendo el resto del horario de obligada permanencia.

2. El tiempo a recuperar derivado de la flexibilidad horaria así como el suplemento de ciento diez horas a que está obligado el personal con mayor dedicación deberá prestarse de lunes a jueves entre las 16, 00 y las 20, 00 horas, de acuerdo con las necesidades del servicio y en función de los requerimientos de los órganos competentes. En aquellas unidades cuyas circunstancias lo hicieran necesario para una adecuada atención de los ciudadanos o por requerirlo de forma especial la prestación de los servicios públicos, se podrá, previa negociación con los representantes legales de los funcionarios, suspender la flexibilidad horaria por el tiempo imprescindible.

3. Con la antelación que resulte posible, las Consejerías establecerán, previa negociación con las Organizaciones Sindicales en los ámbitos desconcentrados correspondientes, la planificación de necesidades a que se ajustará el cumplimiento del horario a que se refiere el apartado anterior, dándose conocimiento de la misma a la Inspección General de Servicios».

Dos. El artículo 8 queda redactado de la siguiente manera:

«Art. 8. Jornada de trabajo reducida por nacimiento prematuro, hospitalización del recién nacido o por cuidado de hijo o hija menor de dieciséis meses.

1. En el caso de nacimiento prematuro o que, por cualquier causa, el recién nacido deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, la madre, en su caso, y el padre tendrán derecho a reducir su jornada hasta un máximo de dos horas diarias con disminución proporcional de sus retribuciones.

2. El derecho a una hora diaria de ausencia retribuida por cuidado de cada hijo menor de dieciséis meses podrá sustituirse por una reducción de jornada con la misma finalidad. En caso de que ambos cónyuges trabajen sólo uno podrá disfrutar esta reducción; a este fin, el cónyuge que solicite la reducción deberá acreditar documentalmente que el otro no la disfruta. Esta reducción de jornada sólo podrá acumularse a la reducción por razones de guarda legal.

3. La concreción y la determinación del período de disfrute de las reducciones de jornada previstas en el presente artículo corresponderán al personal dentro de su jornada.

Tres. El artículo 9 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 9. Jornada de trabajo reducida por razones de guarda legal o cuidado del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad a la conyugal, o de un familiar hasta el segundo grado de parentesco por consanguinidad o afinidad.

1. Quien por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de nueve años o a un disminuido físico, psíquico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de jornada de un tercio o de la mitad de la misma con la reducción de sus retribuciones básicas y complementarias.

Se otorgará el mismo derecho a quien precise encargarse del cuidado directo del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad a la conyugal, o de un fa-



miliar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

2. Quienes disfruten de una reducción de su jornada de un tercio o de la mitad de la misma percibirán un 80 o un 60 por 100, respectivamente, de la totalidad de sus retribuciones tanto básicas como complementarias, con inclusión de los trienios. Idéntico porcentaje se aplicará a las pagas extraordinarias en el caso de que el personal funcionario hubiere prestado, en su caso, una jornada de trabajo reducida en los períodos anteriores de devengo de las citadas pagas.

3. Los funcionarios que disfruten de la jornada reducida por razones de guarda legal deberán preavisar con quince días de antelación a la fecha en que se reincorporen a su jornada habitual. El mismo preaviso se aplicará a los supuestos de jornada reducida regulados en el artículo anterior».

Disposición Adicional Unica. Habilitación para el desarrollo y aplicación.

Se autoriza a la Secretaría General para la Administración Pública y a la Dirección General de la Función Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar cuantas Resoluciones e instrucciones sean precisas para el desarrollo y cumplimiento de la presente Orden.

Disposición Final Unica. Entra 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, 15 de octubre de 2004

MARÍA JOSÉ LÓPEZ GONZÁLEZ
Consejera de Justicia
y Administración Pública

ORDEN de 22 de noviembre de 2004, por la que se modifican determinados artículos de la Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, y empresas calificadas como I+E dirigidas al Fomento del Desarrollo Local
BOJA núm. 232, de 26 de noviembre 2004

PREÁMBULO

Desde el 4 de febrero de 2004 que entró en vigor la Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y Empresas Calificadas como I+E dirigidas al fomento del desarrollo local, se ha puesto de manifiesto la necesidad de modificar algunos

aspectos contenidos en la misma, con el fin de adaptarla, de forma más efectiva, al cumplimiento de los objetivos para los que fue dictada.

En este sentido, la Consejería de Empleo considera de interés la ampliación de las ayudas para la contratación de Agentes Locales de Promoción de Empleo (ALPES) a las Diputaciones Provinciales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como a aquellos organismos autónomos locales, entidades públicas empresariales o socie-

dades mercantiles de capital íntegramente local dependientes o vinculadas aun Ayuntamiento de Capital de Provincia o a una Diputación Provincial de Andalucía.

Por otra parte, las empresas calificadas como I+E por el INEM, al amparo de la Orden TAS de 15 de julio de 1999 (BOE núm. 182, de 31 de julio de 1999) o, en su caso, por el Servicio Andaluz de Empleo, conforme a la Orden que ahora se modifica, que a la entrada en vigor de la Orden de 21 de enero de 2004, se encuentran dentro del período de un año desde que se inició la actividad de la empresa y que han realizado contrataciones indefinidas subvencionables o han incorporado socios/as trabajadores/as con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Orden de 21 de enero, no pueden acogerse al plazo de presentación de solicitudes de ayudas a la contratación indefinida o incorporación de socios/as trabajadores/as establecido en el artículo 23.6.c) in fine de la Orden de 21 de enero de 2004, hallándose sin embargo dentro del plazo de un año desde que se inició la actividad de la empresa para formular la solicitud de subvención conforme a lo establecido en el artículo 22.2 de la Orden de 15 de julio de 1999.

Con objeto de no causar un perjuicio grave a estas empresas y sobre la base del principio del derecho adquirido se introduce una Disposición Transitoria a la Orden de 21 de enero de 2004 que permita a estas empresas solicitar la subvención al amparo de lo establecido en la Orden de 15 de julio de 1999.

Se establece el sometimiento de las ayudas destinadas a empresas calificadas como I+E a las normas de minimis reguladas en el Reglamento (CE) núm. 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a las ayudas de minimis.

Mediante el Acuerdo de 27 de enero de 2004, del Consejo de Gobierno (BOJA núm. 30, de 13 de febrero de 2004), se autoriza la concertación de un Convenio de Colaboración entre la Junta de Andalucía y diversas Entidades Financieras que operan en Andalucía, para canalizar financiación a las Pymes, contemplándose en el mismo la financiación de los préstamos que se destinen a proyectos de inversión, por lo que, por razones de coordinación, de oportunidad y eficacia se hace necesario canalizar la ayuda financiera contemplada en el artículo 22.1.a) de la Orden de 21 de enero de 2004 a través de dicho Convenio.

Se modifica la competencia para resolver las solicitudes de calificación como I+E en los supuestos en que el proyecto empresarial cuenta con el apoyo de un Consorcio de UTEDLT y se establece la posibilidad de requerir un informe de valoración para la resolución de estos expedientes.

Se modifica la delegación de competencias para resolver las solicitudes de ayudas para la contratación de Agentes Locales de Promoción de Empleo por los Ayuntamientos de Capitales de Provincia.

Igualmente, se modifica la delegación de competencias para resolver las solicitudes de ayudas de estudios de mercado y campañas de promoción local cuando la solicitud provenga de un Consorcio de UTEDLT, así como para resolver las solicitudes relativas a la ayuda financiera destinada a empresas calificadas como I+E.

Asimismo, se suprime la necesidad de remitir informe de valoración en los supuestos contemplados en el artículo 23.2 y 3 de la Orden.

En aras de una mayor seguridad jurídica, se recoge expresamente el plazo de presentación de las solicitudes de ayudas a cooperativas y sociedades laborales por la integración de

socios/as trabajadores/as y se incluye nueva documentación a presentar por los beneficiarios de estas ayudas.

Se modifica la forma de pago de personal de estructura básica de los Consorcios de UTEDLT.

Se autoriza a la Dirección General de Intermediación e Inserción Laboral para que mediante Resolución, y siempre y cuando lo permitan las disponibilidades presupuestarias, actualice las ayudas para los costes de personal de los Consorcios, así como el importe máximo de las ayudas establecidas para la contratación de los Agentes Locales de Promoción de Empleo.

Finalmente, se adecua la anterior denominación de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico por la actual de Consejería de Empleo, de conformidad con el Decreto 11/2004, de 24 de abril, de reestructuración de Consejerías (BOJA extraordinario núm. 3, de 25 de abril de 2004).

En su virtud, en uso de las atribuciones que me confiere la legislación vigente, de conformidad con el artículo 44.5 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma y, a propuesta de la Dirección General de Intermediación e Inserción Laboral

DISPONGO

Artículo Único. *Modificación de la Orden de 21 de enero de 2004.*—

Se introducen en la Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de la Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y Empresas Calificadas como I+E dirigidas al fomento del desarrollo local (BOJA núm. 22, de 3 de febrero de 2004) las siguientes modificaciones:

1. Se modifica el apartado b del artículo 2, que queda redactado en los siguientes términos:

«Ayudas para la cofinanciación de los costes derivados de la incorporación de los Agentes Locales de Promoción de Empleo en los Consorcios de UTEDLT's, en los Ayuntamientos de Capitales de Provincia, en las Diputaciones Provinciales y en organismos autónomos locales, en entidades públicas empresariales y en sociedades mercantiles de capital íntegramente local dependientes o vinculadas a dichos Ayuntamientos o Diputaciones Provinciales».

2. Se modifica el apartado b del artículo 3, que queda redactado de la siguiente forma:

«b) Los Ayuntamientos de Capitales de Provincia y las Diputaciones Provinciales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como los organismos autónomos locales, las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles de capital íntegramente local vinculadas o dependientes a dichas Corporaciones Locales».

3. Se añade un párrafo in fine al apartado 3 del artículo 6, que queda redactado en los siguientes términos:

«3. Las aportaciones del Servicio Andaluz de Empleo para las contrataciones del personal de la Estructura Básica serán calculadas por grupos y mes según lo dispuesto en este punto, incluidas en las mismas el correspondiente prorrateo de pagas extraordinarias y la cotización empresarial a la Seguridad Social. Las citadas cuantías para el año 2004 serán:

Titulados/as superiores: 2.227 euros.

Titulados/as medios/as: 2.063,83 euros.

Personal de Apoyo Administrativo: 1.406,12 euros.

Complemento Director/a Consorcio: 478,21 euros.

Complemento Responsable Unidad: 132,96 euros.

Las ayudas destinadas a contrataciones de personal referidas en el punto anterior podrán solicitarse inicialmente por un período de hasta 18 meses.

Cuando estas ayudas se destinen a financiar los costes de personal por un período que abarque más de un ejercicio económico, el importe de la ayuda podrá incrementarse para adaptarse a las nuevas cuantías que se establezcan en los ejercicios siguientes al de aprobación, si las disponibilidades presupuestarias lo permiten, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda de esta Orden».

4. En el artículo 11 se añade un párrafo tercero al apartado 1 y se modifica el apartado 2, quedando redactado de la siguiente manera:

«1. El Servicio Andaluz de Empleo abonará hasta el 80 por cien de los costes laborales totales del Agente Local de Promoción de Empleo, incluida la cotización empresarial a la Seguridad Social por todos los conceptos con un máximo, para el ejercicio 2004, de 21.379, 24 euros para los/as titulados/as superiores y de 19.812, 76 euros para los/as titulados/as medios al año por cada contratación.

El porcentaje de cofinanciación estará en función del número de habitantes del Municipio donde se solicite que desarrolle su actividad principal. Así:

Habitantes	Servicio Andaluz de Empleo	Municipios
Hasta 5.000	80%	20%
De 5.000 a 10.000	75%	25%
Más de 10.000	70%	30%

A estas ayudas les será de aplicación lo dispuesto sobre actualización de cuantías en el párrafo cuarto del artículo 6.3 de esta Orden».

«2. La ayuda del Servicio Andaluz de Empleo para cada Agente Local

de Promoción de Empleo se concede por un período de hasta 1 año. En los años siguientes, y según los proyectos presentados, podrán solicitarse estas ayudas por períodos anuales, en el plazo establecido en el artículo 23.6.a) de esta Orden».

5. En el artículo 13, que pasa a denominarse «Agentes Locales de Promoción de Empleo en los Ayuntamientos de Capitales de Provincia de Andalucía, en las Diputaciones Provinciales de Andalucía, y en las entidades dependientes o vinculadas a dichas Corporaciones Locales», se modifican los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, y 10, que quedan redactados de la siguiente forma:

«1. Los Ayuntamientos de Capitales de Provincia de Andalucía, las Diputaciones Provinciales de la Comunidad Andaluza, así como los organismos autónomos locales, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles de capital íntegramente local dependientes o vinculadas a dichas Corporaciones Locales, podrán solicitar las ayudas previstas en esta Orden para la contratación de Agentes Locales de Promoción de Empleo».

«2. Cuando los Agentes Locales de Promoción de Empleo sean contratados por estas entidades beneficiarias, desempeñarán sus actividades de acuerdo con lo establecido en la memoria-proyecto que acompañe a la solicitud de ayuda y en el Convenio de concesión de la misma.

Las entidades beneficiarias facilitarán la colaboración en la actividad de los Agentes con la red de UTEDLT's, así como la adopción por éstos de las herramientas y metodología de las mismas que puedan serles útiles para el desempeño de sus funciones».

«3. Asimismo, las entidades beneficiarias que soliciten esta ayuda, realizarán las aportaciones necesarias para el correcto desempeño del

trabajo a desarrollar por los Agentes, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 10, puntos 1, 2 y 3 de esta Orden».

«4. El Servicio Andaluz de Empleo cofinanciará hasta el 70% de los costes laborales totales de los ALPES, incluida la cotización empresarial a la Seguridad Social por todos los conceptos, con un máximo de 18.706, 80 euros para los/as titulados/as superiores y de 17.336, 17 euros para los/as titulados/as medios/as, anuales por cada contratación.

A estas ayudas les será de aplicación lo dispuesto sobre actualización de cuantías en el párrafo cuarto del artículo 6.3 de esta Orden».

«5. La ayuda del Servicio Andaluz de Empleo por cada Agente en las entidades beneficiarias se concede por un período inicial máximo de un año. En los años siguientes, y según los proyectos presentados, podrán solicitarse estas ayudas por períodos anuales, en el plazo establecido en el artículo 23.6.a) de esta Orden».

«6. La ayuda del Servicio Andaluz de Empleo para la contratación de una misma persona como Agente Local de Promoción de Empleo en las entidades beneficiarias no podrá superar la duración acumulada de cuatro años».

«7. La selección del personal a contratar como Agente Local de Promoción de Empleo se realizará conjuntamente entre el Servicio Andaluz de Empleo y la entidad beneficiaria, entre personas inscritas como demandantes de empleo previa presentación de oferta genérica, siempre que hayan superado con éxito el primer o segundo ciclo de educación universitaria, valorando la experiencia profesional, preferentemente en el desarrollo local, así como los conocimientos extra-académicos adquiridos en cursos monográficos de desarrollo local o promo-

ción de proyectos de empleo. En el supuesto de no existir entre las personas inscritas el perfil demandado, la entidad beneficiaria podrá realizar la contratación directamente, previa comprobación por parte del Servicio Andaluz de Empleo de la idoneidad de la persona que proponga contratar».

«8. El personal seleccionado será contratado a tiempo completo por la entidad beneficiaria mediante la modalidad contractual más adecuada, de acuerdo con la normativa vigente».

«10. Con el fin de garantizar la formación y actualización permanente de los Agentes Locales de Promoción de Empleo, el Servicio Andaluz de Empleo organizará las actuaciones necesarias para su cumplimiento. Asimismo, las entidades beneficiarias garantizarán la adaptación permanente del personal a sus puestos de trabajo mediante las acciones formativas y de cuantías técnicas sean necesarias para el mejor desarrollo de sus funciones. El Servicio Andaluz de Empleo comprobará la idoneidad de los mencionados procesos de adaptación».

6. Se modifica el apartado 1 del artículo 15, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. La cuantía total de las ayudas establecidas en el artículo anterior podrá ascender hasta el 70 por 100 de sus costes totales, con un importe máximo acumulado de 12.020, 24 E. La diferencia entre la cuantía total y la ayuda deberá ser aportada por la entidad beneficiaria».

7. Se modifica el párrafo 5 del apartado 3 del artículo 18, y se añade un nuevo apartado 4 a este artículo, que queda redactado en los siguientes términos:

«3. Las personas o entidades promotoras de proyectos que pretendan la calificación como I+E de una empresa, deberán presentar junto a la solicitud:

— Fotocopia compulsada del DNI o CIF del promotor/a.

— En su caso, certificación de la colaboración de la Corporación Local en la que se especifique de forma cuantificada y concreta la infraestructura, medios e instrumentos puestos a disposición del promotor/a para la ejecución y /o gestión del proyecto.

— En su caso, informe de la UTEDLT en el que se especifiquen los servicios de ayuda prestados al promotor/a para la ejecución y /o gestión del proyecto.

— Memoria explicativa de la viabilidad del proyecto empresarial, detallando los aspectos técnicos de producción y comercialización, así como plan de inversiones a realizar, con expresión detallada de las fuentes de financiación.

— Declaración del promotor/a de no haber iniciado la actividad empresarial.

— En su caso, documentación acreditativa de la constitución de la empresa.

4. Cuando la solicitud se hubiese presentado por el Consorcio de UTEDLT, éste la remitirá junto con la documentación seña la da y un informe de valoración a la Dirección Provincial del SAE. Cuando dicha solicitud se hubiese presentado en la Dirección Provincial del SAE o por cualquiera de los medios previstos en la Ley 30/92, ésta requerirá el informe de valoración al Consorcio de UTEDLT correspondiente».

8. Se modifica el artículo 19, que queda redactado en los siguientes términos:

«El/la Director/a Provincial del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente emitirá la resolución en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud, salvo las solicitudes de calificación como I+E de proyectos empresariales que cuenten con el apo-

yo de un Consorcio de UTEDLT, en cuyo caso el órgano competente para resolver será la Dirección General de Intermediación e Inserción Laboral del Servicio Andaluz de Empleo en el mismo plazo. Transcurrido el mencionado plazo sin que haya recaído resolución expresa, el interesado podrá entender desestimada la solicitud de calificación».

9. En el artículo 22, apartado 1, se sustituyen los párrafos primero, segundo, tercero y cuarto de la letra a) por dos nuevos párrafos. Se modifican los párrafos primero, segundo y tercero in fine de la letra d) y, se sustituye el contenido del apartado 2, quedando redactados de la siguiente forma:

«a) Ayuda financiera: Para la reducción de intereses de préstamos para inversiones destinadas a la creación y puesta en marcha de empresas calificadas como I+E.

Esta ayuda comprenderá la subvención de los tipos de interés establecidos en el Convenio de Colaboración entre la Junta de Andalucía y diversas Entidades Financieras que operan en Andalucía, autorizado por el Acuerdo de 27 de enero de 2004 del Consejo de Gobierno (BOJA núm. 30, de 13 de febrero de 2004), o aquél que lo sustituya, y se tramitará conforme al procedimiento establecido en el mismo. Esta ayuda tendrá como límite, por cada promotor/a, la cuantía de 5.109 € por puesto de trabajo que se cubra mediante una contratación indefinida. Además, se entenderá incluido como puesto de trabajo el del propio promotor/a, lo que se acreditará mediante el alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda».

«d) Ayudas por contratación indefinida: las empresas calificadas como I+E que realicen contrataciones indefinidas con trabajadores/as inscritos como desempleados/as en los dos

años siguientes al inicio de su actividad tendrán derecho a una ayuda de 4.808 € por cada contrato indefinido que se celebre a jornada completa, o la parte proporcional que corresponda, cuando el mismo se realice a tiempo parcial.

Cuando la contratación se realice a tiempo parcial y se transforme a tiempo completo en el plazo máximo de tres años desde la contratación inicial, la empresa tendrá derecho a percibir la diferencia entre la cantidad que percibió al inicio de la contratación y los 4.808 € que corresponden por contratación a jornada completa.

Esta ayuda es incompatible, para un mismo trabajador/a, con la establecida en el punto c).

Las cooperativas y sociedades laborales calificadas como I+E tendrán derecho a una ayuda de 4.808 € por cada socio/a trabajador/a que, estando inscrito como desempleado/a, se integre en las mismas con carácter indefinido, y a sea a jornada completa o a tiempo parcial debiendo, en este último caso, calcularse la cuantía de la ayuda en proporción a la jornada de trabajo. Esta ayuda es incompatible, para un mismo trabajador/a, con la establecida en el punto c) y en el párrafo anterior de este apartado.

Las empresas calificadas como I+E beneficiarias de estas ayudas estarán obligadas a mantener el nivel de plantilla de trabajadores/as contratados/as indefinidamente y de los socios/as trabajadores/as de cooperativas y sociedades laborales, durante al menos tres años. Cuando en dicho plazo se produzca el cese de trabajadores/as fijos/as o socios/as trabajadores/as, salvo en los supuestos de fuerza mayor, la empresa, antes de transcurrido el plazo de un mes, está obligada a sustituirlo/a entre personas inscritas como desempleados/as al menos por la misma jornada sin que dicha contratación dé lugar a una nueva ayuda».

«2. Estas ayudas tienen el carácter de ayudas de minimis, por lo que les será de aplicación lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 69/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001, (DOCE núm. L10, de 13.1.2001), respecto a las ayudas de minimis».

10. En el artículo 23, se añade un segundo párrafo al apartado 1, se modifican los apartados 2 y 3 y, en el apartado 6 se modifica la letra c), quedando redactado de la siguiente forma:

«1. Con carácter general las solicitudes para las ayudas reguladas en los Capítulos I y II de la presente Orden se presentarán en la Dirección General de Intermediación e Inserción Laboral del Servicio Andaluz de Empleo y, las solicitudes para las ayudas reguladas en los Capítulos III y IV en las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo correspondientes según la localización del centro de trabajo de la entidad o promotor/a del proyecto.

Las solicitudes a la ayuda financiera regulada en el artículo 22.1.a) se presentarán en las Gerencias Provinciales del Instituto de Fomento de Andalucía, en los términos establecidos en el Convenio de Colaboración entre la Junta de Andalucía y diversas Entidades Financieras que operan en Andalucía, para canalizar financiación a las Pymes, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de enero de 2004 (BOJA núm. 30, de 13 de febrero de 2004), o aquél que le sustituya».

«2. En su caso, las Corporaciones Locales que no sean de Capitales de Provincia que pretendan beneficiarse de las ayudas previstas en el Capítulo III presentarán las solicitudes ante las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico quienes, una vez examinada la documentación, la remitirán a la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo».

«3. En su caso, los promotores/as de proyectos empresariales ubicados en cualquier municipio que no sea de una de las Capitales de Provincia de Andalucía, que pretendan beneficiarse de las ayudas previstas en el Capítulo IV presentarán las solicitudes ante las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico quienes, una vez examinada la documentación, la remitirán a la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo».

«6. Plazos de presentación:

c) Las solicitudes de ayudas previstas en el artículo 22.1.a) del Capítulo IV podrán presentarse en cualquier momento del año siempre y cuando los proyectos no estén iniciados antes de la fecha de presentación de la solicitud de la ayuda conforme a lo dispuesto en el Convenio de Colaboración entre la Junta de Andalucía y diversas Entidades Financieras que operan en Andalucía, para canalizar financiación a las Pymes, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de enero de 2004 (BOJA núm. 30, de 13 de febrero de 2004), o aquél que le sustituya».

Las solicitudes de ayudas previstas en el artículo 22.1.b) y c) del Capítulo IV se presentarán en el plazo máximo de un año desde que se inició la actividad de la empresa.

Las solicitudes de ayudas previstas en el artículo 22.1.d) del Capítulo IV se presentarán en el plazo de dos meses desde que se haya producido la contratación indefinida o, en su caso, en el plazo de dos meses desde que se haya producido el alta del socio/a trabajador/a en el régimen correspondiente de la Seguridad Social».

11. En el artículo 24, apartado 2, se modifica el párrafo primero, quedando redactado de la siguiente manera:

«2. Por los Ayuntamientos de Capitales de Provincia, Diputaciones Provinciales y entidades dependientes o

vinculadas a dichas Corporaciones Locales:

a) Impreso normalizado correspondiente, que incluirá memoria-proyecto sobre la actividad a desarrollar por los mismos.

b) Compromiso de puesta a disposición de los inmuebles y equipamientos necesarios para el desarrollo del proyecto.

c) Compromiso de cofinanciación de los costes salariales de los ALPE's y de financiación de los costes de funcionamiento asociados.

12. En el artículo 26, apartado 2, se modifica el contenido de la letra a) y el tercer párrafo de la letra d), que queda redactado como sigue:

«2. En función del tipo de ayuda solicitada, presentarán además:

a) Para la ayuda financiera: Se acompañará la documentación exigida en el Convenio de Colaboración entre la Junta de Andalucía y diversas Entidades Financieras que operan en Andalucía, para canalizar financiación a las Pymes, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de enero de 2004 (BOJA núm. 30, de 13 de febrero de 2004), o aquél que le sustituya».

d) Para la ayuda a la contratación indefinida:

— En el caso de cooperativas y sociedades laborales: Escritura de constitución de la sociedad, certificado del órgano social competente acreditativo de la incorporación del trabajador/a a dicha sociedad y alta del socio/a trabajador/a en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social».

13. En el artículo 28, que pasa a denominarse «Órgano competente para dictar resolución y suscribir el convenio de concesión», se modifica el apartado 1, se añade un apartado 2 y 3 y, el actual apartado 2 pasa a ser el 4, quedando redactado este artículo de la siguiente manera:

«1. El órgano competente para conceder subvenciones corresponde al Consejero de Empleo y al Presidente del Servicio Andaluz de Empleo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. En el ejercicio de dichas competencias, el Consejero de Empleo delega la resolución de las solicitudes de ayudas en el modo siguiente:

a) La Dirección General de Intermediación e Inserción Laboral del Servicio Andaluz de Empleo para las solicitudes presentadas por los Consorcios de UTEDLT's relativas a la contratación de personal para su estructura básica y a la contratación de Agentes Locales de Promoción de Empleo, como estructura complementaria de dichos Consorcios, y para las solicitudes presentadas por los Consorcios de UTEDLT's relativas a las ayudas de estudios de mercado y campañas de promoción local.

b) Los/as Directores/as Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo resuelven las solicitudes presentadas por las Corporaciones Locales o las entidades dependientes o vinculadas a una Administración Local relativas a las ayudas de estudios de mercado y campañas de promoción local.

Asimismo, los/as Directores/as Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo resuelven las solicitudes relativas a las ayudas dirigidas a empresas calificadas como I+E, salvo la solicitud de ayuda financiera que será resuelta por el Instituto de Fomento de Andalucía, conforme a lo dispuesto en el Convenio de Colaboración entre la Junta de Andalucía y diversas Entidades Financieras que operan en Andalucía, para canalizar financiación a las Pymes, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de enero de 2004 (BOJA núm. 30, de 13 de febrero), o aquél que le sustituya.

3. El Presidente del Servicio Andaluz de Empleo (conforme a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 5/1983 General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía), será el órgano competente para suscribir el convenio de concesión de las solicitudes de ayudas para la contratación de Agentes Locales de Promoción de Empleo presentadas por los Ayuntamientos de Capitales de Provincia, por las Diputaciones Provinciales y por los organismos autónomos locales, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles de capital íntegramente local dependientes o vinculados a dichas Corporaciones Locales.

4. El plazo de resolución de cuantas solicitudes se formulen será de tres meses desde la presentación de la solicitud, pudiendo entenderse desestimadas aquéllas cuando transcurrido el referido plazo no se hubiera notificado resolución expresa».

14. Se modifica el artículo 30, apartado primero, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. El pago de las ayudas del Servicio Andaluz de Empleo relativas al personal de estructura básica de las UTEDLT se ordenará en dos fases:

El 75% en concepto de anticipo, a partir de la fecha de aprobación de la ayuda, que se hará efectivo mediante dos pagos, cuyas cuantías se establecerán en las resoluciones de concesión. El primer pago en el momento de la aprobación de la ayuda y el segundo transcurrido tres meses desde la fecha de aprobación de la misma.

El 25% restante una vez aportada certificación del Interventor/a de la Entidad de los gastos realizados, al menos, por un importe no inferior al 25% del total de la ayuda.

15. Se modifica el párrafo primero de la letra b) del artículo 31 en el siguiente extremo:

«b) Cuando la solicitud provenga

de un Ayuntamiento de Capital de Provincia, Diputación Provincial u organismo autónomo local, entidad pública empresarial y sociedad mercantil de capital íntegramente local dependiente o vinculada a dichas Corporaciones Locales el pago de la misma se ordenará en dos fases:

El 75% en concepto de anticipo, a partir de la fecha de aprobación de la ayuda.

El 25% restante una vez aportados los documentos justificativos del gasto total de la actividad objeto de la ayuda.

Para el pago final podrá efectuarse resolución de liquidación por la diferencia que pudiera existir para el supuesto de que no se hubiese empleado el importe total de la ayuda.

16. En el artículo 33 se modifica el párrafo primero del apartado 1, el párrafo primero del apartado 3, y se suprime el contenido de la letra a), referido a la ayuda financiera, del apartado 3. En consecuencia, los apartados b) y c) del apartado 3 de este artículo pasan a ser los apartados a) y b), respectivamente. Asimismo se añade un apartado 4 a este artículo, quedando redactado el citado artículo de la siguiente manera:

«1. El pago de las ayudas previstas en el artículo 22.1.b) y c), destinadas a empresas calificadas como I+E, se ordenará en dos fases:»

El 75% en concepto de anticipo, a partir de la fecha de aprobación de la ayuda. En el supuesto de que no se haya procedido a la autorización indicada en el artículo 26.1.f) de esta Orden, se deberá aportar certificación de hallarse al corriente de las obligaciones fiscales con la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El 25% restante una vez aportados los documentos justificativos del gasto total de la actividad objeto de la ayuda.

Para el pago final podrá efectuarse resolución de liquidación por la diferencia que pudiera existir para el supuesto de que no se hubiese empleado el importe total de la ayuda concedida.

2. El pago de la ayuda prevista en el artículo 22.1.d) se hará en firme y de una sola vez.

3. Con carácter previo al pago final de las ayudas previstas en el artículo 22.1.b) y c) la empresa presentará, en el plazo máximo de dos meses a contar desde la fecha de finalización de la actividad subvencionada, la siguiente documentación:

a) Para la ayuda de apoyo a la función gerencial:

— Factura de la empresa, entidad o persona física, acreditativa del coste del servicio recibido.

— Informe de la actuación de apoyo desarrollada en el que conste la fecha de su realización.

b) En el supuesto de ayuda por contratación de expertos técnicos de alta cualificación:

— Comunicación de los contratos de trabajo a través de la aplicación `contrat@` disponible en la página web del Servicio Andaluz de Empleo. Igualmente fotocopia compulsada del modelo oficial de alta en el Régimen de la Seguridad Social correspondiente. Si la empresa estuviera acogida al sistema RED de transmisión telemática de datos a la Seguridad Social, será suficiente con copia compulsada u original del documento firmado por el responsable correspondiente.

— Copia de los recibos de salarios y boletines de cotización a la Seguridad Social (TC1 y TC2) correspondientes desde el momento de la contratación hasta el cumplimiento del período de tiempo subvencionado.

— Informe en el que se indiquen las funciones realizadas por el experto en relación con su categoría pro-

fesional, así como calendario de actuación.

— Memoria de las actividades realizadas por la empresa como consecuencia de la asistencia técnica recibida.

«4. El pago de la ayuda financiera prevista en el artículo 22.1.a) se realizará conforme a lo establecido en el Convenio de Colaboración entre la Junta de Andalucía y diversas Entidades Financieras que operan en Andalucía, para canalizar financiación a las Pymes, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de enero de 2004 (BOJA núm. 30, de 13 de febrero de 2004), o aquél que le sustituya».

17. La Disposición Adicional Única pasa a ser la Disposición Adicional Primera.

18. Se añade una Disposición Adicional Segunda que queda redactada de la siguiente manera:

«Disposición Adicional Segunda: Se autoriza a la Dirección General de Intermediación e Inserción Laboral del Servicio Andaluz de Empleo para que mediante Resolución pueda actualizar la cuantía de las ayudas establecida en el artículo 6 de la Orden de 21 de enero de 2004, así como el importe máximo de las ayudas establecidas en los artículos 11 y 13 de la misma».

19. Se añade una Disposición Adicional Tercera del siguiente tenor literal:

«Disposición Adicional Tercera: De conformidad con lo dispuesto en el Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril de reestructuración de Consejerías (BOJA extraordinario núm. 3, de 25 de abril), las referencias contenidas en la Orden de 21 de enero de 2004 a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico se entenderán realizadas a la Consejería de Empleo».

20. Se añade una Disposición Transitoria Quinta, que queda redactada como sigue:

«Disposición Transitoria Quinta: Las empresas calificadas como I+E por el INEM al amparo de la Orden de 15 de julio de 1999 o, en su caso, por el Servicio Andaluz de Empleo conforme a la Orden de 21 de enero de 2004, que en el momento de la entrada en vigor de la Orden de 21 de enero de 2004 se encuentren dentro del período de un año a contar desde que se inició la actividad de la empresa y que hayan realizado contrataciones indefinidas subvencionables o hayan incorporado socios/as trabajadores/as con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Orden de 21 de enero, preservarán el derecho que les reconoce el artículo 22.2 de la citada Orden de 15 de julio de 1999, pudiendo solicitar la subvención correspondiente en el mencionado plazo de un año desde que se inició la actividad de la empresa. Para el cómputo de este plazo no se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido entre la publicación en el BOJA de la Orden de 21 de enero de 2004 y la fecha de publicación de esta disposición.

En concordancia con lo dispuesto en el párrafo anterior, estas solicitudes, podrán ser resueltas con cargo al ejercicio siguiente».

Disposición Transitoria Primera. Las ayudas destinadas a cubrir los gastos de personal de la estructura básica y complementaria de los Consorcios de UTEDLT aprobadas en el ejercicio 2004, con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación de la Orden de 21 de enero de 2004, continuarán haciéndose efectivas mediante pagos mensuales.

Disposición Transitoria Segunda. 1. En el presente ejercicio 2004, se establece un nuevo plazo para la presentación de solicitudes de las ayudas reguladas en el Capítulo II de la Or-

den de 21 de enero de 2004, para la cofinanciación de los costes derivados de la incorporación de los nuevos ALPES en los Consorcios de las UTEDLT's en el ejercicio 2004, siempre que éstos se encuentren al corriente de sus aportaciones al Consorcio.

Con el fin de agilizar el procedimiento de concesión de estas ayudas en el ejercicio 2004, aquellos Consorcios de las UTEDLT's que hubieran presentado su solicitud de ayudas a la contratación de ALPES en el primer plazo establecido en la Orden de 21 de enero de 2004 sin haber obtenido su aprobación, únicamente tendrán que adjuntar, en el plazo citado en el párrafo anterior, la documentación acreditativa de aquellos requisitos que faltaran en la solicitud inicial.

2. Para el año 2004, los Ayuntamientos de Capitales de Provincia, las Diputaciones Provinciales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los organismos autónomos locales, entidades públicas empresariales locales y sociedades mercantiles de capital íntegramente local dependientes o vinculadas a dichas Corporaciones Locales, podrán solicitar la ayuda a la contratación de ALPES prevista en el artículo 13 de la Orden dentro del plazo máximo establecido en el apartado siguiente.

3. Las solicitudes referidas a los apartados anteriores podrán ser pre-

sentadas hasta el día 29 del presente mes de noviembre.

Disposición Transitoria Tercera.

1. La presente Orden será de aplicación a aquellas solicitudes de ayudas reguladas en los Capítulos III y IV presentadas al amparo de la Orden de 21 de enero de 2004 sobre las que no haya recaído resolución expresa a la fecha de entrada en vigor de esta disposición.

2. Aquellas empresas calificadas como I+E que hubieran realizado contrataciones desde la fecha de entrada en vigor de la Orden de 21 de enero de 2004 susceptibles de ayudas conforme a la nueva redacción dada al artículo 22.1.d) de la presente Orden, dispondrán de un nuevo plazo de dos meses a partir de la entrada en vigor de esta disposición, para presentar la correspondiente solicitud, no siéndoles de aplicación lo dispuesto en el artículo 23.6.c) de la Orden de 21 de enero de 2004.

Disposición Final Única. Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 22 de noviembre de 2004

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

ORDEN de 18 de noviembre de 2004, por la que se modifica la de 17 de febrero de 2004, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas consistentes en el abono de las cuotas a la Seguridad Social a los/as trabajadores/as que hayan percibido la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por la cuantía total a que tuvieran derecho en el momento de la capitalización
BOJA núm. 240, de 10 de diciembre 2004

PREÁMBULO

Habiéndose constatado que para una eficaz gestión de las ayudas soli-

citadas al amparo de la Orden de 17 de febrero de 2004, resulta necesario

modificar determinados artículos de la misma, mediante la presente Orden se procede a su modificación.

En uso de las facultades que me han sido conferidas y a propuesta de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo,

DISPONGO

Artículo 1.º Modificación del artículo 1.1.

Se modifica el apartado 1 del artículo 1 de la citada Orden que queda redactado como sigue:

1. «La presente Orden tiene por objeto adaptar al régimen propio de la Comunidad Autónoma de Andalucía el procedimiento de abono de las cuotas a la Seguridad Social a trabajadores/as a los que se les hubiera reconocido la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por la cuantía total a que tuvieran derecho en el momento de la capitalización».

Artículo 2.º Modificación del artículo 2.a) y 2.b).

El apartado a) del citado artículo queda redactado con el siguiente tenor literal:

a) «Los/as trabajadores/as que tengan reconocida la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, que pretendan constituir cooperativas o sociedades laborales en la Comunidad Autónoma de Andalucía, o incorporarse de forma estable a ella como socios/as trabajadores/as».

El apartado b) del artículo 2 de la Orden de 17 de febrero de 2004 queda redactado con el contenido que a continuación se transcribe:

b) «Las personas con discapacidad igual o superior al 33% que tuvieran reconocida la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, que se conviertan en trabajado-

res/as autónomos en la Comunidad Autónoma de Andalucía».

Artículo 3.º Modificación del artículo 3.

El artículo 3 queda redactado con el siguiente tenor literal:

Los/as beneficiarios/as de las ayudas previstas en esta Orden han de reunir los requisitos siguientes:

a) «Tener reconocida la prestación por desempleo de nivel contributivo en su modalidad de pago único por la cuantía total a que tuviera derecho en el momento de la capitalización.

b) Haberse constituido como socios/as trabajadores/as en cooperativas o sociedades laborales, o como trabajador/a autónomo/a, en caso de tratarse de trabajadores/as con discapacidad igual o superior al 33 por 100, en el plazo de 2 meses desde el reconocimiento de la prestación por desempleo.

c) Haber iniciado la actividad con posterioridad a la fecha de solicitud de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único y en el plazo máximo de 2 meses desde el reconocimiento de la misma, o, acreditar, en su caso, que se está en fase de iniciación.

d) Haberse dado de alta en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social». Artículo 4.º Modificación del artículo 4, apartados 3a), 3.c), y 3.f), y adición de dos nuevos apartados 3.g) y 3.h), y modificación del apartado 4.4.

Se modifica el artículo 4.3, apartados «b», «c» y «f», de la Orden de 17 de febrero de 2004, a la vez que se añade un nuevo apartado «g», quedando redactado del siguiente tenor literal:

b) «Original o fotocopia compulsada de Resolución que acredite que el solicitante tiene reconocida la prestación por desempleo en su modalidad de pago único.

c) Original o fotocopia compulsada del alta en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social y, en el caso de haberse constituido como socios/as trabajadores/as o de trabajo en cooperativas o sociedades laborales, deberá acreditar tal circunstancia mediante certificación emitida al efecto.

f) Certificación de inicio de la actividad dentro del plazo establecido en el artículo 3.c), o acreditar, en su caso, que está en fase de iniciación.

g) Certificado de minusvalía con grado reconocido igual o superior al 33 por 100, expedido por el organismo competente, en los supuestos que proceda.

h) Copia compulsada de la solicitud del pago único de la prestación a fin de comprobar si el inicio de actividad se ha efectuado en plazo».

Modificación del artículo 4.4.

Se modifica el artículo 4.4 que queda redactado como sigue:

«El plazo de presentación de solicitudes será de dos meses desde la fecha de la resolución aprobatoria de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único. Aquellas solicitudes de ayudas presentadas durante el último trimestre de cada año, podrán ser atendidas con cargo a los Presupuestos del siguiente año».

Disposición Transitoria Única.
Régimen Transitorio.

Para aquellas solicitudes que fueron presentadas en reconocimiento del derecho a percibir la prestación por desempleo en su modalidad de pago único ante el Instituto Nacional de Empleo entre el 1 de enero de 2004 y el 10 de marzo del mismo año, fecha de entrada en vigor de la Orden de 17 de febrero de 2004; se abre un nuevo plazo de dos meses desde la entrada en

vigor de esta Orden para la presentación de solicitud de ayuda para bonificación de cuotas a la Seguridad Social, ante el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía y éstas serán resueltas conforme a lo previsto en la Orden de 17 de febrero de 2004, con las modificaciones recogidas en la presente Orden, sin perjuicio de que podrán ser tramitadas con cargo al ejercicio presupuestario siguiente.

Disposición Adicional Primera.
Adaptación de denominaciones.

Las referencias que la Orden de 17 de febrero de 2004 hace en todo su articulado a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, se entenderán efectuadas en relación a la Consejería de Empleo.

Disposición Adicional Segunda.
Habilitación para instrucciones.

Se autoriza a la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la ejecución de la presente Orden en el ámbito de sus competencias específicas.

Disposición Final Primera. Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, ello sin perjuicio de que los procedimientos que actualmente se estén tramitando se adecuen a los requisitos establecidos en la presente Orden.

Sevilla, 18 de noviembre de 2004

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo









